

Año 6 • Número 10  
Junio de 2009  
Edición en Español

ANUJ BHUWANIA

"Muy malos niños": "La tortura India" y el informe de la Comisión sobre la Tortura en Madrás de 1855

DANIELA DE VITO, AISHA GILL Y DAMIEN SHORT  
El delito de violación tipificado como genocidio

CHRISTIAN COURTIS

Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina

BENYAM D. MEZMUR

La adopción internacional como medida de último recurso en África: promover los derechos de un niño y no el derecho a un niño

DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS EN MOVIMIENTO:  
*MIGRANTES Y REFUGIADOS*

KATHARINE DERDERIAN Y LIESBETH SCHOCKAERT

Respondiendo a los flujos "mixtos" de migración:  
Una perspectiva humanitaria

JUAN CARLOS MURILLO

Los legítimos intereses de seguridad de los Estados  
y la protección internacional de refugiados

MANUELA TRINDADE VIANA

Cooperación internacional y desplazamiento interno en Colombia:  
Desafíos a la mayor crisis humanitaria de América del Sur

JOSEPH AMON Y KATHERINE TODRYS

Acceso a tratamiento antirretroviral para las poblaciones  
migrantes del Sur Global

PABLO CERIANI CERNADAS

Control migratorio europeo en territorio africano: La omisión del  
carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos



**SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS** es una revista semestral publicada en inglés, portugués y español por Sur – Red Universitária de Derechos Humanos. Disponible en Internet en <www.revistasur.org>.

A Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos está indexada en *International Bibliography of the Social Sciences* (IBSS).

#### CONSEJO EDITORIAL

**Christof Heyns**

Universidad de Pretoria (Sudáfrica)

**Emilio García Méndez**

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

**Fifi Benaboud**

Centro Norte-Sur del Consejo de la Unión Europea (Portugal)

**Fiona Macaulay**

Universidad de Bradford (Reino Unido)

**Flavia Piovesan**

Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)

**J. Paul Martin**

Universidad de Columbia (Estados Unidos)

**Kwame Karikari**

Universidad de Ghana (Ghana)

**Mustapha Kamel Al-Sayyed**

Universidad de El Cairo (Egipto)

**Richard Pierre Claude**

Universidad de Maryland (Estados Unidos)

**Roberto Garretón**

Ex – Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Chile)

**Upendra Baxi**

Universidad de Warwick (Reino Unido)

#### EDITORES

Pedro Paulo Poppovic

Oscar Vilhena Vieira

#### EDITORAS EJECUTIVAS

Daniela Ikawa y Juana Kweitel

#### EDICIÓN

Flavia Scabin, Thiago Amparo y Elaini Silva

#### DISEÑO GRÁFICO

Oz Design

#### EDICIÓN DE ARTE

Alex Furini

#### COLABORACIONES

Clara Parra y Rebecca Dumas

#### DISTRIBUCIÓN

Mila Dezan

#### IMPRESIÓN

Pro! Editora Gráfica Ltda.

#### SUSCRIPCIÓN Y CONTACTO

**Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos**  
Rua Barão de Itapetininga, 93 – 5º andar - República  
São Paulo - SP - Brasil - CEP 01042-908  
Tel/Fax: 55 11 3884-7440  
E-mail <surjournal@surjournal.org>  
Internet <www.revistasur.org>

**Agradecemos por el apoyo financiero de la Fundación Ford, Fondo de las Naciones Unidas para la Democracia y de la Fundación de las Naciones Unidas.**

**SUR – RED UNIVERSITARIA DE DERECHOS HUMANOS** es una red de académicos cuya misión es fortalecer la voz de las universidades del Hemisferio Sur en el debate sobre derechos humanos y justicia social, así como promover una mayor cooperación entre estas y las Naciones Unidas. SUR es una iniciativa de Conectas Derechos Humanos, una organización internacional sin fines de lucro con sede en Brasil. (Sitios de Internet: [www.conectas.org](http://www.conectas.org) y [www.conectasur.org](http://www.conectasur.org))

#### CONSEJO CONSULTIVO

Alejandro M. Garro

Universidad de Columbia (Estados Unidos)

Antonio Carlos Gomes da Costa

Modus Faciendi (Brasil)

Bernardo Sorj

Universidad Federal de Rio de Janeiro/Centro Edelstein (Brasil)

Bertrand Badie

Sciences-Po (Francia)

Cosmas Gitta

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD (Estados Unidos)

Daniel Mato

Universidad Central de Venezuela (Venezuela)

Ellen Chapnick

Universidad de Columbia (Estados Unidos)

Ernesto Garzon Valdés

Universidad de Maguncia (Alemania)

Fateh Azzam

Representante Regional, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (Libano)

Guy Haarscher

Universidad Libre de Bruselas (Bélgica)

Jeremy Sarkin

Universidad de Western Cape (Sudáfrica)

João Batista Costa Saraiva

Tribunal Regional de Niños y Adolescentes de Santo Ângelo/RS (Brasil)

José Reinaldo de Lima Lopes

Universidad de São Paulo (Brasil)

Julia Marton-Lefevre

Universidad para la Paz (Costa Rica)

Lucía Dammert

FLACSO (Chile)

Luigi Ferrajoli

Universidad de Roma (Italia)

Luiz Eduardo Wanderley

Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)

Malak Poppovic

Fundación de las Naciones Unidas (Brasil)

Maria Filomena Gregori

Universidad de Campinas (Brasil)

Maria Hermínia Tavares de Almeida

Universidad de São Paulo (Brasil)

Miguel Cillero

Universidad Diego Portales (Chile)

Mudar Kassir

Universidad Birzeit (Palestina)

Paul Chevigny

Universidad de Nueva York (Estados Unidos)

Philip Alston

Universidad de Nueva York (Estados Unidos)

Roberto Cuéllar M.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Costa Rica)

Roger Raupp Rios

Universidad Federal de Rio Grande do Sul (Brasil)

Shepard Forman

Universidad de Nueva York (Estados Unidos)

Víctor Abramovich

Universidad de Buenos Aires (UBA)

Víctor Topanou

Universidad Nacional de Benin (Benin)

Vinodh Jaichand

Centro Irlandés de Derechos Humanos,

Universidad Nacional de Irlanda (Irlanda)

CONTENIDOS

|                                                                                      |     |                                                                                                                                     |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ANUJ BHUWANIA                                                                        | 7   | “Muy malos niños”: “La tortura India” y el informe de la Comisión sobre la Tortura en Madrás de 1855                                |
| DANIELA DE VITO, AISHA GILL Y DAMIEN SHORT                                           | 29  | El delito de violación tipificado como genocidio                                                                                    |
| CHRISTIAN COURTIS                                                                    | 53  | Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina                 |
| BENYAM D. MEZMUR                                                                     | 83  | La adopción internacional como medida de último recurso en África: promover los derechos de un niño y no el derecho a un niño       |
| <b>Derechos Humanos de las Personas en Movimiento: <i>Migrantes y Refugiados</i></b> |     |                                                                                                                                     |
| KATHARINE DERDERIAN Y LIESBETH SCHOCKAERT                                            | 107 | Respondiendo a los flujos “mixtos” de migración: Una perspectiva humanitaria                                                        |
| JUAN CARLOS MURILLO                                                                  | 121 | Los legítimos intereses de seguridad de los Estados y la protección internacional de refugiados                                     |
| MANUELA TRINDADE VIANA                                                               | 139 | Cooperación internacional y desplazamiento interno en Colombia: Desafíos a la mayor crisis humanitaria de América del Sur           |
| JOSEPH AMON Y KATHERINE TODRYS                                                       | 163 | Acceso a tratamiento antirretroviral para las poblaciones migrantes del Sur Global                                                  |
| PABLO CERIANI CERNADAS                                                               | 189 | Control migratorio europeo en territorio africano: La omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos |

# PRESENTACIÓN



Como hemos hecho en las últimas ediciones, destacamos en el número diez de la Revista Sur un tema al cual dedicamos cinco de los nueve artículos que lo componen. Se trata del problema de millones de migrantes y refugiados que se encuentran en situaciones precarias en muchos países del mundo. El artículo de Liesbeth Schockaert y Katherine Derderian de Médicos sin Fronteras describe de manera realista la terrible tragedia humana de los refugiados, además de discutir, desde el punto de vista de los derechos humanos, la noción de refugiado, considerando los criterios del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), con cuya orientación y patrocinio contamos para organizar la presente edición. Estos criterios y los fundamentos del sistema de protección internacional de refugiados son explicitados en el artículo de Juan Carlos Murillo Gonzáles.

Además de estos dos artículos, publicamos otros trabajos que tratan algunas cuestiones específicas relacionadas al tema de derechos humanos de migrantes y refugiados:

Cooperación internacional y desplazamiento interno en Colombia: Desafíos a la mayor crisis humanitaria de América del Sur, de Manuela Trindade Viana, analiza los problemas relacionados con los desplazamientos en Colombia, país en el que se concentra el 25% de los desplazamientos forzados existentes en el mundo.

Acceso a tratamiento antirretroviral para las poblaciones migrantes del Sur Global, de Joseph Amon y Catherine Todrys, de Human Rights Watch, denuncia la violación a las leyes que garantizan el acceso a la salud también a inmigrantes y refugiados.

Control migratorio europeo en territorio africano: La omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos, de Pablo Ceriani Cernadas, analiza las políticas deshumanas de control de la inmigración africana efectuada por los Estados europeos y por las instituciones de la Unión Europea en las costas y aguas de los países del norte de África.

Finalmente, completan el Nro. 10 los trabajos de Anuj Bhuiwalia; Daniela De Vito, Aisha Gill y Demian Short; Christian Courtis y por fin, de Benyan E. Mezmur.

El primer artículo argumenta que las prácticas modernas de tortura policial en la India son un legado del período colonial, como demuestra el análisis de informe de la Comisión sobre la tortura de Madrás de 1855. El segundo describe las consecuencias teóricas de la definición de violación como un caso particular

de genocidio. El tercero presenta algunos casos emblemáticos de aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en América Latina. Por último, el cuarto trata los problemas de las políticas de adopción de niños africanos por familias en otros continentes.

Esperamos que los artículos de este número contribuyan a enriquecer el debate y propongan soluciones a algunos de los crecientes problemas asociados al desplazamiento de vastos contingentes humanos expulsados de sus lugares de origen no solo por guerras, persecuciones y totalitarismos políticos, sino también por motivos económicos, cuyas consecuencias en detrimento de los derechos humanos son igualmente dramáticas.

Nos gustaría agradecer a los siguientes profesores y colaboradores su apoyo en la selección de los artículos que componen este número de la Revista: Carina du Toit, Carlos Ivan Pacheco Sánchez, Florian Hoffmann, Gaim Kibreab, Glenda Mezarobba, Guilherme da Cunha, Iniyan Ilango, Jeremy Sarkin, José Francisco Sieber Luz Filho, Juan Amaya Castro, Laura Pautassi, Malak Poppovic, Paula Miraglia, Rajat Khosla, Renata Reis, Roberto Garretón, Upendra Baxi.

Como informamos en nuestra página de Internet, asumimos a partir de este número nuevas reglas para citaciones y referencias bibliográficas con el fin de facilitar la lectura de los artículos. Considerando que este cambio es reciente, solicitamos comprensión frente a eventuales incorrecciones. En este sentido, nos gustaría agradecerles a los siguientes individuos su contribución en la formatación de los artículos: Clara García Parra, Elaini Silva, Flavia Scabin, Mila Dezan, Rebecca Dumas y Thiago Amparo.

Finalizamos destacando el apoyo y orientación brindados por el ACNUR para la publicación de esta edición, originada como una iniciativa enmarcada en el capítulo de investigación y desarrollo doctrinal del “Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina” y orientada a favorecer la cooperación con las instituciones académicas y de investigación volcadas en la investigación, promoción y formación del derecho internacional de los refugiados.

Les estamos particularmente agradecidos a las oficinas del ACNUR en Argentina y Brasil, y a la Unidad Legal Regional para las Américas.

**Los editores.**



#### ANUJ BHUWANIA

Anuj Bhuwania es candidato a doctor en el departamento de Antropología de la Universidad de Columbia. Estudió Derecho en Bangalore y Londres, y fue Profesor Invitado en el Centre for Law and Governance (Centro de Derecho y Gestión Pública) de la Universidad Jawaharlal Nehru de Nueva Delhi.

Correo electrónico: [anujbhuwania@gmail.com](mailto:anujbhuwania@gmail.com)

#### RESUMEN

---

Si bien se suele sostener que la tortura policial está institucionalizada en la India, el único estudio respaldado por el gobierno sobre esta práctica en la historia moderna de la India es el Informe de la Comisión sobre la Tortura en Madrás de 1855. En el contexto de silencio que rodea a la violencia policial actual en la India, es particularmente interesante el curioso fenómeno de una Comisión de investigación creada por un Estado colonial hace más de ciento cincuenta años. En este artículo, intento realizar un análisis textual de este Informe y una investigación sobre su contexto ideológico e histórico. Sostengo que el Informe sirvió sobre todo para “manejar” discursivamente la cuestión de la tortura, borrando la complicidad del estado colonial en su práctica, y que las reformas que sugirió resultaron en la institucionalización de un modelo específicamente colonial en la reestructuración de la policía india, una estructura que sobrevive sustancialmente hasta hoy día.

Original en Inglés. Traducido por Laura Royo

Recibido en diciembre de 2008. Aceptado en junio de 2009.

#### PALABRAS CLAVE

---

Tortura – Policía – Colonialismo.

#### AGRADECIMIENTOS

---

Agradezco a Trisha Gupta y David Reubi, sin cuyos aportes y apoyo este artículo nunca podría haber sido escrito.



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en [www.revistasur.org](http://www.revistasur.org).

# "MUY MALOS NIÑOS": "LA TORTURA INDIA" Y EL INFORME DE LA COMISIÓN SOBRE LA TORTURA EN MADRÁS DE 1855

Anuj Bhuwania

## 1. Introducción

Alec Mellor, en su famoso libro sobre la historia de la tortura, *La Tortura*, publicado por primera vez en 1949 después de la Segunda Guerra Mundial, trata de explicar las razones de la supuesta *reaparición* de la tortura en el siglo XX. Sugiere tres causas fundamentales para este resurgimiento: el incremento de estados totalitarios que culminaron en la URSS, la importancia del "acopio de informaciones" y "métodos especiales de interrogación", como resultado de métodos bélicos modernos y, por último, la influencia del "asianismo" (PETERS, 1985, p. 106). Aunque la tercera "causa" parece más bien rebuscada en el contexto de las dos primeras, esta fetichización etnocéntrica de "Asia" como hogar natural de la tortura y otras prácticas "bárbaras", así como su corolario - la tortura como ajena a la Europa ilustrada y moderna - no es un caso aislado. Montesquieu, en sus "Cartas Persas", por ejemplo, utiliza la idea de la "tiranía de los turcos" como antítesis de Luis XIV. De hecho, este tipo de análisis es representativo de una larga y agitada historia, de un discurso en el que esa proyección del "despotismo" como únicamente "oriental" "ayudó a los europeos a definirse a sí mismos en términos europeos, al establecer lo que ellos no eran o más bien lo que no *pretendían* ser" (METCALF, 1994, p. 7).

En un sentido similar, como Talal Asad escribe, a menudo se ha observado "que la dominación europea en los países coloniales, aunque no era en sí misma democrática, dio lugar a mejoras morales en el comportamiento - por ejemplo, el abandono de prácticas que atentan contra el ser humano" (ASAD, 1998, p. 293). Sin embargo, los progresos realizados en la erradicación de prácticas inhumanas como la tortura han sido ciertamente muy desiguales. Por lo tanto, la versión aceptada de los hechos es que, aunque los europeos hicieron lo posible para suprimir estas prácticas crueles

---

Ver las notas del texto a partir de la página 26.

(que antes se daban por supuestas en el mundo no europeo), no lo hicieron con éxito (ASAD, 1998, p. 293). Reconociendo este fracaso de su pedagogía, Occidente continúa con sus sinceros esfuerzos en ámbitos como las Naciones Unidas u organizaciones no gubernamentales defendiéndose a diestro y siniestro.

En 1973, un organismo de este tipo, Amnistía Internacional, publicó un estudio internacional sobre la tortura. En la sección sobre la India, se informó sobre el uso generalizado de la tortura por parte de la policía india\* (AMNESTY INTERNATIONAL, 1973). A raíz de esto, Upendra Baxi sostuvo que la tortura está, de hecho, institucionalizada en la India. Según él, "la violencia penitenciaria o la tortura son parte integral de las operaciones policiales en la India." (BAXI, 1982, p. 123). Señala, sin embargo, la dificultad de evaluar la magnitud de este fenómeno, debido a la falta de estudios respaldados por el gobierno sobre esta práctica. Irónicamente, dice, "cuando se vuelve la vista atrás un poco, uno se da cuenta que la elite británica gobernante estaba más explícitamente preocupada por el uso de la tortura por la policía local, que la elite gobernante de la India independiente" (BAXI, 1982, p. 129). La afirmación de Baxi se deriva probablemente del hecho de que el único estudio exhaustivo de este tipo en la historia moderna de la India es el Informe de la Comisión sobre la Tortura de 1855. La Comisión fue creada por el entonces Gobierno de Madrás, bajo las órdenes de la Corte de Directores de la Compañía de las Indias Orientales. Baxi aclara que las conclusiones de la Comisión con respecto a la difícil situación de las víctimas siguen siendo válidas actualmente. La tortura policial es una realidad tanto ahora como entonces (BAXI, 1982, p. 130).

En el contexto de silencio que rodea la violencia policial actual en la India, el curioso fenómeno de una Comisión de investigación creada por un Estado colonial hace más de ciento cincuenta años es particularmente interesante. ¿Por qué la elite gobernante británica estaba tan explícitamente preocupada por el uso de la tortura por la policía local?

No me preocupa aquí examinar el grado de frecuencia de la tortura en la India pre-colonial, colonial o post-colonial. Mi objetivo es, más bien, examinar el discurso de la tortura y, en particular, las particularidades que asume este discurso en el contexto colonial de mediados del siglo XIX en la India.

Mi razonamiento se divide en dos partes: en primer lugar, sostengo que el Informe sirvió principalmente para "gestionar" discursivamente la cuestión de la tortura, borrando la complicidad del estado colonial en su práctica. En segundo lugar, argumento que las reformas que propuso tuvieron como resultado la institucionalización de un modelo específicamente colonial en la reestructuración de la policía india.

En la primera sección se analiza el lenguaje del Informe. Como organismo paneuropeo llamado a investigar sobre la prevalencia de la tortura en una provincia del sur de la India a mediados del siglo XIX, ¿cómo interpretó la Comisión su mandato? ¿Cómo construyó el problema que se suponía que iba a estudiar? ¿Cómo abordó las cuestiones de raza? O más específicamente, ¿cómo responsabilizó por la práctica a indios y europeos? Y finalmente, ¿cuál es su diagnóstico sobre el problema y las soluciones que propuso?

---

\*"india" e "indio", en lo sucesivo del documento, se utilizará para designar a los nativos del subcontinente Indio en la primera acepción de la palabra (N. del T.).

La segunda sección trata de examinar la curiosa pregunta de *por qué* la Comisión fue creada. ¿Por qué el Informe fue escrito de la forma en que fue, y para *quién* fue escrito? Con el objeto de responder estas preguntas, esta sección examina el contexto ideológico del Informe. En los siglos XVIII y XIX, la cuestión de la tortura y de su abolición se habían convertido en un tema moral y humanitario crucial en Europa, y esto se refleja en el tono moral casi triunfante de las historias populares sobre el tema. Esto es seguido por un análisis sobre la naturaleza del discurso colonial del siglo XIX sobre la India que, en mi opinión, es crucial para entender por qué la Comisión sobre la Tortura colonial alcanzó las conclusiones alcanzó. En concreto, los blancos narrativos del Informe que culpan casi exclusivamente a la policía local y a su supuesta “propensión a la tortura” encajan en el contexto de las tendencias ideológicas coloniales de la época.

En la última sección se examina el legado del informe en función de las reformas que produjo. La estructura de la Policía de Madrás fue revisada completamente, en términos generales, en conformidad con las recomendaciones de la Comisión. El modelo de Madrás se convirtió después en la base para reformas policiales en toda la India. De hecho, la misma estructura perdura hasta hoy. El principio organizativo de esta estructura, así como el de la Policía irlandesa sobre la cual se inspiraron, es examinado críticamente a continuación. En conclusión, sostengo que los profundos cambios introducidos en la estructura de la policía colonial deben situarse en el contexto de la burocracia india colonial en su conjunto, especialmente si queremos entender lo que creo que es el carácter específicamente colonial del régimen moderno de poder en la India.

La convicción que motiva este ensayo es que la “raíz de la miseria postcolonial” (en palabras de Partha Chatterjee) reside en la “rendición a las viejas formas del Estado moderno”, ya que “formas autónomas de imaginación de la comunidad eran, y siguen siendo, abrumadas y ahogadas por la historia del estado poscolonial” (CHATTERJEE, 1993, p. 11).

## 2. Informe de la Comisión sobre la Tortura, 1855

*“No es la tortura de la clase alta europea [...] la tortura india está lista, es improvisada, ingeniosa, barata, molesta, desagradable, repugnante y mezquina al extremo [...] Es la tortura de los niños malos”. (The Times, 3 de septiembre de 1855 apud PEERS, 1991, p. 50)*

En 1854, la Cámara de los Comunes se vio sacudida por denuncias de tortura contra la Honorable Compañía de las Indias Orientales. Durante un debate, según la información de la Presidencia de Madrás, se dijo que “la tortura era frecuentemente empleada por funcionarios locales para obligar a los campesinos indios a cumplir con las exigencias del Gobierno” (GUPTA, 1974, p. 310). El Sr. Danby Seymore, miembro del Parlamento, acusó a la Compañía “de utilizar la tortura y la coacción ‘para obtener diez chelines de un hombre, cuando sólo tenía ocho’” (RUTHVEN, 1978, p. 183). La prensa británica no tardó en retomar el asunto. *The Times* escribió sobre “*La Inquisición India*” y *Punch* produjo una obra satírica sobre la cuestión (PEERS, 1991., p. 34). La Corte de Directores de inmediato ordenó al Gobierno de Madrás establecer “una investigación más inquisitiva” proporcionando un informe completo

sobre el tema. "(GUPTA, 1974, p. 311). En consecuencia, el 9 de septiembre de 1954, una Comisión de tres miembros<sup>1</sup> fue designada para investigar sobre la "utilización de la tortura por funcionarios locales a efectos de obtener ingresos fiscales" (INFORME DE LOS COMISIONADOS PARA LA INVESTIGACIÓN DE PRESUNTOS CASOS DE TORTURA EN MADRÁS [MADRÁS], 1855, p. 3). Sin embargo, el alcance de la investigación fue rápidamente ampliado para incluir "la supuesta utilización de la tortura para extraer confesiones de casos policiales" (MADRÁS, 1855, p. 3). Los miembros de la Comisión fueron informados que:

*Las instrucciones del Gobierno se limitaban inicialmente al Departamento de Hacienda, porque las acusaciones sobre utilización de la tortura se referían únicamente a la recolecta de ingresos públicos; pero el Gobernador Consejero está deseoso de aprovechar esta oportunidad para saber en qué medida se recurre en el ámbito policial a prácticas similares, donde ya hace tiempo que se admite su prevalencia, y se requerirá que la Comisión, por lo tanto, amplíe su investigación al Departamento de Policía, y de hecho, entre de lleno en la cuestión con todo lo que ello implica. (MADRÁS, 1855, p. 3)*

La Comisión redactó una notificación para que su existencia fuera generalmente conocida por la gente. 150 copias de esta notificación en inglés, 10.000 en tamil, 10.000 en telugu, 10.000 en canarés, 5.000 en malayalam y 5.000 en indostaní se enviaron a todos los distritos de la Presidencia para ser distribuidos y colocados en todas las oficinas (MADRÁS, 1855, p. 3). Además, la notificación fue publicada en todos los periódicos de la Presidencia y las denuncias tenían que llegar a la Comisión antes del 1 de febrero de 1855. Alrededor de 519 denunciantes comparecieron ante la Comisión, algunos de ellos procedentes de distancias superiores a 300 millas. Asimismo, se recibieron 1.440 denuncias por medio de cartas (MADRÁS, 1855, p. 4). Después de haber funcionado durante cerca de 7 meses, la Comisión presentó su Informe el 16 de abril de 1855.

La primera cuestión sobre la que el informe hizo hincapié fue la novedad de la práctica de la tortura. Basándose en "viejas autoridades", señaló el "hecho histórico" de que "la tortura era un reconocido método para obtener impuestos y confesiones", desde periodos pre-británicos (MADRÁS, 1855, p. 5). Específicamente en relación a la práctica de la tortura para obtener confesiones, incluso la Ordonanza del Gobierno del 19 de septiembre de 1854, extendiendo la investigación de la Comisión a asuntos policiales, dijo:

*El mal ha sido encontrado, sin embargo, tan profundamente arraigado, y tan poderosa es la fuerza de la costumbre, proveniente del permiso sin restricciones obtenido para tales actos de crueldad y opresión por las anteriores autoridades de este país, que no ha sido posible, a pesar de la vigorosas medidas adoptadas, erradicarlo totalmente, debido por un lado a la propensión casi innata de la mayoría de los oficiales locales en el poder de recurrir a tales prácticas y a la sumisión de las personas por el otro; y en consecuencia, aún prevalecen abusos en el Departamento de Policía, aunque sin duda no en la misma medida que antes. (MADRÁS, 1855, p. 5)*

La Comisión, aceptando esta "propensión local", enfoca después la cuestión de este

modo: ¿el “cambio de gobierno ha efectuado algún cambio radical en los hábitos de los funcionarios inferiores locales?” (MADRÁS, 1855, p. 5). La cuestión tratada es:

*[...] si ha surgido algo en la administración pública de los últimos años que haya ejercido una influencia especial, o haya tenido algún manejo preventivo con respecto a la permanencia de la práctica, o cualquier tendencia particular dirigida a su extinción. (MADRÁS, 1855, p. 5)*

El informe pasa luego a examinar las distintas intervenciones británicas hasta entonces en relación con la tortura en casos penales. Se observa que entre 1806 y 1852 la *Faujdari Adalat* (la Corte Suprema Penal) promulgó 10 ordenanzas sobre el tema de las confesiones bajo extorsión (MADRÁS, 1855, p. 8). En abril de 1826, la Corte de Directores de la Compañía envió una carta al Gobierno de Madrás sobre diversos informes de tortura de la Presidencia (MADRÁS, 1855, p. 5). Curiosamente, la Corte en su envío analizó diversos pronunciamientos judiciales sobre la tortura en Madrás como un tema recurrente en el que los magistrados europeos eran indulgentes respecto a oficiales de policía locales en casos de mala conducta (MADRÁS, 1855, pp. 5-8). Estas denuncias fueron descartadas por el poderoso Gobernador de la Presidencia de Madrás, Sir Thomas Munro, al comentar que:

*Es, sin duda, demasiado seguro de que muchas irregularidades se utilizan para obtener confesiones, y que en algunos casos, se cometen actos atroces; pero cuando consideramos el gran número de prisioneros detenidos, y los hábitos de la gente, siempre acostumbrados a la coacción cuando existe sospecha, lo difícil que es erradicar esas costumbres, y la pequeña proporción de casos en los que la violencia se ha utilizado en relación a la masa, el número de estos actos es apenas mayor de lo que era de esperar, y cada día disminuye. (MADRÁS, 1855, p. 8)*

En 1832, el Selecto Comité Parlamentario sobre Asuntos de las Indias Orientales examinó la cuestión de la tortura en la administración británica en la India. Alexander Campbell, quien había sido el Secretario de la *Sudder Diwani* y *Faujdari Adalat* (La Corte Suprema Civil y Penal, respectivamente) fue consultado por el Comité:

*¿Sabe usted si los funcionarios locales han recurrido a menudo a la práctica de la tortura, con el fin de extraer confesiones u obtener pruebas? [Él contestó] Bajo el régimen de los gobiernos locales que nos precedieron en Madrás, el objetivo universal de todo agente de policía era obtener una confesión del detenido con el fin de lograr una condena para cualquier delito, y a pesar de todos los esfuerzos de nuestros tribunales europeos para poner fin a este sistema, frecuentemente han llegado casos ante nuestros tribunales penales. (RAO, 2001, p. 4127)*

Más adelante, el Informe considera los informes de autoridades británicas contemporáneas que trabajaban en el “interior”, a quienes se les había requerido que informaran sobre denuncias de tortura. El Informe supuso en esta sección que, con muy pocas excepciones, la tortura se llevaba a cabo, aunque en diversos grados en varios distritos. La mayoría de los testimonios se basaban en rumores. Con el fin de encontrar una explicación convincente para la ausencia de testigos británicos sobre la realidad del uso de la tortura,

los miembros de la Comisión expresaron "la certeza de que ningún local se atrevería a recurrir a este tipo de prácticas en presencia de un europeo" (MADRÁS, 1855, p. 11). El Informe, curiosamente, examinó los diversos testimonios de tortura y concluyó que "este conjunto de pruebas de testigos presenciales, creíbles, y casi todos europeos, a nuestro juicio es concluyente." (MADRÁS, 1855, p. 15).

Después, el Informe aborda las pruebas de diversos denunciantes recogidas por la Comisión. Como ya se ha señalado, había un total de 1.959 denuncias. El Informe concluyó,

*[...] Pese a una consabida tendencia de los nativos a exagerar, aún cuando su historia se basa en los hechos; siendo dolorosamente conscientes de su falsedad, sabiendo por experiencia lo litigiosos y vengativos que son, pensamos que la mayoría de sus declaraciones, en general, tienen muestras de veracidad, y que sus historias son, en general, verídicas. (MADRÁS, 1855, p. 16)*

Por último el informe analiza los archivos de casos de tortura de los últimos siete años, que habían sido investigados por las Cortes o de la magistratura. Los miembros de la Comisión advierten que es poco común obtener condenas exitosas en estos casos debido a la insuficiencia de pruebas y a la extrema benevolencia de las penas incluso en estos casos excepcionales. Sin embargo, para enderezar el tema, citan con su aprobación al Sr. Daniel, agente del Gobierno en Kurnool, que dice, "no tengo ninguna vacilación en decir que ni campesinos ni cualquier otra clase de personas considera que los actos de violencia para la recaudación de impuestos son tolerados tácitamente por el Gobierno o sus oficiales europeos..." (MADRÁS, 1855, pp. 287-29)

## **2.1 Las conclusiones de la Comisión**

Basándose en estas pruebas, la Comisión concluyó

*que la violencia practicada por los inspectores y la policía local ha prevalecido en conjunto a lo largo de esta presidencia, tanto en la recaudación de impuestos como en los casos policiales; pero estamos obligados, al mismo tiempo, a manifestar nuestra opinión de que la práctica, en los últimos años, ha ido disminuyendo tanto en su gravedad como en su alcance. (MADRÁS, 1855, p. 31)*

El Informe consideró que el término "tortura", según la definición del Dr. Johnson - "dolor por el que se castiga la culpa o se obtienen confesiones" (MADRÁS, 1855, p. 31)<sup>2</sup> - podía aplicarse a las prácticas prevalecientes en la Presidencia.

Luego, el Informe trató de explicar que, comparativamente, había menos denuncias sobre el uso de la tortura para extraer confesiones que en casos fiscales. Su razonamiento hace interesante su lectura. Expresa la convicción (según testimonios acerca de "las costumbres de la gente") que

*la tortura es normalmente aplicada sólo cuando hay muy buenas razones para creer que la víctima es realmente culpable. [Continúa] De hecho, parece ser la opinión*

*generalizada, entre los propios nativos, que en los casos penales la práctica no sólo es necesaria sino también correcta. No les produce aversión, ni asombro, ni repugnancia en sus mentes. (MADRÁS, 1855, p. 34)*

En el informe también se aclara bajo el título “Costumbres de la gente” que

*tenemos casos de tortura que se practican libremente en todas las instancias de la vida doméstica. Los esclavos son tratados así por sus amos y sus compañeros de servicio; los niños por sus padres y maestros, en respuesta a las infracciones más insignificantes; las mismas obras del populacho (y la cúspide del drama grosero del pueblo es su sátira) provocan las risas de una audiencia en su mayoría rural por la exhibición de un inspector tratando de quitarle a un moroso sus ingresos moneda por moneda, a través de un dispositivo de “provocaciones” familiares, bajo la supervisión de un caricaturizado tehsildar<sup>3</sup>; parece una institución “consagrada”, y no puede sorprendernos que la práctica esté todavía muy extendida entre la clase ignorante e inculta de los funcionarios públicos locales. (MADRÁS, 1855, p. 34)*

Sin embargo, el Informe inmediatamente aclaró que la intensidad de la práctica había disminuido con la intervención europea. Se basó en las órdenes dictadas por la *Adalat Faujdari* que regulaban las confesiones y dijo que “no podían sino producir su efecto” (MADRÁS, 1855, p. 34).

También señaló, como un desincentivo a la práctica, el hecho de que una confesión no corroborada era muy poco probable que resultara en condena<sup>4</sup>. Después, el Informe revela la base de su fe en la intervención europea. Dice, “no hay un funcionario público local, desde el cargo más alto al más bajo, que no sepa muy bien que estas prácticas se llevan a cabo pese al aborrecimiento de sus superiores europeos” (MADRÁS, 1855, p. 34).

Los miembros de la Comisión luego expresan su angustia ante la dificultad que enfrentan las víctimas de tortura para obtener reparación. Pero la primera afirmación del Informe sobre este tema es para aclarar que el Gobierno o sus funcionarios europeos están completamente libres de culpa en este sentido y les concede el máximo de crédito por sus esfuerzos (MADRÁS, 1855, p. 35). El Informe reitera el conocimiento de funcionarios locales de la desaprobación de la práctica por parte de los funcionarios europeos superiores. Yendo de los funcionarios locales a la población autóctona, continúan a la defensiva:

*No hemos visto nada que nos de la impresión de que la población en general contempla una idea de que sus malos tratos son tolerados o aprobados por funcionarios europeos del Gobierno. Por el contrario, parece que todo lo que desean es que los europeos, en sus respectivos distritos, se encarguen e investiguen las denuncias interpuestas ante ellos. [Resumiendo su punto de vista sobre el asunto, la Comisión explica] El grito del pueblo, que ha llegado hasta nosotros, es que lo salvemos de las crueldades de sus compatriotas, no de los efectos de falta de amabilidad o la indiferencia por parte de los oficiales europeos del Gobierno. (MADRÁS, 1855, p. 35)*

Acto seguido, el Informe trata de explicar la contradicción entre los nativos que consideran a los funcionarios europeos como sus salvadores y la rareza de sus denuncias

contra funcionarios locales. El Informe adjudica como factores la elevada tasa de absoluciones en los juicios sobre tortura y la benignidad de las penas en estos casos (MADRÁS, 1855, p. 35). Sin embargo, continúa insistiendo en que la naturaleza de los nativos es la razón principal de esto y no parece considerar que las autoridades europeas que juzgaron estos casos y asintieron a la práctica de la tortura, sean responsables. Esto, pese a que la antes mencionada carta de la Compañía de la Corte de Directores en 1826, así como el propio análisis de la Comisión de los casos de tortura de los siete años anteriores, pusieran claramente de manifiesto la extrema indulgencia adoptada en esos casos. Por último, el Informe aleja aún más la culpa de los oficiales europeos al hablar de la gran cantidad de tareas que realizan, el enorme tamaño de las áreas que administran y el minúsculo número de europeos en la administración (MADRÁS, 1855, p. 37).

## 2.2 Las Recomendaciones del Informe

Los Comisionados señalaron que, aunque la práctica de la tortura estuviera siendo poderosamente afectada por la reforma del carácter de los nativos a través de "la difusión de la educación, la apertura de las comunicaciones" y "el aumento en el intercambio de ideas", estos eran sólo "graduales" y "remedios generales" (MADRÁS, 1855, p. 39). En su lugar, propusieron una solución al problema que, en su opinión, se refería específicamente al caso de la India. El Informe plantea por lo tanto la proposición siguiente:

*No puede negarse que una mayor presencia de funcionarios europeos del gobierno en una provincia debe tender a un perfeccionamiento de su administración y, la pregunta es cómo y en qué dirección tal fuerza podría ser más beneficiosamente empleada y hacer que resulte útil para abandonar la práctica local de recurrir a la violencia ilegal, tal como lo hemos venido comentando. (MADRÁS, 1855, p. 39)*

El Informe profundizó sus opiniones respecto al carácter de los nativos y de los europeos. En él se explica que,

*toda la policía está mal pagada, es notoriamente corrupta, y carece de los límites morales y del amor propio normalmente generados por la educación; y que el carácter de los nativos cuando llegan al poder muestra su rapacidad, crueldad y tiranía, por lo menos tanto como sus principales características son la servilidad, la timidez y el engaño, cuando el indio es un mero individuo. (MADRÁS, 1855, p. 40)*

No sería sorprendentemente que este grupo de personas fuera capaz de una práctica, "cuya mera afirmación de su existencia es tan asombrosa para los oídos de los europeos como su realidad es repugnante para la moral europea" (MADRÁS, 1855, p. 40).

La solución era, sencillamente, designar superintendentes europeos de policía para cada distrito. Esto, según la Comisión, "permitiría en muy poco tiempo hacer una comprobación eficaz del recurso de la tortura para obtener confesiones" (MADRÁS, 1855, p. 42).

El Informe, tras haber encontrado el Santo Grial, detalla a continuación con entusiasmo el "poderoso efecto sobre el bienestar del pueblo" que tendría. El resultado final, propuso, sería que

*el mismo comportamiento que ha garantizado suficientemente la paz y la seguridad de los países europeos durante los últimos treinta años, tiempo en el que puede decirse que se originó integralmente la ciencia policial, podría permitir rápidamente a la Presidencia tener una admirable fuerza policial, preventiva e investigativa. (MADRÁS, 1855, p. 43)*

El informe concluye aclarando que su propuesta de “una abundante inmersión de agencia europea” en la administración pública no se debía a ninguna hostilidad hacia los nativos o para privarlos “de la parte justa que les corresponde en el gobierno de este país”. Después, aboga de manera conciliadora por el mérito relativo del término agencia “moral” (en contraste con agencia “europea”) ya que “hay muchos indios orientales y algunos nativos que, en nuestra opinión, pueden ser de confianza como cualquiera de nosotros” (MADRÁS, 1855, p. 46).

Por último, la Comisión concluye su informe enumerando los propósitos que justifican su existencia:

*la garantía que ha sido ofrecida a la población en general, de que independientemente de cuál haya sido la práctica, no fue aprobada por el Gobierno; la manera puntillosa en que el gobierno ha llamado la atención de todas las autoridades europeas sobre el tema; el miedo saludable que no puede sino haberse inspirado en el seno de funcionarios locales; la confianza que la publicidad debe haber dado a la gente para resistirse a sus opresores. (MADRÁS, 1855, p. 47).*

### 3. Entendiendo el Informe

*La tortura ha dejado de existir. (Victor HUGO, 1874, apud PEERS, 1991, p. 5).*

*El dolor no es simplemente negativo. Es, literalmente, un escándalo. (TALAL ASAD apud ASAD, 1998, p. 290)*

Se plantea la cuestión: ¿por qué se creó la Comisión sobre la Tortura en Madrás? O más precisamente, ¿por qué un gobierno colonial estaría interesado en establecer una investigación sobre la práctica de la tortura? Como se discutió en la sección anterior, los casos de tortura en la Presidencia de Madrás habían sido denunciados por diferentes autoridades del gobierno desde principios del siglo XIX, pero se habían tomado pocas o ninguna medida. (GUPTA, 1974, pp. 308-310). Este enfoque fue resumido por un crítico de la Compañía, quien escribió, “los casos de tortura llevados a cabo por la policía son muy frecuentes [...] pero como tenerlos en cuenta no tiene ningún objetivo político, son considerados por el gobierno con una perfecta tranquilidad” (PEERS, 1991, p. 51).

Sin embargo, las revelaciones en el Parlamento y la subsiguiente cobertura de la prensa en 1854 impulsaron a la administración a actuar, y la Comisión fue creada. La carta original de la Corte de Directores de la Compañía, solicitando la creación de la Comisión, es reveladora en su franqueza. Se admite que la medida tuvo que ser tomada a causa de las protestas públicas, y no “a raíz de los informes anteriores de nuestros propios agentes” (PEERS, 1991, p. 51).

El objetivo de la Comisión, por tanto, fue el de permitirle al Gobierno negar

todas las acusaciones. Como hemos visto, realizó esta tarea admirablemente. El tema recurrente a lo largo del Informe es un ansioso intento de negar cualquier connivencia por parte de las autoridades británicas con la práctica de la tortura. Sin embargo, aunque el Informe trata de racionalizarlo, los hallazgos de la propia Comisión apuntan decisivamente a cierto grado de complicidad británica. El Informe analiza, por ejemplo, la carta de 1826 de las autoridades de la Compañía en Londres a las de Madrás, que cita a un juez de circuito diciendo, "no veo otra forma de explicarlo que la benevolencia con que tales aberraciones son percibidas por sus superiores inmediatos" (PEERS, 1991, p. 49).

En lugar de centrarse en el rol de los oficiales superiores británicos, sin embargo, el informe trata de explicar sistemáticamente la persistencia de la tortura a raíz de la "propensión innata de los nativos". Se consideraba que esta "propensión" estaba tan arraigada que incluso la "agencia moral" europea sólo era parcial y gradualmente capaz de deshacerla. Como Anupama Rao lo pone en otro contexto, "se consideraba a la policía como una institución cultural comprometida por el hecho de ser "nativa" y, por tanto, fundamentalmente irracional y propensa a los excesos" (RAO, 2001, p. 4127). El Informe es un clásico ejemplo del proceso que he denominado "otredad de la tortura"

Radhika Singha lo resume acertadamente: "El destinatario principal del Comité sobre la Tortura", escribe, "era el público británico, para asegurarles que los nativos no podrían creer que los funcionarios europeos condonarían la tortura" (SINGHA, 1998, p. 305). El lenguaje del Informe no deja dudas sobre a quién estaba dirigido. Por lo tanto, sería pertinente examinar las actitudes contemporáneas británicas sobre la cuestión de la tortura - en general, así como en el contexto específico de la historia de la dominación británica en la India.

### 3.1 La tortura y sus historias

En la mitología de la historia universal de la tortura, el siglo XIX es considerado como un período en el que desapareció la tortura en Europa, y gracias a la influencia europea, se redujo incluso en las colonias<sup>5</sup>. De hecho, desde 1750 en adelante, las disposiciones relativas a la tortura fueron gradualmente eliminadas de los códigos penales de Europa (PEERS, 1991, p. 74). Junto a estos cambios legales, surgió una creciente literatura que condenaba la tortura sobre la base de motivos morales. El ejemplo más famoso de este tipo de textos contra la tortura tal vez fue el de Cesare Beccaria *De los delitos y de las penas*. En el siglo XIX, entonces, la cuestión de la tortura se había convertido, como dice Edward Peters, en "el centro de muchas de las críticas de la Ilustración sobre el *ancien regime*" (PEERS, 1991, p. 74). La tortura se convirtió en un término universalmente peyorativo: "la mayor amenaza a la ley y la razón que el siglo XIX pudiera imaginar" (PEERS, 1991, p.75). La abolición de la tortura fue un importante hito en el camino evolutivo de progreso en el que Europa suponía estar a finales del siglo XVIII. El fin de la tortura se convirtió entonces en un poderoso símbolo de la nueva Europa moderna y se utilizó para contrastar la Europa contemporánea con la de la Edad Media, constituyendo un aspecto importante de la auto-definición europea del siglo XIX.

Así, la nueva sensibilidad moral adquirió un papel central en la historiografía

de la abolición de la tortura. En el trabajo de historiadores europeos y americanos del siglo XIX, el proceso de ilegalización de la tortura se explica exclusivamente por un determinado tipo de narrativa progresista. En efecto, esta historia describe estos cambios, a menudo, en términos de un “movimiento abolicionista” que es comparable con, por ejemplo, el movimiento para la erradicación de la esclavitud. La historia explica que el sistema de tortura continuó hasta el siglo XVIII, cuando una serie de notables divulgadores como Beccaria y Voltaire revelaron sus deficiencias y conmocionaron la conciencia europea, inspirando a los grandes monarcas de la Ilustración para que abolieran la tortura (PEERS, 1991, p. 75)

John Langbein (1977), en su ya clásico trabajo, *Torture and the Law of Proof*, (“La Tortura y el Derecho Probatorio”), desestimó esta versión de las cosas – de una manera bastante provocativa - como si fuera un “cuento de hadas”. Rechazando la idea de que la influencia humanista fuera el factor decisivo para la abolición de la tortura en el siglo XVIII, Langbein destaca, en cambio, que las innovaciones puramente jurídicas en el derecho probatorio, que se fueron desplegando cada vez más a partir de comienzos del siglo XVII, hicieron que, poco a poco, la tortura fuera redundante. El derecho probatorio canónico romano, que requería sea la confesión o el testimonio de dos testigos para condenar, había ido disminuyendo. Con nuevas formas de sanciones penales como las galeras, los talleres de trabajo caritativo y el uso de la práctica del desplazamiento, los jueces podían ser más discrecionales que antes en sus sentencias. Cada vez más, por lo tanto, en casos en los que no podían reunirse suficientes pruebas, incluso las pruebas circunstanciales podrían ser usadas para condenar con un castigo menos severo - era una práctica análoga al sistema moderno de “negociación de la pena entre la defensa y la parte acusadora” (PETERS, 1985, p. 84). Por tanto, la tortura no era ya necesaria como parte esencial del procedimiento penal.

Sin embargo, incluso Langbein reconoce que “los escritores desempeñaron algún rol” en la “prohibición” de la tortura, y que su abolición “fue un evento relacionado con muchos de los temas de historia política, administrativa e intelectual más profundos del siglo XVIII” (LANGBEIN, 1977, p. 69). La condena de la tortura tenía connotaciones morales muy relacionadas con el pensamiento de la Ilustración. Aunque investigaciones más recientes han provisto explicaciones mucho más amplias y complejas para la abolición de la tortura que la singular influencia de la pasión moral de Beccaria y otros, el hecho es que a fines del siglo XIX la identificación de la tortura con una visión del mundo que se rechazaba se daba en base a fundamentos morales tanto como jurídicos. De hecho, desde entonces, la tortura ha sido atacada principalmente por motivos morales, como símbolo de la barbarie del *ancien regime*. Estas intervenciones reconfiguraron el sentido mismo de la tortura - dándole el poder de un mecanismo retórico, de modo que se convirtió en una baza argumentativa por excelencia.

Darius Rejali, sin embargo, se opone a la noción misma de la abolición de la tortura y, por tanto, se opone a la relación establecida entre el cambio de tortura por castigo con la transición a la modernidad. El autor sostiene que, lejos de ser un vestigio bárbaro del pasado, la tortura es, de hecho, parte integral del estado moderno (REJALI, 1994)<sup>6</sup>. En su estudio sobre la historia de la tortura en Irán desde finales del siglo XVIII, Rejali demuestra que la tortura ha sido esencial y ampliamente utilizada por todos los regímenes que allí se han establecido. Tomando un enfoque foucaultiano

(FOUCAULT, 1995), sostiene que en el siglo XIX se dio un alejamiento gradual de la tortura ceremonial. Este cambio fue considerado como una señal de progreso, especialmente por parte de los colonialistas (REJALI, 1994, p. 16). La nueva forma de tortura que la reemplazó fue diferente. Se llevaba a cabo fuera del dominio público, en el contexto de operaciones policiales y la disciplina carcelaria, los inseparables componentes de la moderna sociedad disciplinaria. Los rituales públicos de la tortura fueron sustituidos por un nuevo secretismo. Como Talal Asad explica, "la tortura moderna como parte del mantenimiento del orden es comúnmente secreta, en parte, porque infligirle dolor físico a un detenido para extraerle información, o para cualquier otro propósito, es "incivilizado" y, por tanto, ilegal"(1998, p. 290). Esta nueva sensibilidad sobre el dolor físico necesitaba que el Estado moderno sólo pudiera practicar la tortura junto con una "retórica de negación" simultánea. El Informe de la Comisión de Tortura es, en efecto, un caso clásico de la práctica de esta retórica de la negación.

### 3.2 "El Estado de Derecho" y "la innata propensión a la tortura"

Esta época, cuando los debates sobre la tortura se estaban llevando a cabo en Europa era también, por supuesto, el apogeo de la era colonial en el subcontinente Indio. Como Gran Bretaña emprendió la administración de la India, tenía que elaborar una visión sobre el pasado y el futuro de la India con el fin de justificarse a sí misma su dominio sobre él. Thomas Metcalf (1994) ha argumentado que a lo largo de la "Raj", las ideas que más poderosamente alimentaron las concepciones británicas sobre la India y su pueblo fueron las de la "diferencia" de la India. Entre las ideas más ampliamente aceptadas en este período se encontraba el concepto del "Despotismo Oriental". Este concepto se convirtió en una manera popular de concebir a los asiáticos como personas que se someten voluntariamente al absolutismo. Pensadores de la Ilustración como Voltaire y Montesquieu entrarían en polémicas contra la monarquía francesa comparándola con el "Despotismo Oriental" (METCALF, 1994, p. 7). En su *Historia de Indostán* publicada en 1770, Alexander Dow escribió acerca de los Emperadores Mongoles como *Déspotas Orientales* por excelencia presidiendo un Estado anárquico (COHN, 1989, pp. 137-140). Así pues, se establecía un contraste entre la India pre-británica y la ley y el orden que supondría la dominación británica.

El modelo que había confinado la tortura al *ancien regime* en Europa al confrontarlo con la "tortura" en sociedades como la India, se prestaba una explicación similar. En este modelo progresista, el "primitivo" estado no-modernizado asiático simplemente reemplazó los poderes del *antiguo régimen* y la supuesta naturaleza primitiva de principios de la cultura europea. La tortura entonces se convirtió en algo que bien podría existir en el pasado de Europa o en el presente "Oriental". En efecto, como sostiene Metcalf:

*En la India, Europa podría encontrar, presente en la época, toda su historia. La India era, a la vez, una tierra teutónica republicana, era "el antiguo mundo pagano" de la antigüedad clásica; era un conjunto de reinos feudales medievales; podía incluso percibirse en las ciudades costeras "algo así como una similitud con nuestra propia civilización"; y la India era también, por supuesto, una tierra "oriental" forjada por el despotismo (METCALF, 1994, p. 66)*

Guiada por el “historicismo” del siglo XIX, las historias británicas sobre la India ayudaron a construir la diferencia atribuida a la India. El “progreso” británico fue complementado por esta historia de la “decadencia” India, haciendo la dominación británica inevitable y necesaria. A este respecto, como dice John Barrow:

*La humanidad era una, no porque fuera igual en todas partes, sino porque las diferencias representaban las diferentes etapas en el mismo proceso. Y, estando de acuerdo en llamar al proceso progreso, se podría convertir la teoría social en una moral y política. (BURROW, 1966, p. 98-99)*

Según Thomas Metcalf (1994, p. 17), la idea de “mejora” y “Estado de Derecho” eran ya justificaciones centrales de la dominación británica a finales del siglo XIX. Estos temas fueron dejados de lado en el drama de alta repercusión pública que rodeó al proceso de destitución de Warren Hastings de 1787 en adelante. Si bien Hastings sostenía que como gobernante “asiático”, era necesaria y justificada una autoridad discrecional, su gran oponente Edmund Burke trató de hacer de él un símbolo de la rapacidad con el que la Compañía de las Indias Orientales ejerció su “poder arbitrario” en la India (METCALF, 1994, p. 18). Según Sara Suleri, a través del proceso, Burke y sus seguidores fueron tejiendo conjuntamente una “trama de ansiedad colonial”. No se trataba solamente de un proceso de destitución, sino de “una documentación de las ansiedades de la opresión, donde tanto el acusado como los acusadores están implicados en la repartición\ de la culpabilidad colonial” (SULERI, 1992, pp. 53-55).

En efecto, si la retórica de Burke fuera a ser seguida hasta su conclusión lógica, todo el dominio de la Compañía estaría bajo proceso, no sólo Hastings. Pero este no era el objetivo de nadie en ese momento. En cambio, el proceso se convirtió en un espectáculo, utilizado para renovar la fe en el estado de derecho británico. Como Burke dijo, “estoy seguro de que todos los medios eficaces para preservar a la India de la opresión son una salvaguarda para preservar a la Constitución británica de su peor corrupción” (METCALF, 1994, p. 19). Abogando por la importancia del “mejoramiento”, Burke dijo que no hay nada “que pueda fortalecer la autoridad británica en la India, que no tienda casi, sino totalmente, proporcionalmente, a ayudar a la gente” (METCALF, 1994, pp. 19-20). La similitud de este caso con el de la Comisión de la Tortura -otro ejercicio para el exorcismo de la culpa colonial - es, en efecto, deslumbrante.

Con el fin de caracterizar al dominio británico como un régimen moral, “civilizado” y “civilizador”, la idea del “Estado de Derecho” era crucial. Su perdurable hegemonía puede ser debida al hecho de que en 1950 un grupo de eminentes historiadores concluyó que el estado de derecho fue el mayor beneficio que la India recibió a raíz de la introducción de ideas jurídicas inglesas (LIPSTEIN, 1957, p. 87). Mucho antes de 1950, sin embargo, Sir James Fitzjames Stephen, miembro legal del Consejo del Virrey de 1869 a 1872, discutió sobre su importancia de este modo:

*El establecimiento de un sistema legal que regule las cuestiones más importantes de la vida cotidiana de las personas constituye en sí misma una conquista moral más llamativa, más duradera, y mucho más sólida, que la conquista física que la hizo posible. Ejerce una influencia sobre la mente de la gente en muchos sentidos comparable a la de una*

*nueva religión [...] Nuestra ley es de hecho la esencia y la sustancia de lo que tenemos que enseñarles. Es, por así decirlo, un evangelio obligatorio que no admite disidencia ni desobediencia. (METCALF, 1994, p. 39)*

La obsesión con la elaboración de leyes en la India comenzó a fines del siglo XIX, con William Jones tratando de hacer de Cornwallis el "Justiniano de la India" y de él mismo el Triboniano, compilando un "completo compendio de la Ley hindú y musulmana" (COHN, 1989, p. 146). Como Jones escribió a Cornwallis, el Gobierno británico, con dicho código, daría a los nativos de la India "seguridad para la debida administración de justicia entre ellos, similar a la que dio Justiniano a sus súbditos griegos y romanos" (COHN, 1989, p. 146). El grandilocuente sueño de la elaboración de leyes como la panacea continuó con James Mill, quien trabajó para la Compañía de las Indias Orientales durante diecisiete años, hasta su muerte en 1836. En su clásico *Historia de la India británica*, publicado por primera vez en 1818, relacionó el estado degradado y retrógrado de la sociedad india con el despotismo de los gobiernos locales, y sugirió una solución simple - la codificación de leyes "buenas" (STOKES, 1959, pp. 68-70). De hecho, se ha dicho que Bentham exhortó hacia el final de su vida que "Mill será el ejecutor vivo – yo seré el legislador muerto de la India" (STOKES, 1959, pp. 68-70).

La culpa achacada a la "propensión innata de los nativos" a la tortura situó la tortura en la misma línea que a la abolición de otras "prácticas horribles", como el *hookswinging*, el infanticidio, el *sati*, *thuggee* y el sacrificio humano, todas ellas formas de crueldad que caracterizaban singularmente a la sociedad India (RAO, 2001). Paradójicamente, la iniciativa liberal de erradicar estas manifestaciones de la "barbarie" India no consiguió sino profundizar aún más las nociones de la diferencia India. El ejemplo de *hookswinging*<sup>7</sup> es instructivo. En el análisis que hace Nicholas Dirks sobre la investigación llevada a cabo por las autoridades británicas sobre este ritual, cita al funcionario británico que preside concluyendo que

*En mi opinión, es innecesario a finales del siglo XIX, teniendo en cuenta el nivel de civilización que la India ha alcanzado, considerar los motivos por los cuales se participa en el hookswinging, al caminar por el fuego, y realizar otras barbaridades. Desde su punto de vista moral, sus motivos pueden ser buenos o malos; pueden permitirse la autoflagelación para satisfacer votos piadosos realizados fervientemente con toda sinceridad y por las razones más desinteresadas; o pueden permitírselo por los motivos de engrandecimiento personal más bajos, ya sea para la limosna que puedan recibir o por la distinción personal y el esplendor local que puede otorgarles; pero la cuestión es si la opinión pública en este país no se opone a los actos externos de los participantes, por ser en los hechos repugnantes para los dictados de la humanidad y desmoralizantes para ellos y para todos los que puedan presenciar sus actuaciones. (DIRKS, 1997, pp. 192-193)*

Talal Asad afirma que en sus intentos de erradicar esas "prácticas crueles", lo que realmente motivó a los europeos era "el deseo de imponer lo que consideraban normas civilizadas de justicia y humanidad sobre una población sometida – por ejemplo, el deseo de crear nuevos súbditos" (ASAD, 1998, p. 293). Al situar a la tortura policial junto a esta clase de actos de "barbarie", el uso de la violencia para extraer confesiones

se normalizó en las mentes británicas y se eliminó el contexto colonial, con los europeos emergiendo como caballeros en armaduras brillantes tratando de humanizar contra viento y marea a los indios: de alguna manera, para salvarlos de ellos mismos.

#### 4. El legado del Informe

*Todos los nativos de Indostán, yo creo que verdaderamente, son corruptos.*  
(Lord CORNWALLIS apud LUDDEN, 1993, p. 255)

Como vimos en la primera sección, la Comisión había recomendado la reorganización de la policía de Madrás de una manera que institucionalizase y garantizase totalmente la supervisión europea de la policía local a todos los niveles y trató de minimizar su discreción. El Informe había concluido con la advertencia de que si las reformas sugeridas no eran tomadas en cuenta, “los funcionarios locales no habrán sino aprendido otra lección de su propio poder e impunidad” (MADRÁS, 1855, p. 47). La reforma policial se presentó como la solución al problema de mayor vigilancia y control dentro de la fuerza policial, necesidad originada en la construcción de la policía local como fundamentalmente poco fiable a causa de su inferioridad racial.

En palabras del historiador colonialista de la Policía India, Sir Percival Griffith, el Informe “impulsó al Gobierno de Madrás a actuar, finalmente”. Basándose en el informe fueron presentadas propuestas para la reforma policial desde el mismo agosto de 1855 (GRIFFITH, 1971, p. 81). Sin embargo, estas provocaron originalmente ciertas dudas por parte de la administración de la Compañía en Londres, ya que su implementación implicaba considerables gastos. La Corte de Directores calculaba un costo adicional de un millón de rupias para implementar los cambios recomendados (GUPTA, 1974, p. 322). En respuesta a estas objeciones, el Gobernador de Madrás respondió que el principal gasto adicional a raíz de las reformas se debería al aumento significativo de funcionarios europeos. Añadió que esto era “absolutamente necesario” y que “sería inútil intentar una reorganización de la fuerza sin, en primer lugar, designar a un funcionario europeo para cada distrito” (GUPTA, 1974, p. 325).

Muy pronto, la Corte de Directores se convenció y aceptó el diagnóstico del Informe según el cual la principal causa del fracaso y la ineficiencia de la policía era que “los oficiales ingleses a cargo de la Policía” habían ejercido rara vez “supervisión y control efectivos” (GUPTA, 1974, p. 354), debido a su pesada carga de trabajo y a que los oficiales nativos no habían sido “ni vigilados ni controlados adecuadamente” (ARNOLD, 1986, p. 22). La Corte acordó con la Comisión que la policía local estaba naturalmente predispuesta a la “mala conducta y la corrupción”, y que esto sólo podía ser detenido por “la más alta inteligencia y la excelente honestidad” de un número suficiente de funcionarios europeos (ARNOLD, 1986, p. 22). Con la incorporación de estos cambios propuestos, la del Distrito Policial de Madrás N° XXIV de 1859 fue finalmente aprobada. El modelo de Madrás fue extendido a la mayoría de la India británica a través de la Ley de Policía de la India 1861, que aún hoy es el estatuto primario que regula la policía en la India.<sup>8</sup> Así, la reforma de la policía que originada por la Comisión sobre la Tortura culminó en la completa eliminación de los indios de cargos de responsabilidad administrativa, y el fortalecimiento simultáneo de la vigilancia europea.

#### *4.1 La estructura reformada de la Policía de Madrás*

El nuevo Departamento de Policía de Madrás había de ser estructurado de forma tal que se garantizase el máximo control y la supervisión por parte de funcionarios superiores europeos. En su entusiasmo inicial de reformar, las autoridades de Madrás se sintieron atraídas por el modelo de la Policía Metropolitana de Londres creada en 1829. Pero pronto se sintió, como David Arnold sugiere, "que un sistema policial diseñado para la policía de una metrópoli imperial no cumplía con todos los requisitos de una provincia colonial" (1986, p. 25). El modelo de la Policía irlandesa comenzó a ser visto como mucho mejor para este objetivo. La Irlanda Colonial tenía una fuerza policial centralizada y paramilitar, mientras que Inglaterra y Gales en esa época<sup>9</sup> tenían un sistema policial totalmente descentralizado, con cuerpos de policía separados en casi todos los condados y ciudades principales (ARNOLD, 1986, p. 25). Este modelo, obviamente, no fue considerado como adecuado para la India ya que como Estado colonial necesitaba una policía colonial que respondiera solamente ante ella misma.

La Policía irlandesa, por otro lado, estaba totalmente centralizada con un Inspector General como Oficial en Jefe, que era directamente responsable ante el Secretario General del gobierno. La Policía irlandesa no era responsable ante la gente de la zona, sino sólo ante el gobierno. El modelo irlandés era también muy popular entre los oficiales británicos en la India debido a que muchos de ellos habían tenido experiencia previa en Irlanda, ya sea porque procedían de clases hacendadas o porque habían prestado servicios allí. Como Sir Hugh Rose, que había servido en Irlanda y ahora era Comandante en Jefe del ejército indio, dijo en octubre de 1861, "ningún sistema policial ha funcionado mejor para la represión de la agitación política y el desorden agrario que la Policía Irlandesa" (ARNOLD, 1986, p. 26). Dado que estos objetivos británicos fueron también ampliamente aplicables en la India y el contexto colonial similar, el principal modelo seguido para la reconstitución de la policía india fue el de la Irlanda colonial, un precedente que más tarde fue seguido por muchas otras colonias en la segunda mitad del siglo XIX (ARNOLD, 1986, p. 27).

El principio de supervisión articulado por la Comisión sobre la Tortura y ratificado por el Gobierno de Madrás y la Corte de Directores constituyó la base organizacional de la estructura policial de la Presidencia de Madrás en virtud de la nueva ley. De acuerdo con David Arnold, había tres partes interconectadas en este nuevo sistema de supervisión y control: en primer lugar, el control sobre el departamento de policía por parte de la administración civil; en segundo lugar, la supervisión de funcionarios policiales indios subordinados por parte de sus superiores europeos; y en tercer lugar, "una rígida jerarquía de rangos y funciones entre la Superintendencia en lo más alto, la inspección en el medio y la policía propiamente dicha en la parte inferior" (ARNOLD, 1986, p. 29). Todo el sistema se organizó de manera a institucionalizar la desconfianza de los europeos hacia los indios, aunque sólo estuvieran sirviendo al Estado colonial. Se presumía que la corrupción y la ineficiencia de los subordinados indios sólo podían ser rectificadas por un sistema rígido de control que culminara en los superintendentes europeos. Aunque los indios siguieron conformando el grueso del cuerpo policial en términos numéricos, debido a las limitaciones de recursos y la necesidad de conocimientos locales y del idioma, se les permitía poca iniciativa

siendo inspectores - y ninguna en absoluto si eran agentes. Por otra parte, los costosos funcionarios europeos se concentraban en puestos clave de supervisión.

David Arnold (1986, p. 29) sostiene que la estructura de la policía colonial se suponía que sería una realidad institucional del ideal Panóptico benthamita. En efecto, la manera en que se designó a los oficiales superiores de la fuerza policial - Inspector, Superintendente, Inspector General - transmite con precisión sus respectivas funciones de supervisión. Los funcionarios superiores de policía estaban allí principalmente para vigilar a sus subordinados y no para participar activamente en las funciones ordinarias de la policía. Su papel era, pues, el de una "policía de la policía" (ARNOLD, 1986, p. 29).

#### 4.2 La burocracia colonial

El caso de la policía es quizás un ejemplo extremo, pero la sospecha con la que los británicos consideraban a la burocracia subordinada india tenía una larga y accidentada historia. David Ludden observa cómo el deseo de William Jones de compilar en inglés un "Compendio de derecho Hindú y Mahometano" surgió principalmente porque no confiaba en los intérpretes locales. Del mismo modo, las reformas agrarias de Thomas Munro en Madrás se inspiraron en la idea de evitar cualquier autoridad intermediaria entre la Compañía y el cultivador. (LUDDEN, 1993, pp. 254-257). El imperativo impulsor de esto era controlar la administración de la agencia india de forma más estricta.

Richard Saumarez Smith ha argumentado que las estadísticas, las encuestas y operaciones de registro desempeñaron un papel crucial al proveer a los británicos con métodos técnicos burocráticos para el control de los "nativos" (SMITH, 1985, pp. 153-176). El funcionamiento técnico de toda la burocracia subordinada comenzó a trabajar a mediados de la década de 1840. Manuales elaborados fueron compilados, circunscribiendo estrictamente sus funciones. Utilizando el ejemplo de *patwari* (pueblo de contables) en el Punjab, Smith explica cómo se consideró necesario regular sus actividades y los títulos bajo los que compiló la información, ya que se había convertido en la figura central de la administración de los ingresos locales. Un ejemplo notable de este "Gobierno del Manual" es un "curso de educación para los contables locales (*patwaris*)" dividido en cuatro partes, publicado en Punjab en 1845. Las cuatro partes estaban compuestas por designaciones oficiales de objetos (meses, cosechas, reinformaciones del Gobierno y documentos públicos), incluyendo los nombres de veintinueve diferentes castas; un cálculo que incluía una manera especial de escribir las cantidades; pesos y medidas, que incluía un método para calcular áreas de dimensiones lineales; y un modelo completo de contabilidad para la agricultura y el pueblo. (SMITH, 1985, p. 159).

Al ampliarse las funciones del gobierno, los indios fueron reducidos a funciones subordinadas más que de gestión, en oficinas locales más que provinciales y en funciones técnicas frente a funciones políticas. Como dice Smith,

*Durante el período de la dominación británica en Punjab se mantuvo una división entre los niveles superiores de la burocracia, manejados por el Servicio Civil de la India que trabajaba en inglés, y los niveles más bajos, a cargo de los dirigentes provinciales y locales que trabajaban en la lengua autóctona. (SMITH, 1985, p. 161)*

Esta división racial de la burocracia es un ejemplo de lo que Partha Chatterjee ha llamado "el imperio de la diferencia colonial", que fue fundamental para el despliegue del poder disciplinario en el estado colonial. Explica este "imperio" como sigue:

*El Estado colonial no fue sólo la agencia que trajo las formas modulares del Estado moderno a las colonias; sino también una agencia que estaba destinada a no cumplir nunca la misión normalizadora del estado moderno porque la premisa de su poder era dominar a través del imperio de la diferencia colonial, a saber, la preservación del grupo gobernante. (CHATTERJEE, 1993, p. 10)*

Al ser introducidas en la colonia las instituciones del Estado moderno en la segunda mitad del siglo XIX, los gobernantes europeos establecieron claramente la diferencia racial entre los gobernantes y los gobernados, ya sea en la legislación, la burocracia o la administración de justicia. Cuanto más impulso cobraba el proceso de racionalización burocrática durante este período, según la lógica del régimen moderno de poder, más se levantaba la cuestión de la raza, haciendo hincapié en el carácter específicamente colonial de la dominación británica en la India (CHATTERJEE, 1993, p. 19).

Es el legado del Informe de la Comisión de la Tortura lo que hace que el "imperio de la diferencia colonial" se inscriba tal vez incluso en términos más virulentos en la estructura de la policía india que en cualquier otro mecanismo burocrático de la India.

## BIBLIOGRAFÍA

- 
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. **Informe sobre la Tortura**. Londres, 1973.
- ARNOLD, David. **Police Power and Colonial Rule**. Delhi: Oxford University Press, 1986.
- ASAD, Talal. On Torture, or Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment. In: KLEINMAN, Arthur; DAS, Veena; LOCK, Margaret (Org.). **Social Suffering**. Berkeley: University of California Press, 1998, p. 285-308.
- BURROW, J. W. **Evolution and Society**: A study in Victorian Social Theory. Cambridge: Cambridge University Press, 1966.
- CHATTERJEE, Partha. **The Nation and its Fragments**: Colonial and Postcolonial histories. Princeton: Princeton University Press, 1993.
- . Whose Imagined Community?. In: BALAKRISHNAN, Gopal (Org.). **Mapping the Nation**. Londres: Verso, 1996.
- BAXI, Upendra. **The Crisis of the Indian Legal System**. Delhi: Vikas Publishing House, 1982.
- COHN, Bernard S. Law and the Colonial State in India. In: STAR, June; COLLIER, Jane (Org.). **History and power in the study of law**. Cornell: Cornell University Press, 1989, p. 131-152.
- COMMISSIONERS FOR THE INVESTIGATION OF ALLEGED CASES OF

- TORTURE IN THE MADRAS PRESIDENCY [MADRAS]. **Report of the Commissioners for the Investigation of Alleged Cases of Torture in the Madras Presidency**. Madrás: Fort St George Gazette Press, 1855.
- DIRKS, Nicholas. The Policing of Tradition: Colonialism and Anthropology in Southern India. **Comparative Studies in Society and History**, Michigan, v. 39, n. 1, p. 182-212, 1997.
- FOUCAULT, Michel. **Discipline and Punish: The Birth of the Prison**. Nueva York: Vintage, 1995.
- GRIFFITH, Percival. **To Guard My People: The History of the Indian Police**. Londres: Benn, 1971.
- GUPTA, Anandswarup. **Crime and police in India (up to 1861)**. Agra: Sahitya Bhawan, 1974.
- LANGBEIN, John. **Torture and the Law of Proof**. Chicago y Londres: University of Chicago Press, 1977.
- LIPSTEIN, K. The Reception of Western law in India. **International Social Science Bulletin**, Oxford, v. 9, p. 87, 1957.
- LUDDEN, David. Orientalist Empericism: Transformations of Colonial Knowledge. In: VEER, Peter; BRECKENRIDGE, Carol (Org.). **Orientalism and the Postcolonial Predicament**. Filadelfia: University of Pennsylvania, 1993, p. 255.
- METCALF, Thomas. **Ideologies of the Raj**. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Persian letters**. Londres: Penguin Classics, 1993.
- PEERS, D M. Torture, the Police and the Colonial State in Madras Presidency, 1816-1855. **Criminal Justice History**, v. 12, p. 29-56, 1991.
- PETERS, Edward. **Torture**. Oxford: Basil Blackwell, 1985.
- RAO, Anupama. Problems of Violence, States of Terror. **Economic and Political Weekly**, v. 36, n. 43, p. 4125-4133, 2001. Available at: <[http://epw.in/epw/user/loginArticleError.jsp?hid\\_artid=6051](http://epw.in/epw/user/loginArticleError.jsp?hid_artid=6051)>. Last accessed on: 06 Sept. 2009.
- REJALI, Darius. **Torture and Modernity: Self, Society, and State in Modern Iran**. Boulder: Westview Press, 1994.
- RUTHVEN, Malise. **Torture: The Grand Conspiracy**. Londres: Weidenfeld & Nicholson, 1978.
- SINGHA, Radhika. **A Despotism of Law**. Delhi: Oxford University Press, 1998.
- SMITH, Richard Saumarez. Rule-by-records and rule-by-reports: complementary aspects of the British Imperial rule of law. **Contributions to Indian Sociology**, Nueva Delhi, v. 19, n. 1, p. 153-176, 1985.
- STOKES, Eric. **English Utilitarians in India**. Londres: Clarendon Press, 1959.
- SULERI, Sara. 1992. **The Rhetoric of English India**. Chicago: University of Chicago Press.

## NOTAS

---

1. Los tres jefes de poE.F. Elliot, H. Slicia fueron toques y J.B. Norton. Elliot había sido Superintendente de la policía y juez de la ciudad de Madrás de 1834 a 1853 y Norton había sido el Defensor General. (GUPTA, 1974, p. 311).

2. La Comisión amplió la definición para incluir también extorsión de dinero.

3. Recaudador de impuestos para el *tehsil*, una unidad administrativa (véase SINGHA, 1998, p. xxviii).

4. Sería interesante mencionar aquí un artículo de la *Calcutta Review* de 1846, según la cual el 70 por ciento de todas las condenas en la India estaban basadas en confesiones (cf. PARES, 1991, p. 48).

5. Véase, como ejemplo interesante, el informe de Amnistía Internacional sobre Tortura (1973).

6. Es interesante señalar aquí el argumento de Douglas Peers que la creciente injerencia del Estado proporcionó el contexto para un aumento de casos de tortura policial en la Presidencia de Madrás a mediados del siglo XIX. Nuevos crímenes de naturaleza "moral" se sumaban a delitos contra la persona y la propiedad ya que comportamientos contra la sensibilidad británica ahora se encontraban bajo la supervisión del Estado y implicaban sanciones penales. Estos incluían la mendicidad, los juegos de azar, la venta de libros obscenos, la "destrucción arbitraria de árboles", desobediencia de órdenes (basado en las leyes para regular la relación patrón-sirviente en Gran Bretaña), "simular brujerías", "invocación de espíritus para los cereales", "montar a caballo o conducir furiosamente", "caridad motivada por deformidades corporales" y negarse a pagar una dote prometida. También la vagancia se suponía que sería castigada y se monitoreaban las actividades de gente "ociosa". Así pues, las actividades de las personas estaban

siendo disciplinadas de una manera totalmente desconocida anteriormente en la India (PEERS, 1991, p. 43).

7. "Hookswinging implica una ceremonia en la que el ejecutante se balancea suspendido por dos ganchos de acero clavados en la espalda en una viga transversal construida con este propósito a partir un carro " (ASAD, 1998, p. 306).

8. El Comité de Redacción de la Ley de Policía se creó para reexaminar las leyes de policía en la India y en 2006 presentó un nuevo proyecto de ley. A pesar de que el Parlamento todavía tiene que aprobar el proyecto, en 2006, la Corte Suprema de la India emitió una directiva con algunos principios policiales básicos para los gobiernos estatales. La Corte pidió a los Estados seguir esos principios hasta que se adoptara una nueva legislación. A raíz de esto muchos Estados han comenzado a revisar sus leyes policiales. Mientras tanto, la Ley de Policía de 1861 todavía existe en los códigos de leyes y sigue siendo cuestionable si las recientes reformas aportarían una solución fundamental para las relaciones de poder entre la Superintendencia, la inspección y la policía, la jerarquía sobre la que se formó la base de la policía colonial. La utilización continuada de términos como "*teeth to tail ratio*" (la relación de los agentes de policía, desde el rango de asistente sub-inspector y desde arriba hasta los subordinados inferiores, es decir, Jefe de Policía y Policías) en los documentos oficiales del Gobierno apuntan a la naturaleza duradera de las mismas ideas coloniales, que aquí se analizan. Véase, por ejemplo, [www.mppolice.gov.in/crimeinindia/CHAP17.htm](http://www.mppolice.gov.in/crimeinindia/CHAP17.htm)

9. La excepción era, por supuesto, Londres, donde el Comisario debía informar directamente al Ministerio del Interior.

## ABSTRACT

---

While it is often argued that police torture is institutionalised in India, the only authoritative government-backed study of the practice in the history of modern India is the Madras Torture Commission Report of 1855. In the context of the silence that surrounds present-day police violence in India, the rather curious phenomenon of an investigative Commission, instituted by a colonial state, over a hundred and fifty years ago, is particularly interesting. In this article, I attempt a textual analysis of this Report, and an investigation of its ideological and historical context. I argue that the Report primarily served to discursively “manage” the issue of torture, by erasing the complicity of the colonial state in its practice, and that the reforms it suggested resulted in the institutionalisation of a specifically colonial model in the restructuring of the Indian police, a structure that substantially survives to this day.

## KEYWORDS

---

Torture – Police – Colonialism

## RESUMO

---

Embora seja comumente defendida a idéia de que a tortura policial constitui uma prática institucionalizada na Índia, o único estudo confiável apoiado pelo governo na história moderna indiana é o Relatório da Comissão sobre Tortura de Madras, k de 1855. No contexto do silêncio que encobre a violência policial atualmente praticada na Índia, o curioso fenômeno de uma Comissão investigativa, instituída por um Estado colonial há mais de cento e cinquenta anos atrás, é particularmente intrigante. Nesse artigo experimento uma análise textual do Relatório, e uma investigação de seu contexto ideológico e histórico. Defendo que o Relatório serviu, primeiramente, para discursivamente “tratar” do tema da tortura, negando a cumplicidade do Estado colonial em sua prática, além de argumentar que as reformas por ele sugeridas resultaram na institucionalização de um modelo colonial específico na reestruturação da polícia indiana, uma estrutura que substancialmente sobrevive até os dias de hoje.

## PALAVRAS-CHAVE

---

Tortura – Polícia – Colonialismo.

## DANIELA DE VITO

La autora es, actualmente, Asistente Académica en el Centro Crucible (Educación para los Derechos Humanos, la Justicia Social y Ciudadanía), Universidad de Roehampton. Anteriormente, ha dictado diversas conferencias sobre derechos humanos y ha trabajado para Amnistía Internacional (Canadá) en áreas relacionadas con temas de refugiados y solicitantes de asilo.

Email: d.devito@roehampton.ac.uk

## AISHA GILL

La autora es profesora titular de Criminología en la Universidad de Roehampton. Sus principales áreas de investigación son la salud y la respuesta de la justicia penal en cuestiones de violencia contra la población negra y mujeres de las minorías en el Reino Unido. Gill también ha trabajado en numerosas dependencias del gobierno sobre los llamados asesinatos de "honor" y matrimonios forzados. Ha publicado una serie de documentos explorando la experiencia de las víctimas de matrimonios forzados y asesinatos de "honor" en los sistemas judiciales civiles y penales en el Reino Unido y en la Región Kurdistán iraquí.

Email: a.gill@roehampton.ac.uk

## DAMIEN SHORT

El autor es profesor titular de derechos humanos en el Instituto de Estudios del Commonwealth Británico, Facultad de Estudios Avanzados, Universidad de Londres. Ha publicado numerosos artículos sobre los pueblos indígenas, la reconciliación y la construcción social de los derechos a la tierra. Sus intereses incluyen enfoques sociológicos y antropológicos de los derechos humanos y estudios sobre los derechos de los indígenas, iniciativas de reconciliación y el genocidio. Una monografía titulada "*Reconciliation and Colonial Power: Indigenous Rights in Australia*" ("*Reconciliación y el poder colonial: los derechos de los indígenas en Australia*") (Aldershot: Ashgate) fue publicada en marzo de 2008. Actualmente está trabajando en una nueva monografía titulada "*Genocides?*" ("*¿Genocidios?*") Para Zed Books.

Email: Damien.short@sas.ac.uk

## RESUMEN

Este artículo identifica y analiza algunas de las implicancias teóricas de subsumir el delito de violación en el crimen de genocidio y sostiene que este análisis es esencial para la creación de un marco más claro a fin de hacer frente a tal delito. El genocidio se define como una violación cometida en contra de determinados grupos. En cambio, el delito de violación es concebido como un atentado contra la autonomía sexual de una persona. Como tal, ¿puede el delito de violación, entendido como un ataque a la autonomía sexual de un individuo, ser compatible con el delito de violación subsumido dentro de la categoría de violaciones de derechos que afectan a un grupo como el genocidio? Una conclusión clave de este artículo es que si, dentro del espacio conceptual puede considerarse al delito de genocidio incluyendo tanto al individuo como al grupo, entonces, el delito de violación (tipificado como genocidio), puede funcionar tanto como una violación contra el grupo y como una contra el individuo. Sin embargo, el espacio asignado al individuo y al grupo nunca puede ser igual. El grupo siempre necesita ocupar la mayoría del espacio ya que la motivación central para considerar al genocidio como un crimen es la supervivencia de los grupos humanos. Cuando el delito de violación es subsumido en el de genocidio, el cual está concebido como un crimen contra determinados grupos, su dinámica cambia. El delito de violación ya no es simplemente la afectación a una persona sino que deviene como parte de un concepto desarrollado para proteger al grupo.

Original en inglés. Traducido por Laura Royo.

Recibido en diciembre de 2008. Aceptado en junio de 2009.

## PALABRAS CLAVE

Violación – Genocidio – Violación en Grupo – Autonomía Sexual del Individuo.



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en <[www.revistasur.org](http://www.revistasur.org)>.

# EL DELITO DE VIOLACIÓN TIPIFICADO COMO GENOCIDIO

Daniela De Vito, Aisha Gill  
y Damien Short

## 1. Introducción

La forma en que el delito de violación<sup>1</sup> ha sido conceptualizado y tratado por diversas instituciones y entidades internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario presenta por un lado contradicciones y, por otro lado, en los últimos tiempos, innovadoras conclusiones. Respecto a las contradicciones, cuando se menciona explícitamente el delito de violación dentro del derecho internacional humanitario, éste tiende a estar asociado con el “honor” de la mujer y no con un acto de violencia<sup>2</sup>. Como resultado de ello, se hace hincapié en la protección de las mujeres y no en la prohibición de la violación. Este énfasis puesto en el honor y en la protección impide ver claramente la criminalidad y la violencia de este delito en el derecho internacional<sup>3</sup>. En la medida en que no existe una única autoridad para definir el delito de violación en los instrumentos de derechos humanos a nivel regional ni a nivel de las Naciones Unidas (ONU), no será posible, entonces, señalar una definición general del delito de violación que pueda ser utilizada en el contexto del derecho internacional humanitario. Sin embargo, en 1998, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) en su sentencia en el caso contra Jean-Paul Akayesu hizo un intento de definir el delito de violación dentro del derecho internacional<sup>4</sup>. Esto fue muy innovador ya que esta era la primera vez en que un tribunal penal internacional formulaba una definición de tal delito. Esta definición se ha utilizado como punto de partida para posteriores observaciones del tribunal penal internacional sobre la forma en que puede ser clasificado. En contraste con el modo en que el delito de violación ha sido entendido, especialmente dentro de los parámetros del derecho internacional humanitario, existe la clase de crímenes internacionales, entre los que se encuentra, por ejemplo, la tortura. Los crímenes internacionales han

---

*Ver las notas del texto a partir de la página 49.*

sido conceptualizados y tratados como actos de violencia y, a su vez, se considera primordial su prohibición en el derecho internacional<sup>5</sup>. Además, más allá de que el delito de violación esté incluido en las categorías de crímenes internacionales tales como la tortura, el genocidio, las graves violaciones a las disposiciones de los Convenios de Ginebra (1949), o los crímenes de lesa humanidad, el delito de violación no es actualmente considerado como un crimen internacional en sí mismo<sup>6</sup>. La violación se condena en virtud del derecho internacional, pero no entra dentro de la categoría específica de delito internacional.

Como tal, este artículo identifica y analiza algunas de las implicancias teóricas del delito de violación subsumido en el delito internacional de genocidio y sostiene que este análisis es esencial para la creación de un marco más claro para hacer frente a este delito. La violación considerada como genocidio ha surgido recientemente en el derecho internacional (EBOE-OSUJI, 2007; SHARLACH, 2000). El genocidio es definido como una violación de derechos cometida contra determinados grupos. ¿Es la definición de delito de violación, como atentado contra la autonomía sexual de una persona, compatible con la definición de delito de violación subsumido en la categoría de atentado contra un grupo, como el genocidio?<sup>7</sup> Al abordar esta cuestión, vamos a tener en cuenta el concepto vigente de derechos humanos, con su enfoque sobre el individuo, y también el hecho de que el concepto de los derechos humanos deja un margen, aunque limitado y, en ocasiones, controvertido, para el reconocimiento del grupo. El artículo concluye teniendo en cuenta que si el espacio conceptual puede ser creado dentro del delito de genocidio para incluir tanto al individuo como al grupo, entonces el delito de violación (cuando es tipificado como genocidio) puede funcionar tanto como una violación de derechos contra un grupo, como contra un individuo. Sin embargo, el espacio asignado al individuo y al grupo nunca puede ser igual. El grupo necesita siempre ocupar la mayoría del espacio, ya que la motivación central para considerar al genocidio como un crimen es la supervivencia de los grupos humanos. Cuando el delito de violación es subsumido dentro del de genocidio, que está concebido como un crimen contra determinados grupos, su dinámica cambia. El delito de violación ya no es simplemente un atentado contra una persona, sino que se convierte en parte de un concepto desarrollado para proteger al grupo. Por lo tanto, existe un lugar tanto para la víctima individual de genocidio como para la víctima del delito de violación considerado como genocidio. Sin embargo, en el actual concepto de derechos humanos este espacio es desigual y no siempre satisfactorio. Es crucial, aun con jurisprudencia innovadora como la del caso del Tribunal Penal Internacional para Ruanda<sup>8</sup> y literatura sobre la interacción entre el individuo y el grupo en el contexto de los derechos humanos, evaluar la compleja relación entre el delito de violación que afecta a la persona y el delito de violación como genocidio que es colocado dentro de una dinámica grupal.

## *2. La Teoría Feminista del Delito de Violación*

La teoría feminista del delito de violación ha evolucionado bastante desde la posición radical feminista que lo considera como un acto motivado por la necesidad de dominar a otros y que tiene poco o nada que ver con el deseo sexual - la teoría de que “toda

violación es un ejercicio de poder” es todavía sostenida por muchas académicas feministas radicales. (BROWNMILLER, 1975, p. 256). En su libro *“Against Our Will: Men, Women and Rape”* (*“En contra de nuestra voluntad: hombres, mujeres y violación”*), Brownmiller sostiene que el delito de violación es un mecanismo de control históricamente dominante, pero en gran medida ignorado y, asimismo, defendido por instituciones patriarcales y relaciones sociales que refuerzan la dominación masculina y el sometimiento femenino. Brownmiller también analiza la historia y las diversas utilizaciones de la violación en situaciones de guerra, argumentando que los actos de dominación y sometimiento reflejan y reproducen más ampliamente estos acuerdos patriarcales, sociales y de género. Su obra ha proporcionado un marco general que conecta estudios feministas socioculturales, sociopsicológicos y psicoanalíticos sobre el delito de violación. Por ejemplo, las feministas socioculturales han analizado las conexiones entre los procesos de socialización y las formas de violencia contra la mujer, arribando a la conclusión de que el delito de violación es una consecuencia de la cultura patriarcal y la socialización que predispone a los hombres hacia la violencia, al mismo tiempo que alienta a considerar a las mujeres como objetos sexuales (SORENSEN; WHITE, 1992, pp. 1-8).

La labor de las feministas radicales desafortunadamente ha dado lugar a lo que Mardorossian llama de “abordaje teórico del contragolpe” (2002, pp. 743-786). Las partidarias de esta teoría son llamadas feministas “conservadoras” ya que minimizan la gravedad de la violación y apoyan argumentos acerca del imperativo biológico. Al mismo tiempo, Giles y Hyndman (2004, p.15) han criticado la posición feminista radical que define al delito de violación como un acto individual ejecutado que desatiende la violación colectiva e ignora los objetivos sociopolíticos de todas las formas de violencia sexual contra la mujer, incluido el delito de violación en situación de guerra. Sólo recientemente los investigadores han examinado el rol del poder relacionado al fenómeno del delito de violación en situaciones de guerra, argumentando que el mismo:

1. afirma interpretaciones sobre la mujer como propiedad del hombre
2. desmasculiniza al enemigo
3. es una forma de crear lazos misóginos que refuerzan la solidaridad necesaria para la batalla
4. es un componente de la socialización militar que predispone a los soldados a deshumanizar al enemigo
5. es un arma de guerra estratégica utilizada para llevar a cabo una limpieza étnica y genocidio (para este punto, véanse GREEN, 2004; THOMAS, 2007; COPELON, 1995).

Si bien este enfoque estratégico es aceptado entre los científicos sociales, los activistas de derechos humanos y las organizaciones internacionales que trabajan contra la violencia contra la mujer, los argumentos de Brownmiller - y, más recientemente, los de Copelon (1995) - continúan siendo importantes en la comprensión feminista del delito de violación en situaciones de guerra.

### 3. El delito de violación y el Derecho Internacional

Estudios sobre la historia y la teoría del delito de violación durante conflictos armados han establecido que, a pesar de la prevalencia de este delito a través de los siglos, las prohibiciones legales efectivas contra él han surgido recientemente, y su persecución penal es todavía escasa. El concepto de “delito de violación como crimen de guerra” se abordó, en un grado significativo, por primera vez a comienzos de la década de los noventa, después de la guerra de Bosnia cuando se denunciaron violaciones a los derechos humanos, incluyendo la utilización de campos de concentración por los serbios, limpiezas étnicas y la violación sistemática de mujeres musulmanas<sup>9</sup>. La comunidad internacional respondió exigiendo al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas crear un tribunal *ad hoc* para juzgar crímenes de guerra, con el argumento de que dichas atrocidades, que no disminuían, constitúan una amenaza para la paz internacional. El Consejo aprobó la Resolución N° 808/827, que condujo a la creación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, aunque no especificó la jurisdicción o la normativa aplicable del tribunal propuesto (MEZNARIC, 1994). Esta tarea fue encargada al Secretario General de la ONU, quien presionó a un número de Estados y de organizaciones internacionales de derechos humanos para que presentaran propuestas para un proyecto de estatuto aplicable, que permitiría considerar al delito de violación como un crimen de guerra. Esto generó una oportunidad para que académicos pudieran desarrollar argumentos claves de derecho internacional prohibiendo los tipos de violación que estaban ocurriendo en Bosnia, lo que a su vez, le dio al Tribunal las justificaciones morales y jurídicas para perseguir al delito de violación como un crimen de guerra. El Tribunal también dictaminó que el delito de violación puede ser considerado como un crimen contra la humanidad en caso de que sea cometido en forma generalizada o sistemática, fundado en motivos políticos, sociales o religiosos y que sean destinados contra la población civil. Más importante aún es que estos desarrollos situaron firmemente la violación durante conflictos armados dentro de debates más amplios sobre las obligaciones morales y éticas para hacer responsables a las personas y los Estados por los delitos que cometan contra la humanidad, convirtiendo su definición como problema social en algo aún más acuciante (ASKIN, 1997).

En 1998, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) dictó sentencia en el caso contra Jean-Paul Akayesu<sup>10</sup>. Jean-Paul Akayesu era un funcionario local (*bourgemestre*) cuando comenzó el genocidio contra el grupo Tutsi en Ruanda. Fue declarado culpable por ser un instigador clave en las matanzas en su región y fue la primera persona en la historia en ser juzgada y declarada culpable por un tribunal internacional por colaborar e instigar actos de violación como forma de genocidio. En su sentencia, el Tribunal sostuvo que mujeres fueron violadas por ser miembros de la etnia Tutsi. Como el Tribunal consideró que el genocidio se había producido en Ruanda durante el año 1994, la violación en relación con este caso constituía genocidio.

## 4. Aspectos del Genocidio

La aparición formal y la definición del genocidio en el derecho internacional comenzaron con la labor de una persona, el abogado polaco Raphael Lemkin. Sus esfuerzos e influencia, durante y después de la Segunda Guerra Mundial, contribuyeron en gran medida a la aparición de la Convención de las Naciones Unidas para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948)<sup>11</sup>.

Como la Convención sobre el Genocidio (1948) esboza:

### *Artículo II*

*En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:*

- a) Matanza de miembros del grupo;*
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;*
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;*
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;*
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo” (GHANDHI, 2000, p. 19).*

Diversas áreas del derecho internacional e incluso tradiciones teóricas generales han influido en la deliberación y la creación de una definición del crimen de genocidio. Lemkin puso énfasis en la vida del grupo y, en particular, en los grupos nacionales.

Según Lemkin (1947, p. 146), el genocidio puede entenderse como: “[...] la intención criminal de destruir o inutilizar permanentemente a un grupo humano. Los actos están dirigidos contra grupos como tales, y los individuos son seleccionados para su destrucción sólo porque pertenecen a estos grupos”.

Lemkin deja en claro que el genocidio involucra tanto grupos como individuos (porque los grupos no pueden existir sin sus miembros individuales). Sin embargo, los individuos son afectados a causa de su pertenencia a un grupo determinado. Las implicancias de esto para el delito de violación tipificado como genocidio se estudiarán más adelante.

En 1946, la recientemente creada Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la resolución (96-I), que declaró que “[g]enocidio es una negación del derecho a la existencia de grupos humanos, como el homicidio es la negación del derecho a la vida de seres humanos[...]

En ese momento dentro de las Naciones Unidas se entrelazaban las influencias de tres tipos de normas para producir el concepto de genocidio: el derecho penal internacional (por la responsabilidad penal individual), el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario (SCHABAS, 2000, p. 5). Desde el derecho internacional de los derechos humanos, surge una relación crítica. El derecho a la vida contemplado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, 1948) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1966), es un derecho humano referido a las personas. El derecho a la vida no es un derecho

absoluto, ya que en determinadas circunstancias, como en tiempos de guerra, puede ser suspendido. Además, la pena de muerte no está técnicamente prohibida en el derecho internacional de los derechos humanos, sin embargo, su eventual cese es alentado por organizaciones de derechos humanos. En contraste con lo anterior, si bien el derecho a la vida está garantizado en la Convención sobre el Genocidio (1948), es el derecho a la vida de los grupos humanos lo que, de hecho, está protegido. En particular, es el derecho de estos grupos humanos a existir (el derecho a la existencia) lo que debe ser protegido (SCHABAS, 2000, p. 6). Además, la prohibición del genocidio es fundamental ya que es un crimen “[...] dirigido en contra de toda la comunidad internacional en lugar del individuo” (SCHABAS, 2000, p. 6). Sin embargo, el genocidio ha sido descrito también por William A. Schabas (2000, p. 14) como “[...] un delito violento contra la persona”. Es la interacción de dos vertientes, una violación de derechos en contra del grupo y contra la persona, lo que hace al genocidio y al delito de violación considerado como genocidio, conceptos tan complejos.

En términos sencillos, “los grupos están compuestos por individuos” (SCHABAS, 2000, p. 106). Los términos “grupo” o “grupos” se utilizan en varios instrumentos de las Naciones Unidas. Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos menciona a la familia como un “elemento fundamental de la sociedad” y sostiene que la educación “[...] promueve la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones, grupos raciales o religiosos” (GHANDHI, 2000, p. 21-25). El artículo 30, la Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia “cualquier Estado, grupo o persona”, lo que significa que un grupo está compuesto por más de un individuo (SCHABAS, 2000, p. 106). Otros instrumentos, como el PIDCP y la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD, 1966), habla de “pueblos” con derecho a la libre determinación y de “grupos raciales o étnicos”, respectivamente (GHANDHI, 2000, p. 56 y 64). El artículo 14 de la CERD expresa el derecho de individuos o grupos de personas que han sufrido discriminación racial de presentar una denuncia.

Un entendimiento más formal en el marco del derecho internacional, ha sido propuesto por Lerner (2003, p. 84). Fundamentalmente, lo que se desprende de su propuesta es que los grupos (compuestos por personas) que están protegidos por el derecho internacional poseen un factor común que los unifica, tales como la raza o la etnia. Puede ser más difícil incluir a los grupos religiosos en el concepto de “grupo” de Lerner, ya que algunos podrían argumentar que las creencias religiosas pueden cambiar. La Convención sobre Genocidio (1948), hace referencia a los grupos religiosos con la idea de centrarse en la “permanencia” de los grupos, lo que excluye a otros<sup>12</sup>. Sin embargo, la redacción de Lerner permite dar cierta flexibilidad a la interpretación, ya que incluye las palabras “los factores permanentes que están, por regla general, más allá del control de los miembros”.

Fundamentalmente para este debate, pero específicamente con referencia a los derechos de las minorías, “[...] el derecho se extiende a ‘las personas pertenecientes a esas minorías’, y no a la minoría como grupo” (BOWRING, 1999, pp. 3-4). De acuerdo con esta definición, el individuo es titular de derechos, pero sólo en la medida en que él o ella pertenezca a una minoría. Esta interpretación de los individuos con derechos y quizás como parte de un grupo minoritario puede relacionarse con el

genocidio de la siguiente manera: los grupos mencionados en la Convención sobre el Genocidio (1948), nacionales, étnicos, raciales o religiosos, no son necesariamente minorías. Estos grupos pueden ser minorías o mayoría en un Estado, o pueden carecer de poder dentro del Estado. No existen disposiciones específicas para las minorías dentro de la Convención. El genocidio es un delito internacional que consiste en acciones contra grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos. Los individuos son víctimas particulares del genocidio como consecuencia de su pertenencia al grupo en cuestión. La relevancia de este punto al subsumir el delito de violación dentro del genocidio es clara. Esto puede contradecir la visión de las Naciones Unidas en relación a este delito. Concretamente, en la Resolución de 1946 se estableció una distinción entre el derecho a la vida de los grupos humanos y el de los individuos. A su vez, el trabajo de Kuper (1981, p. 53) sobre la comprensión de lo que constituye genocidio es característico de la doctrina más reciente que hace hincapié en el grupo. Kuper argumentó que el genocidio “[...] es un crimen en contra de un colectivo, lo que implica un grupo identificable como víctima”. Sin embargo, como se sostendrá en breve, toda interpretación del genocidio debe permitir la posibilidad de examinar no sólo lo que ocurre con el grupo en su conjunto, sino también con las víctimas de genocidio en el seno del grupo. Esta conclusión general puede o no parecer que sigue la línea de la sentencia del TPIR en el caso de Jean-Paul Akayesu<sup>13</sup>. En este caso, el genocidio fue entendido como la participación en un acto (extraído de la lista que está enumerada en la Convención sobre el Genocidio (1948) que es cometido “[...] con la intención específica de destruir, total o en parte, un grupo al que se dirige como tal”.

## 5. Violación y Genocidio: Algunas Implicancias Teóricas

La violación es una de las armas más destructivas en los conflictos armados. Esto se debe, en parte, a su capacidad de desmoralizar a un grupo vencido. El delito de violación o la amenaza de éste, pueden dar lugar a desplazamientos de la población, puede causar que la población huya de sus países a fin de evitar la violencia sexual que puede conllevar una invasión militar. Este delito también genera vergüenza y trauma, lo que puede impedir que se produzcan matrimonios, provoca divorcios, obliga a las mujeres a abandonar o a matar a los hijos que son producto de la violación, divide familias (LENTIN, 1997) y destruye los cimientos sobre los que la cultura humana se basa y se mantiene. Estos crímenes no se limitan a vejaciones sexuales: otras formas de violencia incluyen el feticidio si la víctima está embarazada, que también puede resultar en muerte. Askin afirma sucintamente: “mientras que a los varones civiles los matan, las mujeres civiles suelen ser violadas y después asesinadas. En tortuosos interrogatorios, los hombres son golpeados salvajemente. Las mujeres son salvajemente golpeadas y violadas” (ASKIN, 1997, p. 13).

El delito de violación durante períodos de guerra también sirve como una forma de control social que puede reprimir esfuerzos para movilizar la resistencia de un grupo vencido. En tales casos, la violación es a menudo cometida delante de parientes y miembros de la familia, las víctimas son abusadas, asesinadas y dejadas en el escenario público como un recordatorio a los demás para que obedezcan y se rindan ante políticas invasivas. Es evidente que las mujeres son objetivo de guerra

a causa de su género, porque son parte de un grupo racial/étnico o porque son percibidas por el enemigo como conspiradoras políticas o combatientes enemigos. Dentro de este contexto, es evidente que el delito de violación en la guerra actúa como un vehículo para odios profundamente arraigados: el racismo, el clasismo y la xenofobia se expresan hacia el grupo enemigo y se actualizan a través de los abusos de sus mujeres<sup>14</sup>. Como Grayzel (1999, p. 245) señala con perspicacia, en situaciones de guerra el cuerpo femenino se convierte en un campo de batalla simbólico en el que diferencias culturales y geopolíticas históricas son representadas, y donde nuevas formas de odio se implantan como combustible de un deseo de venganza para el futuro. Las consecuencias psicológicas, sociales, culturales, éticas y médicas de las violaciones en guerra son devastadoras. Sin embargo, la violación en guerra continúa sin un régimen de reparaciones serio en el derecho internacional humanitario (ASKIN; KOENIG, 1999).

Fue sólo después de las devastadoras violaciones cometidas en la ex Yugoslavia cuando se hicieron efectivas conexiones entre el genocidio, el delito de violación y la depuración étnica. Brownmiller (1975, p. 49), sin embargo, observa que durante la Segunda Guerra Mundial los alemanes y los japoneses cometieron violaciones con el fin de lograr la “total humillación y la destrucción de los pueblos inferiores y el establecimiento de su propia raza dominante”. Los Nazis también emplearon otras formas de violencia sexual y de género, tales como la esterilización médica, el feticidio y el feminicidio, con la intención de destruir a los denominados “grupos inferiores” a través del control o la manipulación de las capacidades reproductivas de las mujeres. De este modo, habida cuenta de esta intención de destruir el poder del grupo social, el término derivado de “feminicidio” es, en última instancia definido, como la *dimensión de género del genocidio* (SHAW, 2006, p. 69). Sin embargo, la violación considerada como un delito o como una violación de derechos humanos, se concibe como un acto cometido contra el individuo<sup>15</sup>. En cambio, el genocidio en virtud de la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948) incluye una serie de actos “cometidos con la intención de destruir todo o parte de un grupo nacional, étnico, racial o religioso” (GANDHI, 2000, p. 19). En otras palabras, el genocidio es, en última instancia, la negación del derecho a la vida de determinados *grupos* humanos.

El foco crítico del genocidio, entendido como un crimen internacional, es la protección de todos los grupos humanos. A menudo considerado como el más grave de los crímenes internacionales, el genocidio es influido por el “derecho a vivir” de los individuos. Sin embargo, se trata del “derecho a la existencia” de los grupos humanos y no de las personas lo que importa. Esta formulación de genocidio *parece* contrastar con el concepto actual de los derechos humanos que pone su énfasis en el individuo. La Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948) enumera los siguientes grupos que podrían ser objeto de genocidio: nacional, étnico, racial o religioso. A pesar de esta construcción como mecanismo para la protección de determinados grupos humanos dentro de genocidio, una interesante interacción emerge. Es decir, el genocidio es definitivamente una violación contra el grupo en su conjunto. Sin embargo, los actos de genocidio son, a su vez, cometidos contra personas dentro de estos grupos. Cada uno de los miembros de dichos grupos son asesinados, maltratados, violados, etc. Son historias individuales, las que junto con lo que le ha ocurrido al grupo

en su conjunto, por ejemplo, se relatan ante los tribunales penales internacionales. Esta interacción, entre el lugar de los grupos y el del individuo dentro del genocidio, es lo que se tomará en cuenta y se evaluará en los casos del tribunal penal internacional. Por otro lado, y tal como se ha desarrollado desde el período de la Ilustración con el advenimiento de los derechos naturales y luego de la Segunda Guerra Mundial con el establecimiento de los derechos humanos, ciertas características de estos tipos de “derechos” siguen afectando la forma en que estos son concebidos y hasta cierto punto, cómo son aplicados. Una característica fundamental sobre la forma en que el concepto actual de los derechos humanos ha surgido se refiere al énfasis puesto en los derechos y en la importancia de la persona. El concepto vigente de los derechos humanos refleja una realidad en curso y una relación imperfecta: la forma cómo el Estado trata a los individuos dentro y, a veces, fuera de sus fronteras. Un aspecto que ha influido en el aumento en el estatus de la persona ha sido la teoría política del liberalismo.

El rol cada vez más importante del individuo y el desarrollo de los derechos inherentes a la persona, junto con un examen del rol que la persona debe tener dentro del Estado (o en el dominio público), e incluso en asuntos privados como en la familia, han sido cuestiones abordadas por un sinnúmero de pensadores, formal o informalmente, asociados con el liberalismo. Desde los trabajos de Thomas Hobbes y John Locke sobre ciertos y limitados derechos naturales de la persona hasta la actual Organización de las Naciones Unidas (ONU), los instrumentos de derechos humanos regionales y nacionales, las influencias liberales son evidentes. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, 1948), hace hincapié en el individuo y sus derechos. Los artículos referidos al derecho a la vida, a no ser sometido a la esclavitud, a votar, etc. se enmarcan dentro de las necesidades y de la importancia del individuo, independientemente -en teoría, por supuesto- de su rol o posición en el Estado. Sin embargo, como en la teoría política liberal, el concepto actual de los derechos humanos deja un escaso margen para el concepto de “grupo”. Diversos instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen el derecho de los pueblos a la libre determinación. No se trata de que los individuos dentro del grupo “pueblo” tengan este derecho sino el “pueblo” en su conjunto. A pesar de que las elucubraciones en torno de este derecho se encuentran aún en proceso de ser trabajadas por el derecho internacional y su aplicación ha sido hasta ahora limitada a situaciones de pueblos que viven en condiciones coloniales, este derecho demuestra que existe algún lugar para el grupo dentro del actual concepto de los derechos humanos. Además, el artículo 16 de la DUDH (1948) se refiere a la familia.

Los derechos de las minorías, que serán discutidos posteriormente, se encuentran en el limbo entre los derechos del grupo en su conjunto y (especialmente dentro del derecho internacional de los derechos humanos) los derechos individuales dentro del grupo. Esta tensión, que también se encuentra en el liberalismo y en el concepto actual de los derechos humanos, de determinar si el énfasis debe ser puesto únicamente sobre los derechos de las personas o si el concepto de derechos humanos también tiene espacio para el grupo, será la base para comprender las consecuencias de la violación cuando se la considera en sí misma (una violación contra el individuo) y cuando se la considera como genocidio (una violación contra el grupo). La propuesta de este artículo es que el equilibrio es posible, si bien limitado e imperfecto, ya que

el delito de violación puede ser considerado como un crimen contra la persona y también como un crimen contra el grupo.

Una manera de abordar la cuestión planteada en la introducción, es considerar que, en algunos casos, es más beneficioso subsumir el delito de violación dentro del delito internacional de genocidio. El genocidio es a menudo caracterizado como una de las violaciones más atroces a los derechos humanos<sup>16</sup>. Su larga historia (antes de 1940 y durante acontecimientos más recientes, como en Ruanda)<sup>17</sup>, sus efectos devastadores sobre los grupos y sociedades, etc. contribuyen a esta conclusión. Se podría argumentar que el resultado de subsumir el delito de violación bajo la categoría de genocidio es elevar este delito por sobre otros crímenes internacionales y violaciones a los derechos humanos. Podría ser que ese enfoque resulte útil para contrarrestar el estatus que tiene el delito de violación, en la medida en que está ausente en gran parte del derecho internacional de los derechos humanos y, como se señaló anteriormente, está tergiversado en el derecho internacional humanitario. Además, algunas mujeres que han sido violadas durante genocidios pueden considerar que la asociación entre la violación y el genocidio genera mayores consecuencias que centrarse exclusivamente en el delito de violación como la afectación de la autonomía sexual de una persona. Es posible que la necesidad de garantizar un registro de esta asociación, por ejemplo, que las mujeres tutsi fueron violadas por ser parte de la etnia tutsi, sea más importante que el tratamiento de las violaciones como actos cometidos contra las personas únicamente. El cambio de la definición de delito sexual a genocidio ayuda a reparar los lazos sociales que el delito de violación, especialmente las violaciones públicas, destruyen. Esta definición contempla a los hombres y a los miembros de la familia quienes se ven obligados a presenciar las violaciones, por lo que todos son víctimas. Asimismo, elimina el estigma de la pérdida del honor que produce este delito en muchas culturas. Por último, la “violación genocida” ayuda a eliminar la vergüenza de las víctimas y se centra exclusivamente la responsabilidad de los autores. Una de las razones por las que la víctima de violación (en su acepción de genocidio) necesita ser oída a la hora de determinar si el delito de violación debe estar o no asociado con el de genocidio y no sólo considerarlo como un atentado contra la autonomía sexual, se refiere a los daños causados específicamente por la violación y específicamente por aquellas cometidas en *público*. Para tomar prestado un término utilizado en un artículo sobre el genocidio en Ruanda escrito por Llezlie L. Green, las violaciones que ocurren en público producen un “daño doble”<sup>18</sup>. Como Christine Chinkin (1994, pp. 1-17) sostiene: “En otras palabras, la violación en público no sólo perjudica a la víctima sino también a la familia o a la comunidad en general que es testigo”

Para la víctima individual de la violación cometida en público los daños pueden *implicar* vergüenza, exclusión social, daño físico y psicológico<sup>19</sup>. Así, la persona sufre daños colaterales vinculados a la(s) violación(es) en sí misma(s)<sup>20</sup>. Este tipo de violaciones en público pueden exacerbar las expectativas puestas en la mujer dentro de las respectivas sociedades y alteran negativamente la forma en la víctima es percibida dentro de ellas. Como explica una sobreviviente de violación durante el genocidio en Ruanda: “[...] después de una violación, uno no tiene valor en la comunidad”.<sup>21</sup>

En contraste, algunos han criticado la importancia de considerar el delito de violación dentro del genocidio con el argumento de que el efecto puede ser el de

disminuir la importancia de otros tipos de violación. Como Copelon (1995, p. 67) afirma: “Al tratar a la violación dentro del genocidio en forma diferente, puede decirse que, todos estos terribles abusos sobre la mujer pueden seguir adelante sin una sanción ejemplar”. Clare McGlyn (2008, p. 79) ha argumentado que, el uso de términos como “violación genocida” quita atención sobre las víctimas y hace hincapié en la “[...] posición o la motivación del autor del delito”. A pesar de que esta advertencia es una consideración importante, dependiendo de las circunstancias, es crucial para los casos de violación que se consideren dentro del genocidio por el bien de las víctimas y/o para reflejar con mayor precisión el contexto de un genocidio en particular. En otras palabras, admitir que el genocidio ha tenido lugar y que la violación fue utilizada como un “mecanismo” para perpetrar el genocidio, es importante no sólo dentro del contexto del derecho internacional, sino también en términos de tener una comprensión más completa de determinadas situaciones. La vinculación entre el delito de violación y el genocidio no puede producirse siempre pero puede ser necesaria en determinados casos.

Es fundamental examinar la dicotomía existente entre los derechos humanos individuales y la propuesta de los derechos de grupo. Si la violación como genocidio es concebida como una violación contra una persona que es parte de un grupo, y no como una violación exclusivamente cometida contra el grupo en su conjunto, sin tener en cuenta al individuo, las consecuencias de considerar este crimen deben ser evaluadas dentro del concepto vigente de los derechos humanos. Esto requiere un análisis del concepto actual de los derechos humanos, con su énfasis en el individuo y su reconocimiento del “grupo”, y una introducción al debate sobre si los derechos humanos son aplicables a los grupos en su conjunto, y no solamente a cada uno de los miembros de ellos. Así pues, en la siguiente sección se abordarán los derechos de las minorías y de los grupos para brindar una mejor comprensión de los desafíos que todavía existen dentro del actual concepto de los derechos humanos en relación con el individuo y con el grupo. El objetivo será el de comprender cómo el individuo y cómo el individuo como parte de un grupo es entendido y tratado dentro del derecho internacional y, por otro lado, determinar si existe compatibilidad entre el individuo y el grupo dentro de violaciones construidas de manera diferente, como son la violación y ésta caracterizada como genocidio<sup>22</sup>.

## **6. El Concepto Actual de los Derechos Humanos y la Propuesta de los Derechos Colectivos**

No fue sino hasta el ascenso del nazismo y la Segunda Guerra Mundial cuando surgió el concepto actual de derechos humanos. Antes de esto, durante los siglos XVII y XVIII en Europa occidental, se había propuesto la noción de derechos naturales. Pensadores como Thomas Hobbes (MACPHERSON, 1982) y John Locke (LASLETT, 1967) escribieron acerca de los derechos naturales limitados a las personas, como el derecho a la autopreservación y los derechos a la vida, la libertad y la propiedad. La idea de derechos fue más tarde invocada por diversos movimientos a fin de abolir la esclavitud, apoyar a los sindicatos y promover los derechos de las minorías. Tras el final de la Segunda Guerra Mundial, la recientemente creada Organización de las Naciones Unidas (ONU)

empezó a articular la idea de los derechos humanos. Este proceso se puede encontrar, entre otras cosas, en la Carta de las Naciones Unidas (1945) y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El concepto vigente de derechos humanos se refiere a los derechos y libertades de la persona. Como Donnelly (1996, p. 12) afirma, en teoría, los derechos humanos existen por fuera del Estado moderno porque ellos no son conferidos por el Estado. Las personas, por el mero hecho de ser seres humanos, existen con ciertos derechos. Es un proceso separado el que garantiza estos derechos a través de la ley. Sin embargo, el individuo también puede, en distintos grados, tener un lugar y deberes y beneficiarse de las prestaciones de su respectiva comunidad. De hecho, el individuo tiene un papel dentro de los contextos sociales y políticos que integra, como la comunidad o el Estado. El concepto actual de los derechos humanos reconoce al “grupo” bajo determinadas circunstancias. El artículo 16(1) de la Declaración Universal de Derechos Humanos habla de “familia” y en el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) se menciona a los “pueblos” que tienen derecho a la libre determinación. (FREEMAN, 2002, p. 75)

El derecho internacional<sup>23</sup> y la teoría liberal en general, han tenido dificultades en aceptar que los derechos humanos podrían aplicarse a grupos. La teoría liberal se ha centrado tradicionalmente sobre todo en la relación entre el individuo y el Estado. Desde Hobbes y Locke hasta Rawls (1999), los teóricos liberales se han preocupado en estudiar la relación individuo-Estado y sus problemas inherentes. Posiblemente, las premisas más importantes del pensamiento liberal son, en primer lugar, que el *individuo* es considerado como el más importante agente moral, y en segundo lugar, que todos los individuos son moralmente *iguales*. Los derechos individuales y el gobierno de la mayoría son la base de los Estados-nación democráticos y liberales. Sin embargo, el gobierno mayoritario supone la existencia de *minorías subordinadas*, tratadas por la teoría liberal-democrática como grupos de “perdedores”. (FREEMAN, 1995, p. 25). La legitimación de su situación se basa en la garantía de sus derechos individuales, los cuales les brindan la oportunidad de convertirse en miembros de la mayoría de vez en cuando. De este modo, este sistema de gobierno mayoritario, no conduce necesariamente a un problema de minorías. Sin embargo, es posible argumentar que la creación de los Estados-nación modernos se ha logrado en parte a través de la dominación y el intento de asimilación<sup>24</sup> de comunidades nativas o minoritarias, y que ha resultado en la formación de minorías *permanentes* cuyos intereses son desatendidos o persistentemente “no reconocidos” por la mayoría (TAYLOR, 1995, p. 225). El aparato estatal y la mayoría dominante pueden ser, en efecto, obstáculos permanentes para el reconocimiento de ciertos intereses minoritarios.

Sin embargo, sería erróneo afirmar que la democracia liberal ha favorecido intereses individuales *sobre* cuestiones colectivas, ya que no ha hecho más que concederle a la persona una posición en la normativa distinguida dentro la colectividad que es el Estado-nación. La irregularidad explícita dentro de la teoría liberal son los colectivos que persistentemente no tienen representación, o como Taylor (1995) dice, son “no reconocidos u olvidados” por sus Estados liberales y democráticos. Con este fin, ahora parece haber un amplio acuerdo entre los teóricos liberales sobre el hecho que un individuo puede sufrir si su cultura o su grupo étnico es ignorado, despreciado, discriminado o mal reconocido por la sociedad en general. Como afirma Taylor (1995),

el reconocimiento social es esencial para la identidad y bienestar de los individuos y el no reconocimiento puede dañar seriamente a ambos.

El reconocimiento y la protección de una minoría colectivamente o a través de los denominados derechos “colectivos o de los grupos” proviene del fracaso de la doctrina liberal predominante al abordar el problema de las personas desaventajadas como miembros individuales de un *colectivo*. En vistas de las causas de la discriminación, como el género o la etnia, el individualismo liberal es insuficiente. Kymlicka (1997) ha argumentado que para lograr que las políticas contra la discriminación sean eficaces se requiere el reconocimiento de individuos que son a menudo discriminados por la sociedad en general, no sólo como individuos sino también como miembros de un grupo cultural. Por otra parte, el bienestar de sus miembros podrá exigir la protección de su cultura frente a la sociedad en general, ya que puede ser hostil a los valores y prácticas tradicionales de sus comunidades.

Sin embargo, Donnelly (1996, pp. 149-150) insiste en que si bien puede ser un buen caso para los derechos colectivos, no deben considerarse derechos humanos colectivos. La objeción de Donnelly a la noción de los derechos humanos colectivos se basa en una visión individualista de los derechos humanos, ya que éstos se han desarrollado exclusivamente para proteger a las personas. La dimensión colectiva de este punto de vista es que hay algunos derechos humanos individuales que pueden ejercerse colectivamente. Esta posición refleja el enfoque dominante dentro del derecho internacional (CASALS, 2006, p. 44; INGRAM, 2000, p. 242). Por ejemplo, el artículo<sup>27</sup> del PIDCP describe los derechos de las personas como parte de un grupo minoritario de los enumerados: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, las personas pertenecientes a esas minorías[...]

Este artículo, sin embargo, no expone derechos para el grupo minoritario en su conjunto (BOWRING, 1999, p. 14). Incluso en una iniciativa más reciente de la ONU, la Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (1992), se hace hincapié en “las personas pertenecientes a esos grupos (GHANDHI, 2000, pp. 132-134). En otras palabras, tal como fue formulado, “[...] los derechos de las minorías son derechos individuales” (BOWRING, 1999, p. 14). Sin embargo, Bowring (1999, p. 16) sostiene que el derecho internacional de los derechos humanos debe ir más allá de esta interpretación restrictiva, y debe reconocer los derechos de las minorías y de los grupos como tales. De hecho, Lyon y Mayall (2003, p. 6), sugieren que “la cuestión es si el régimen existente puede ampliarse para incluir los derechos de grupo o si una nueva serie de obligaciones deben ser añadida”. Una propuesta es desarrollar derechos colectivos como una rama de los derechos humanos. Otra posibilidad es la de mantener a los derechos humanos con su enfoque en el individuo como titular de derechos (CASALS, 2006, p. 37) pero crear a su lado una nueva categoría de derechos colectivos que sean independientes pero influenciados por el actual sistema de derechos humanos<sup>25</sup>. Quizás la clave para el desarrollo de estas cuestiones es el reconocimiento de que existe una justificación individualista para los derechos colectivos. De hecho, como Kymlicka y Taylor observan, una persona puede probablemente sufrir si su cultura es persistentemente desfavorecida o no-reconocida. La principal contribución que la tesis de Kymlicka puede ofrecer hacia la comprensión de las implicancias del genocidio y del delito de

violación considerado como genocidio, es la conexión entre los derechos individuales y los colectivos, un tema que es insinuado en la legislación internacional sobre el genocidio. Kymlicka (1997, p. 34) reconoce que “los derechos diferenciados por grupo” pueden parecer refutar los esfuerzos por enfatizar en la persona, ya que su teoría se centra en el grupo. Sin embargo, Kymlicka sostiene que los derechos individuales y los derechos diferenciados por grupo pueden ser compatibles.<sup>26</sup>

Abordando tanto los elementos individuales como colectivos de estas cuestiones, Kymlicka (1997, p. 47) señala:

*Así como algunos de los derechos individuales se derivan del interés del individuo sobre la libertad personal, determinados derechos comunitarios se desprenden del interés de autopreservación de cada comunidad. Estos derechos comunitarios deben ser sopesados frente a los derechos de los individuos que componen la comunidad.*

Por lo tanto, de acuerdo con Kymlicka (1997), la preservación del grupo que se considera vital puede funcionar junto con los derechos y las necesidades de cada uno de los miembros de la comunidad o del grupo. Puede haber conflictos, por ejemplo, si los grupos imponen restricciones a sus miembros, pero Kymlicka (1997, p. 35) distingue entre protecciones *internas* (reclamos de un grupo contra sus propios miembros) y *externas* (reclamos de un grupo en contra de la sociedad en general), las cuales tienen limitaciones, dentro de un concepto de derechos humanos o al equilibrar oportunidades entre los grupos. La teoría de Kymlicka sobre los derechos de las minorías es útil para aclarar el crimen de genocidio, que tiene como objetivo destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso. A su vez, son miembros individuales de los grupos los que son víctimas de acción perjudicial. Los dos componentes de la visión de Kymlicka, el grupo y el individuo dentro del grupo, pueden coexistir dentro de esta formulación. Esto no excluye el concepto actual de derechos humanos que pone su énfasis en el individuo y en sus derechos humanos. Esta parte de la propuesta de Kymlicka, contrariamente a los temores de Donnelly, no subsume completamente la categoría de derechos colectivos dentro de los derechos humanos, negando así un lugar para el individuo. Por el contrario, se crea un espacio de consenso a través del cual el grupo y el individuo dentro del grupo están protegidos y, a su vez, reconocidos y donde pueden desempeñar un papel activo.

## 7. Violación tipificada como Genocidio

Mediante la incorporación de ciertos elementos del trabajo de Kymlicka, se puede unir el concepto de delito de violación como un crimen contra la persona y la noción de genocidio como un crimen contra un grupo.

En el fallo del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia<sup>27</sup>, la Sala de Primera Instancia determinó que el delito de violación puede entenderse como “una grave violación a la autonomía sexual”. En su revisión del derecho consuetudinario y derecho civil de diversas jurisdicciones con relación a las definiciones del delito de violación, la Sala concluyó que el principio fundamental que vincula ambos sistemas jurídicos “[...]es que estas serias violaciones a la autonomía sexual deben ser penalizadas”.

A su vez, “la autonomía sexual es afectada cuando la persona sometida al acto no ha aceptado libremente o no es un participante voluntario” (KUNARAC et al, 2001, p. 441; MACKINNON, 2006, p. 950). Al igual que ocurre con el crimen internacional de tortura, esta conclusión enfatiza el hecho de que el delito de violación debe ser conceptualizado como uno cometido contra un individuo. Como tal, el delito de violación es un acto perpetuado contra la persona y, específicamente, atenta contra los aspectos sexuales del individuo<sup>28</sup>. Mackinnon (2006) entiende que dentro del contexto de las definiciones sobre el consentimiento en el delito de violación, “este delito (el de violación) se produce fundamentalmente en el espacio individual psíquico”.

Una interpretación de la autonomía sexual ha sido expresada por Schulhofer (1998, p. 111) y consta de tres componentes:

*“Los dos primeros son mentales -una capacidad interna para tomar decisiones razonablemente racionales y maduras, y una libertad externa de presiones prohibidas y coacciones. La tercera dimensión es igualmente importante. El concepto básico de la persona[...su integridad física”.*

Aunque esta definición de la autonomía sexual fundamentalmente incluye tanto aspectos físicos como mentales, la mención de la adopción de decisiones es problemática. Una relación similar puede hacerse con las teorías de derechos humanos, según las cuales si los individuos han de tener derechos humanos, también deben tener la capacidad para hacerlos exigibles<sup>29</sup>. En su estudio sobre la autonomía sexual, Schulhofer (1998) indica que la determinación sobre si un atentado contra la autonomía sexual constituye o no un delito de violación puede estar vinculado a factores culturales o condiciones sociales. (SCHULHOFER, 1998, p. 104)

En cambio, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en su fallo fundamental (Fiscal contra Jean-Paul Akayesu, 1998) conceptualiza al delito de violación, bajo determinadas circunstancias, como genocidio por primera vez en el derecho internacional. Las mujeres que fueron violadas durante el genocidio de 1994 fueron, según la Sala de Primera Instancia, objetivo de este delito, ya que eran miembros de la etnia Tutsi.

Por lo tanto las violaciones fueron consideradas como genocidio dentro de este contexto, ya que, en palabras de la Sala: “[...] La Sala está convencida de que los actos de violación y violencia sexual que se han descrito anteriormente, se han cometido únicamente contra las mujeres tutsis [...] y, concretamente, dirigidos a su destrucción y a la destrucción del grupo Tutsi en su conjunto”<sup>30</sup>

La Sala añadió, “[e]stas violaciones tuvieron como resultado la destrucción física y psicológica de las mujeres Tutsi, sus familias y sus comunidades.”<sup>31</sup>.

Una forma en que las violaciones contribuyeron a la destrucción del grupo Tutsi, fue que muchas de las mujeres tutsis y las niñas que fueron violadas fueron posteriormente asesinadas o murieron a raíz de sus heridas (BANKS, 2005, pp. 9-10). Otro punto crítico con respecto a cómo las violaciones fueron tipificadas como genocidio se refiere al hecho de que las mujeres tutsis fueron consideradas como “objetos sexuales” y, como la Sala de Primera Instancia en el caso Akayesu ha expresado “[...]la violencia sexual fue un paso en el proceso de destrucción del grupo Tutsi -la destrucción del espíritu, de la voluntad de vivir y de la vida misma” (ASKIN, 1997, p. 1010). Las violaciones de

las mujeres tutsis, en este contexto, podrían ser tipificadas “[...]bajo la definición legal de genocidio porque representan la intención del enemigo de destruir” (SHARLACH, 2000, p. 93). Además, el delito de violación cuando se lo tipifica como genocidio puede ser entendido como un “instrumento especialmente efectivo de genocidio<sup>32</sup>” y como un modo de infligir daños físicos o mentales graves en un grupo (Caso Akayesu, p. 731)

Algunas de las consecuencias de las violaciones que tuvieron lugar en el contexto del genocidio en Ruanda fueron que las sobrevivientes se volvieron cada vez más socialmente marginadas y excluidas (SHARLACH, 2000, p. 91). Por lo tanto, surge una cuestión suplementaria más compleja, vinculada a las opiniones y sensibilidades culturales. Como se ha señalado en la introducción, en este artículo se han identificado y analizado las consecuencias teóricas que emanan de las decisiones judiciales (Kunarac y Akayesu) que clasifican el delito de violación tanto de atentado contra una persona como lo sitúan dentro del contexto de un crimen colectivo. Como tal, fue necesario incorporar los fallos seleccionados del tribunal penal internacional no para afirmar la compatibilidad entre las dos concepciones del delito de violación sino a fin de entender lo que le puede ocurrir a dicho delito cuando está subsumido dentro de un crimen internacional ya establecido. Son las consecuencias teóricas de las decisiones judiciales y no las afirmaciones legales las que han influido en este artículo<sup>33</sup>.

Si ambos casos (Kunarac<sup>34</sup> y Akayesu) se consideran en conjunto, ¿puede ocurrir que el delito de violación pierda su esencia como un atentado contra la autonomía a raíz de la relación innovadora entre este delito y el genocidio, tal como fue presentado en el caso Akayesu? Tras un examen más profundo de las observaciones de la Sala de Primera Instancia en el caso Akayesu antes mencionadas, parece que la sentencia en este caso permite afirmar la compatibilidad dentro del genocidio entre el individuo y el grupo. Sí, la Sala de Primera Instancia se centra en el hecho de que las víctimas fueron el objetivo debido a su pertenencia a la etnia Tutsi. Sin embargo, la Sala también reconoce que tanto el grupo Tutsi como las víctimas de violación fueron objeto de genocidio. Recordando las palabras de la Sala: “[...]y, concretamente, contribuyeron a su destrucción y la destrucción del *grupo tutsi* en su *conjunto*.”

Por lo tanto, en este caso en particular, el delito de violación tipificado como genocidio se concibe tanto como un acto cometido contra un individuo (las mujeres tutsis) como un acto cometido en contra del grupo (grupo étnico Tutsi). Como tal, la violación caracterizada como genocidio ha mantenido su esencia como un delito que atenta contra la autonomía del individuo, pero que también como un atentado contra el grupo en su conjunto.

Usando este fallo particular de la Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para Ruanda como ejemplo comprobamos que puede existir un consenso mediante el cual, el grupo (grupo étnico Tutsi) y las personas (individuos tutsis) sean reconocidos con el fin de proteger a ambos en el futuro. Sin embargo, a pesar de que la sentencia en este caso proyecta al grupo y al individuo como compatibles ante el genocidio, es necesario destacar que la Sala de Primera Instancia insistió en que las mujeres fueron violadas porque eran tutsis. La adscripción al grupo no se elimina totalmente, a pesar de que la Sala también ha reconocido el espacio para el individuo. Este enfoque puede, además, negar la “individualidad”<sup>35</sup> de las víctimas, ya que la Sala las ha colocado dentro de la categoría de mujeres tutsis y no dentro de la categoría

general de “mujeres”. Puede argumentarse que el concepto de “mujer” también niega la individualidad de las víctimas, ya que podría considerarse como otra categoría de grupo. Como hemos argumentado, el consenso creado para el individuo dentro del grupo centrado en el crimen internacional de genocidio no es perfecto y puede ser difícil. La construcción sobre la Convención sobre el Genocidio (1948), que el TPIR debe seguir, explicaría la limitación de centrarse únicamente en la etnia Tutsi.

Los académicos consideran a Akayesu una piedra angular por cuatro razones: (i) dio una definición clara y progresiva del delito de violación que no había existido antes en los instrumentos de derecho internacional, (ii) fue el primer caso en el que se involucra la prosecución del delito de violación como un componente de genocidio, (iii) contribuyó a generar discusiones sobre la violencia sexual en situaciones de guerra y disertar acerca de su rol para prevenir futuros abusos de las mujeres en las zonas de conflicto, y (iv) principalmente, consiguió incluir algunos casos de violación dentro de la categoría de crímenes (genocidio, tortura, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad) de *jus cogens* y que son perseguidos en virtud de la jurisdicción universal. En resumen, los crímenes que han alcanzado el estatus de *jus cogens* “no necesitan un nexo con una guerra y no exigen la ratificación de un tratado” para su enjuiciamiento (ASKIN, 1997, p. 106).

## 8. Conclusión

Este artículo ha determinado que las recientes e innovadoras decisiones de la jurisprudencia internacional en relación con el delito de violación han tenido importantes consecuencias en cómo este delito se concibe y como ha sido tratado dentro del derecho internacional. El artículo se centra en uno de esos casos (Fiscal contra Jean-Paul Akayesu, 1998), en el que el delito de violación (convencionalmente entendido como un atentado contra una persona) fue subsumido dentro del delito internacional de genocidio. En este artículo, hemos identificado y abordado los posibles problemas y contradicciones que surgen cuando un acto tradicionalmente definido como una violación de derechos individuales, se redefine como un crimen contra un grupo. Estas consecuencias son a la vez teóricas y prácticas, en la medida en que se conceptualice al delito de violación como una vulneración sexual de una mujer o como un crimen de guerra (por ejemplo, un instrumento de “limpieza étnica”), o como genocidio, tiene efectos importantes tanto en la forma en que el delito es sufrido por sus víctimas, como en la forma en que sus autores son castigados. El artículo presenta claramente que cuando el delito de violación es subsumido dentro del delito colectivo de genocidio, su dinámica cambia ya que el delito de violación ya no funciona únicamente como un atentado cometido en contra de una persona. Hemos argumentado que la concepción del delito de violación como un atentado contra la autonomía sexual del individuo (Fiscal c. Kunarac et al, 2001), y del delito de violación como un crimen de genocidio puede existir dentro de los mismos parámetros. Al igual que el concepto de derechos humanos, considerando sus orígenes en la teoría política liberal individualista, la relación entre el individuo y el grupo es problemática - a menudo desigual y difícil - pero en última instancia no es incompatible.

## BIBLIOGRAFÍA

---

- ASKIN, Kelly Dawn. 1997. **War Crimes Against Women: Prosecution in International War Crimes Tribunals**. La Haya: Martinus Nijhoff.
- ASKIN, Kelly Dawn & Koenig, Doreen. 1999. **Women and International Human Rights Law: A Reference Guide**. Londres: Transnational Publishers.
- ARCHARD, David. 2007. The Wrong of Rape. *The Philosophical Quarterly*, Vol. 57, n. 228, p. 374-393.
- BANKS, Angela M. 2005. **Sexual Violence and International Criminal Law: An Analysis of the Ad Hoc Tribunal's Jurisprudence & the International Criminal Court's Elements of Crimes**. La Haya: Women's Initiatives for Gender Justice.
- BROWNMILLER, Susan. 1975. *Against Our Will: Men, Women and Rape*, Londres: Penguin.
- BOWRING, Bill. 1999. **Minority and Group Rights in the New Millenium**. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers.
- CARD, Claudia. 2002. **The Atrocity Paradigm: A Theory of Evil**. Oxford: Oxford University Press.
- CASALS, Neus Torbisco. 2006. **Group Rights as Human Rights**. Reino Unido: Springer.
- COHEN, Roger. 1999. 'Ethnic Cleansing',. In: GUTMAND R. and RIEFF D. (eds.). **Crimes of War: What the Public Should Know**. Informe Final de las Naciones Unidas.
- COPELON, Rhonda. 1995. Women and War Crimes. *St. John's Law Review* 69,p. 61-68.
- . 1999. Surfacing Gender: Reengraving the Crimes against Women in Humanitarian Law. In: DOMBROWSKI, N. (ed.). **Women and War in the Twentieth Century**. Nueva York y Londres: Garland Publishing.
- DONNELLY, Jack. 1996. **Human Rights in Theory and Practice**. Londres: Cornell University Press.
- . 2003. In Defense of the Universal Declaration Model. In: LYONS, G. and MAYALL J. **International Human Rights in the 21st Century: Protecting the Rights of Groups**. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, Inc.
- EBOE-OSUJI, Chile. 2007. Rape as Genocide: Some Questions Arising. *Journal of Genocide Research*, n. 9 (2), p. 251-273.
- FABRI, Mary R., Psy.D. 1999. **A Clinical Perspective of the Role of Gender in the Torture Experience**. Chicago Torture Conference March 4-7 1999. Disponible en: <<http://humanities.uchicago.edu/cis/torture/abstracts/maryfabri.html>>.
- FEIN, Helen. 1999. Genocide and gender: the uses of women and group destiny. *Journal of Genocide Research*, n. 1 (1), p. 43-63.
- FREEMAN, Michael. 1995. Are There Collective Human Rights?. *Political Studies*, n. 43, Issue 1.
- . 2002. **Human Rights: An Interdisciplinary Approach**, Cambridge: Polity.

- GHANDHI, P.R. 2000. **Blackstone's International Human Rights Documents**, 2nd ed., Londres: Blackstone Press Limited.
- GILES, Wenona & HYNDMAN, Jennifer. 2004. **Sites of Violence: Gender and Conflicts Zones**. Berkeley: University of California Press.
- GRAYZEL, Susan. 1999. **Women's Identities at War: Gender, Motherhood and Politics in Britain and France during First World War**. Chapel Hill: University of Carolina Press.
- GREEN, Jennifer. 2004. Uncovering Collective Rape: A Comparative Study of Political Sexual Violence. **International Journal of Sociology**, n. 34, p. 97-116.
- . 2002. Sexual Violence and Genocide Against Tutsi Women. Section 2. Effects of Sexual Violence. **Columbia Human Rights Law Review**, Summer, p. 733-776.
- HUMAN RIGHTS WATCH. 2004 Foca Confronts its Past. Disponible en: <<http://hrw.org/english/docs/2004/10/15/bosher9514.htm>>. Visitado el: 18 de abril de 2007.
- HOBBS, Thomas. 1982. **Leviathan**, Introduced by CB Macpherson. Londres: Penguin Classics.
- INGRAM, David. 2000. **Group Rights: Reconciling Equality and Difference**. KS: University Press of Kansas.
- JACKSON-PREECE, Jennifer. 2003. Human Rights and Cultural Pluralism. In: LYONS, G. and MAYALL J. **International Human Rights in the 21st Century: Protecting the Rights of Groups**. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, Inc.
- JONES, Adam. 2000. Gendercide and genocide. **Journal of Genocide Research**, n. 2 (2), p.. 185-211.
- JONES, Peter. 1994. **Rights**. Londres: MacMillan Press Ltd.
- KUO, Peggy. 2002. 'Prosecuting Crimes of Sexual Violence in an International Tribunal. **JIL**, n. 34, p. 305.
- KUPER, Leo. 1981. **Genocide**. Londres: Penguin Books.
- KYMLICKA, Will. 1997. **Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights**. Oxford: Clarendon Press.
- LEMKIN, Raphael. 1944. **Axis Rule in Occupied Europe: Law of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress**. (Washington, D.C.: Carnegie Endowment for International Peace.
- . 1947. Genocide as a Crime Under International Law. **American Journal of International Law**, n. 44, p.145-151
- LENTIN, Ronit (ed.). 1997. **Gender and Catastrophe**. Londres: Zed Books.
- LERNER, Natan. 2003. **The UN Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination**. Boston: Kluwer Law International.
- LOCKE, John. 1967. **Two Treatises on Government**, ed. Peter Laslett. Cambridge: Cambridge University Press.
- LYONS, G.; MAYALL J. 2003. **International Human Rights in the 21st Century: Protecting the Rights of Groups**. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, Inc.

- MACKINNON, Catherine A. 2006. Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu. **Columbia Journal of Transnational Law**, n. 44, p. 940-958.
- MARDORISSIAN, Carine. 2002. Toward a New Feminist Theory of Rape. **Signs**, n. 27 (3), p. 743-786.
- MEZNARIC, Silva. 1994. Gender as an Ethno-Marker: Rape, War, and Identity Politics in the Former Yugoslavia. In: MOGHADAM, V. (ed.). **Identity Politics and Women: Cultural Reassertions and Feminisms in International Perspective**. Boulder, CO: Westview Press.
- MCGLYNN, Clare. 2008. Rape as 'Torture'? Catherine MacKinnon and Questions of Feminist Strategy. **Feminist Legal Studies**, n. 16, p. 71-85.
- MUKAMAN, Donatilla; COLLINS, Anthony. 2006. Rape Survivors of the Rwandan Genocide. **Critical Psychology**, n. 17, p. 140-164.
- NACIONES UNIDAS [ONU], Quinto informe sobre responsabilidad estatal, G. Arangjio-Ruiz, Relator Especial, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional II (1). A/CN.4/453 y Add. 1-3. 1993
- RATNER, Steven R.; ABRAMS, Jason S. **Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy**, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press.
- RAWLS, John. 1999. **A Theory of Justice**, Revised Edition. UK: Belknap Press.
- ROBERTS, Adam & GUELFF, Richard. 2000. **Documents on the Laws of War**, 3rd ed.. Oxford: Oxford University Press.
- SCHABAS, William A. 2000. **Genocide in International Law**. Cambridge: Cambridge University Press.
- SCHULHOFER, Stephen J. 1998. **Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and the failure of Law**. Londres: Harvard University Press.
- SHARLACH, Lisa. 2000. Rape as Genocide: Bangladesh, the Former Yugoslavia, and Rwanda. **New Political Science**, v. 22, n. 1, p. 89-102.
- SHAW, Martin. 2006. **What is Genocide?**, Cambridge: Polity.
- SORENSEN, Susan; WHITE, Jacquelyn. 1992. Adult Sexual Assault: Overview of Research. **Journal of Social Issues**, n. 48 (1), p. 1-8.
- TAYLOR, Charles. 1995. **Philosophical Arguments**. Cambridge Massachusetts: Harvard University Press.
- THOMAS, Katie. 2007. Sexual Violence: Weapon of War, **Forced Migration Review**, Issue 27, p. 15-17.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA RUANDA (TPIR). (1998) *Fiscal c. Jean-Paul Akayesu* (Caso No. ICTR-96-4-T, 2 de Septiembre de 1998).
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA (TPIY) (2001) *Fiscal c. Dragoljub Kunarac (et al)*, (IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Sentencia, 22 de Febrero de 2001).
- VETLESEN, Arne Johan. 2005. **Evil and Human Agency**. Cambridge University Press.

## NOTAS

1. Este artículo está basado en los desarrollos más recientes del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario en relación con el delito de violación, el autor reconoce las definiciones anteriores y la perspectiva cultural que se encuentran en las definiciones nacionales de este delito, pero no se abordan ampliamente. Para más información sobre estas cuestiones, tales como el énfasis en el consentimiento o en la coerción, por favor, véase: MACKINNON (2006, p. 940-958).
2. Copelon ha alegado que el delito de violación mencionado en la Convención de Ginebra (1949) se conceptualiza como un "ataque contra el honor", en lugar de describirse como un crimen relacionado con la violencia. Ella argumenta que esto es problemático porque margina la gravedad así como la naturaleza violenta del delito de violación en el derecho internacional humanitario. Ella insta a que la violación debe ser considerada como una forma de tortura, con el fin de eliminar la ambigüedad producto del legado del sexismo. (COPELON, 1999, p. 337).
3. Por ejemplo, el Artículo 24 del IV Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV), afirma: "Las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado a su pudor". ROBERTS; GUELFF, 2000, p. 310. Ver también: Vetlesen, (2005, p. 212-213).
4. El Fiscal c. Jean-Paul Akayesu (1998) proporcionó una clara y progresiva definición del delito de violación, la cual no existía antes en los tratados de derecho internacional. El caso también estableció que la violación podía ser juzgada como un componente de genocidio si fue cometido con la intención de destruir un grupo determinado. En sus conclusiones, la Sala de Primera Instancia definió a la violación como "[...] una invasión física de naturaleza sexual cometida contra una persona en circunstancias coercitivas." La Sala también estableció: "[...] La violación es una forma de agresión y los elementos centrales del delito de violación no pueden ser tomados como una descripción mecánica de objetos y partes del cuerpo. Este enfoque es más útil en el derecho internacional." (ICTR, Fiscal contra Jean-Paul Akayesu, 1998, 138)
5. Véanse los artículos 1, 2, 4 y 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (1984). Ver también P.R. Ghandhi (2000, p. 109).
6. Este punto es crucial, ya que, por ejemplo, el delito de violación deberá atarse a un crimen internacional establecido para que sea pueda ser perseguido bajo los estatutos de los actuales tribunales penales internacionales (TPIY y TPIR) y la recientemente creada Corte Penal Internacional.
7. La Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) afirmó que el delito de violación constituye un atentado contra la autonomía sexual de una persona. Más sobre esto posteriormente. (TPIY, Fiscal contra Dragoljub Kunarac, 2001, 208).
8. ICTR, Fiscal contra Jean-Paul Akayesu, 1998
9. Foca (sudeste de Bosnia y Herzegovina, que ahora se denomina Srbinje), fue el lugar donde se produjo uno de los crímenes más atroces contra civiles; las mujeres fueron sometidas a un régimen brutal de violación en grupo, tortura y esclavitud por los soldados serbios de Bosnia, policías y miembros de grupos paramilitares después de la toma de la ciudad en abril de 1992. HRW, 2004.
10. ICTR, Fiscal contra Jean-Paul Akayesu, 1998, p. 165-166.
11. La obra de Raphael Lemkin donde el término "genocidio" aparece es *Axis Rule in Occupied Europe: Law of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress* (1944).
12. Hubo, y sigue habiendo, preocupación sobre la enumeración limitada de los grupos que pueden ser objetivo de tal delito en la Convención sobre el Genocidio. La exclusión de grupos "políticos" es un ejemplo. También ha habido demandas para considerar la categoría de "mujer" como un grupo que puede sufrir el genocidio. Para más información sobre estos temas, por favor, véase Lisa Sharlach, (2000).
13. ICTR, Fiscal contra Jean-Paul Akayesu, 1998
14. Los aspectos punitivos del delito de violación durante épocas de guerra también pueden interpretarse como un intento de atacar la masculinidad de los soldados y, en última instancia, someter "al enemigo".
15. En un juicio en el que se debate un caso de violación es el fiscal quien se enfrenta al acusado. La versión de los hechos de la víctima también es considerada. Por otra parte, si se considera apropiado, la víctima puede testificar frente al tribunal.
16. Por ejemplo, el preámbulo de la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948) dice: "Reconociendo que en todos los períodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad, Convencidos de que para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso se necesita la cooperación internacional, convienen en lo siguiente" (GHANDI, 2000, p. 19).
17. La noción de genocidio, en el marco de este artículo, no se ha limitado únicamente al siglo XX
18. Green utiliza el término de "daño doble" en relación a "la mutilación física y la violencia". (GREEN, 2002, p. 733-776). Esta lista de daños también se refiere a la violación que no tiene lugar en público o durante conflictos armados. Esto es la

posibilidad de una amplificación del daño que puede desarrollarse debido a las violaciones que ocurren en público. En relación con la violación y el daño, véase también: Archard (2007, p. 374-393), Fein (1999, p. 43-63) y Jones (2000, p. 185-211).

19. Esta lista está tomada de GREEN (2002). Véase también Mary R. Fabri (1999).

20. Por ejemplo, durante el genocidio en Ruanda, muchas mujeres fueron violadas por bandas (GREEN, 2002).

21. Como las historias de otros sobrevivientes demuestran: "Fatuma creía que, a raíz de la violación, perdió el respeto de los miembros de su comunidad. Los participantes insistieron en que la violación en público era el mayor acto de humillación. Furaha informó: 'El jefe de la milicia que me agarró dijo que todos los que quisieran ver cuán sexualmente dulces eran las mujeres tutsis, podían probar' " (MUKAMANA; COLLINS, 2006, p. 140-164, 150).

22. El objetivo de esta sección no es resumir o resolver todas las diferentes posiciones dentro del discurso de los derechos humanos relacionados con "¿quién es el titular de derechos - el individuo, el individuo como miembro de un grupo, o el grupo en su conjunto?" La posición adoptada en este artículo es que los derechos humanos son derechos individuales, pero que el grupo, sobre la base de factores tales como raza, etnia, y género, también desempeña un papel importante.

23. Como Jack Donnelly señala en referencia a los derechos de las minorías: "Yo no estoy, repito, desafiando la idea de que los derechos de las minorías que están ya establecidos en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos (es decir, como derechos individuales que proporcionan protección especial a los miembros de los grupos minoritarios)" (DONNELLY, 2003, p. 37)

24. "Asimilación" es un término usado para describir el proceso por el cual un "outsider", inmigrante o [grupo subordinado (por ejemplo, los aborígenes australianos) se integra, sin diferencias, en la sociedad dominante.

25. Esta posibilidad ha sido articulada en relación a determinados grupos minoritarios (JACKSON-PREECE, 2003, p. 68). En general, la línea de investigación puede entenderse como un intento de "[...] distinguir entre, por un lado, los derechos que dependen de la pertenencia individual a un grupo o comunidad y, por otro, los derechos individuales comunes a todos los seres humanos" (CASALS, 2006, p. 57)

26. Esta parte del argumento de Kymlicka se refiere a los derechos de los hablantes de lenguas minoritarias. Al ser un derecho que se relaciona a un miembro de un grupo y al grupo en su conjunto. En Canadá, como su ejemplo indica, el derecho de los *francoparlantes* a utilizar el francés en

los tribunales es un derecho ejercido por los particulares. El derecho puede ser destinado a todo el grupo de habla francesa, pero es ejercido por los *francoparlantes* individualmente. Otros derechos en Canadá, como los derechos de pesca y caza de los pueblos indígenas, se otorgan a grupos (KYMICKA, 1997, p. 45-46). Kymlicka (1997, p. 46) también insiste en que los canadienses francófonos son una minoría nacional, por lo que puede garantizarse derechos diferenciados de grupo. Aunque los derechos culturales y lingüísticos no están directamente vinculados al delito de violación ni a éste considerado como genocidio, la esencia de la tesis de Kymlicka es la de establecer relaciones entre la disociación: individuo – grupo, que son pertinentes para este artículo.

27. ICTY. Fiscal contra Dragoljub Kunarac (et al), 2001

28. Como Catherine A. Mackinnon (2006, p. 941) afirma "La fuerza abroga autonomía tal como la negación de la autodeterminación es coercitiva"

29. Para más información sobre este tema, véase Peter Jones (1994, p. 67-71).

30. ICTR, Fiscal contra Jean-Paul Akayesu, 1998, p. 165-166 Cabe señalar que, en la sentencia del caso Akayesu, el delito de violación y otros delitos de violencia sexual dentro de los parámetros de genocidio fueron "[...] definidos como cualquier causa que implique graves daños físicos o mentales" Esto se debe a la forma en que la Convención sobre el Genocidio (1948) ha sido formulada Catherine A. Mackinnon, 2006, p. 941.

31 ICTR, Fiscal contra Jean-Paul Akayesu, 1998, 731.

32. Esta referencia se relaciona a "La devastación que sigue a una violación, es una herramienta particularmente eficaz en un genocidio porque destruye la moral de la mujer, su familia, y tal vez la de toda su comunidad" (SHARLACH, 2000, p. 91).

33 ICTR, Fiscal contra Jean-Paul Akayesu, 1998, 731

34. Los fiscales estaban de acuerdo con la postura de Kuo (2002, p.5) "listos para salir y decir que el delito de violación en sí mismo puede ser un crimen de guerra [...] aún un solo acto de violación puede ser un crimen contra la humanidad si ocurrió en el contexto de ataque generalizado o sistemático". Como resultado, Foca se convirtió en el primer caso ante el Tribunal que se refirió únicamente a los crímenes de guerra de carácter sexual. (KUO, 2002, p. 305).

35. La inspiración para el concepto de "individualidad", en relación con el genocidio, proviene de la frase de Leo Kuper: "como un crimen contra un grupo, (el genocidio) anula toda cuestión sobre la responsabilidad individual, es una negación de la individualidad" (KUPER, 1981, p. 86).

## ABSTRACT

This article identifies and analyses some of the theoretical implications of rape being subsumed within the international crime of genocide and argues that such an analysis is essential for creating a clearer framework to address rape. Genocide is defined as a violation committed against particular groups. In contrast, rape is conceptualised as a violation of an individual's sexual autonomy. As such, can rape be understood as a violation of an individual's sexual autonomy be compatible with rape being subsumed within the category of a group violation such as genocide? A key conclusion of this article is that if conceptual space can be created within the crime of genocide to include both the individual and the group, then rape (when categorised as genocide) can operate both as a violation against the group and as a violation against the individual. However, the space allotted to each of the individual and the group can never be equal; the group will always need to occupy the majority of the space, because the central motivation for viewing genocide as a crime is the survival of human groups. When rape is subsumed within genocide, which is conceived, placed and treated as a crime against enumerated groups, its dynamic changes. Rape is no longer simply a violation of an individual. Rape becomes part of a notion developed to protect the group.

## KEYWORDS

Rape – Genocide. Group Violation – Individual's Sexual Autonomy.

## RESUMO

O presente artigo identifica e analisa algumas das implicações teóricas ao tipificar o estupro como crime internacional de genocídio, bem como sustenta que tal análise seja essencial para a criação de marcos mais claros para tratar da questão do estupro. Genocídio é definido como violação perpetrada contra grupos específicos. Em contrapartida, o estupro é conceitualizado como um crime contra a autonomia sexual de um indivíduo. Sendo assim, a definição do estupro como uma violação à liberdade sexual individual seria incompatível com a definição deste como uma violação contra todo um grupo, à semelhança do genocídio? A principal conclusão a que se chega neste artigo é que, se for possível estabelecer uma concepção abrangente de genocídio – capaz de englobar tanto a esfera individual, quanto coletiva - o estupro (quando tipificado como genocídio) pode ser compreendido como violação cometida tanto contra o indivíduo, quanto contra o grupo. Entretanto, estas duas esferas – individual e coletiva – nunca poderão ocupar o mesmo patamar, uma vez que a proteção de grupos humanos constitui a própria fundamentação da criminalização do genocídio.. Ao relacionar o estupro à idéia de genocídio, concebido, situado e tratado como crime contra inúmeros grupos, seu cerne muda. Neste sentido, estupro não poderá mais ser compreendido como simples violação a um indivíduo – antes, torna-se parte de uma concepção desenvolvida para a proteção do grupo.

## PALAVRAS-CHAVE

Estupro. Genocídio – Violação contra grupos específicos – Autonomia sexual do indivíduo.



Christian Courtis es profesor de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y profesor invitado del Departamento de Derecho del ITAM (México). Ha sido profesor e investigador visitante en universidades de América Latina, Estados Unidos y Europa. Se ha desempeñado como consultor de la Organización Mundial/Panamericana de la Salud, UNESCO, la División de Desarrollo Social de la ONU, la CEPAL y el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ha sido director del Proyecto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Comisión

Internacional de Juristas (Ginebra).

Entre los libros que ha escrito y editado se encuentran *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Trotta, Madrid, 2002, en coautoría con Víctor Abramovich); *Derechos sociales: instrucciones de uso* (Fontamara, México, 2003); *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional* (del Puerto, Buenos Aires, 2006, en coautoría con Víctor Abramovich); *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, (del Puerto, Buenos Aires, 2006); *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década* (del Puerto, Buenos Aires, 2007); *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative experiences of justiciability* (Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 2008) y *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos* (Fontamara, México, 2009).

Email: courtis@itam.mx

## RESUMEN

---

Este trabajo presenta algunos casos emblemáticos de aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes por Tribunales de América Latina. Discute un número reducido de casos que cubren temas diversos, y representan a distintos países de la región, y al tribunal regional de derechos humanos –la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se destacan por su temática, por lo novedoso de la interpretación que ofrecen o por la relevancia de sus consecuencias. Antes de reseñar los casos, se efectúan algunas aclaraciones previas que pueden ser útiles para explicar el material que aquí se expone, y el contexto en el que debe situarse.

Original en español.

Recibido en octubre de 2008. Aprobado en junio de 2009.

## PALABRAS CLAVE

---

Convenio 169 – OIT. Pueblos Indígenas y Tribales. Tribunales – América Latina – Aplicación de los tratados internacionales



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en <[www.revistasur.org](http://www.revistasur.org)>.

# APUNTES SOBRE LA APLICACIÓN DEL CONVENIO 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS POR LOS TRIBUNALES DE AMÉRICA LATINA

Christian Courtis

Este trabajo presenta algunos casos emblemáticos de aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes por tribunales de América Latina<sup>1</sup>. He elegido un número reducido de casos que cubren temas diversos, y representan a distintos países de la región, y al tribunal regional de derechos humanos –la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Desde ya cabe aclarar que la experiencia de aplicación del Convenio 169 en América Latina es considerable, y que algunos países cuentan ya con un cúmulo importante de sentencias en la materia. De modo que este trabajo no tiene ninguna pretensión de exhaustividad: la perspectiva adoptada es simplemente la de seleccionar un puñado de casos particularmente interesantes por su temática, por lo novedoso de la interpretación que ofrecen o por la relevancia de sus consecuencias. Antes de reseñar los casos, efectúo algunas aclaraciones previas que pueden ser útiles para explicar el material que aquí se expone, y el contexto en el que debe situarse.

## 1. Algunos datos sobre el contexto legal de los países de la región

La región de América Latina y el Caribe es aquella en la que se han registrado mayor cantidad de ratificaciones del Convenio 169 –14 (catorce), a la fecha de elaboración de este trabajo<sup>2</sup>. Esto no es casual: muchos países de la región son multilingües y multiculturales, y en algunos casos la población indígena constituye la mayoría de población, o un porcentaje significativo de ella. Además de la ratificación del Convenio 169, y acompañando el proceso de reformas constitucionales que se ha dado a partir de finales de la década de 1980, un número importante de estos países

---

*Ver las notas del texto a partir de la página 79.*

ha incorporado a sus constituciones disposiciones sobre derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

No es extraño, entonces, que algunas de estas modificaciones constitucionales y legales hayan tenido impacto en la jurisprudencia de distintos países. Algunos factores comunes –aplicables en distinta medida a cada país, pero que sin embargo marcan una tendencia regional– pueden ayudar a entender este panorama.

### *1.1 Relación entre procesos de reforma constitucional y de transición o consolidación democráticas*

Un porcentaje significativo de países de la región ha experimentado una transición de regímenes autoritarios a la vigencia de instituciones democráticas en el período que va de mediados de los años 80s a comienzos del 2000 (GARGARELLA, 1997, p. 971-990; SERNA DE LA GARZA, 1998; UPRIMNY; GARCÍA VILLEGAS, 2004). En muchos de estos casos, el proceso fue acompañado por reformas constitucionales sustantivas. En otros casos, aunque no hubo exactamente un tránsito desde un régimen autoritario a uno democrático, las reformas constitucionales acompañaron importantes procesos de movilización y renovación política. La mayoría de estas reformas constitucionales ha plasmado una significativa cantidad de nuevos derechos y de innovaciones institucionales, como las comentadas en los puntos que siguen.

### *1.2 Expansión de la justicia constitucional*

Si bien la noción de justicia constitucional no era extraña en muchas de las jurisdicciones de la zona, lo cierto es que durante parte del Siglo XX el empleo del control judicial de constitucionalidad no era generalizado en la región. Muchas de las reformas constitucionales ocurridas en la última década del Siglo XX han reforzado el control constitucional, por vía de la creación de tribunales constitucionales especializados, o de salas constitucionales en los tribunales superiores de justicia o cortes supremas, y por vía de la previsión expresa en la Constitución de acciones constitucionales – como la acción de amparo o la acción de inconstitucionalidad. Esto ha llevado a una expansión notoria del empleo de la jurisdicción constitucional, inédita en muchos de los países de la región (BAZÁN, 2007, p. 37-61).

### *1.3 Ratificación y concesión de status legal privilegiado a los tratados internacionales de derechos humanos*

Otras de las innovaciones experimentadas en muchos de los países de la región han tenido que ver con una valoración privilegiada de los tratados internacionales de derechos humanos. Muchos de los países de la región han aumentado en el período descrito su número de ratificaciones a tratados internacionales de derechos humanos –como mensaje reforzado de aceptación del Estado de derecho y de la vigencia de derechos fundamentales, por oposición al pasado autoritario y caracterizado por la violación masiva de derechos humanos. La ratificación de tratados internacionales puede entenderse como confirmación de la confianza en el sistema internacional de

derechos humanos, que constituyó en el pasado el foro en el que las graves violaciones a los derechos humanos podían denunciarse, y al mismo tiempo como mensaje a la comunidad internacional acerca del nuevo compromiso del Estado con la vigencia del Estado de derecho y con el respeto de los derechos humanos.

Pero además, la ratificación de una cantidad importante de tratados de derechos humanos, tanto regionales como universales, se inserta en el contexto de la prevalencia de una tradición monista en materia de relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Esto significa que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados también forman parte del derecho interno y que a la lista expandida de derechos fundamentales consagrados por las nuevas constituciones, se agrega la lista de derechos reconocida en aquellos tratados<sup>3</sup>.

Por último, aunque de manera no uniforme, en muchos de los países de la región a los tratados de derechos humanos se les ha concedido un *status* legal privilegiado, al menos con respecto a la ley ordinaria (AYALA CORAO, 2003). En algunos casos se les ha dado jerarquía constitucional<sup>4</sup>, en otros se los considera parte del denominado “bloque de constitucionalidad” (UPRIMNY, 2001), y en otros se les concede una jerarquía intermedia – inferior a la Constitución pero superior a la legislación ordinaria.

#### *1.4 Afianzamiento del sistema regional de derechos humanos*

Esta renovada relación entre derecho constitucional local y derecho internacional de los derechos humanos se ha visto especialmente apuntalada por el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Prácticamente todos los países de la región han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Uno de los efectos de esta expansión ha sido, naturalmente, un considerable aumento de la actividad de los órganos del sistema –la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos–, en términos de casos recibidos y resueltos, de países cubiertos y de variedad temática. Simultáneamente, los países que se han hecho parte del sistema regional de derechos humanos han debido aprender a recoger internamente las decisiones y los criterios interpretativos sentados por el sistema regional de derechos humanos. El proceso es lento y complejo, y está lejos de haber concluido. Pero ha tenido como consecuencia una mayor permeabilidad de muchos tribunales locales hacia la recepción de la jurisprudencia interamericana – especialmente de la establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto puede explicar un gradual acostumbramiento a la invocación de estándares internacionales de derechos humanos por parte de los tribunales locales.

#### *1.5 Reconocimiento constitucional de nuevos derechos*

Un último elemento consiste en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de la región. Las reformas constitucionales de la región se han caracterizado por la expansión de la lista de derechos fundamentales y principios sustantivos, que incluye derechos de todo el catálogo conocido (derechos civiles,

políticos, económicos, sociales, culturales, derechos colectivos, derechos de minorías, derechos medioambientales). En este contexto se inserta también el reconocimiento constitucional de derechos de los pueblos indígenas –temática que difícilmente hubiera podido ser ignorada dado el peso y el grado de movilización política de los pueblos y comunidades indígenas en muchos países de la región (SIEDER, 2002; BARIÉ, 2003; FLORES JIMÉNEZ, 2004; BONILLA, 2006).

Muchas de las cláusulas constitucionales que reconocen derechos a los pueblos indígenas han tomado como inspiración los estándares internacionales en la materia, entre los que se cuenta, como ejemplo privilegiado, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

## **2. La influencia del Convenio 169 en los países de la región**

Si bien estos factores varían de país en país, y no alcanzan a explicar completamente el fenómeno analizado, al menos ofrecen algunos elementos para entender el mayor éxito que ha tenido el Convenio 169 en la región, en comparación con otras regiones del globo. Parte de su influencia se ha reflejado en su carácter de modelo inspirador de reformas constitucionales y legales en materia indígena en la región –de modo que muchas de las nociones que lo articulan, como las de “pueblo y comunidad indígena”, “autoidentificación”, “territorios tradicionales”, “autonomía”, “consulta”, “usos y costumbres”, entre otras – aparecen receptadas de una u otra manera en constituciones y en normas legales en los distintos países de la región (BARIÉ, 2003, pp. 58-62).

Pero lo que importa a efectos de este trabajo es que la influencia del Convenio 169 no se ha limitado al papel de “legislación modelo,” a ser seguida por los poderes políticos locales. El Convenio 169 ha sido empleado e invocado por las propias comunidades y pueblos indígenas, y por otros actores –tanto órganos públicos como organizaciones de la sociedad civil–, que han actuado en defensa de los derechos e intereses de esas comunidades. Y parte del empleo de ese instrumento internacional ha consistido, justamente, en el litigio ante los tribunales locales y, en su caso, ante los órganos del sistema regional de derechos humanos.

## **3. Algunos criterios para entender la selección de casos expuesta en este trabajo**

Como dije, este trabajo recoge, de manera selectiva y sin pretensión de exhaustividad, algunas sentencias judiciales que han hecho aplicación del Convenio 169 de la OIT. Las sentencias provienen tanto de tribunales nacionales, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. He elegido agrupar las sentencias temáticamente, para mostrar ciertas líneas de convergencia entre los tribunales de distintos países de la región y el tribunal regional de derechos humanos.

Sin embargo, es útil colocar estos casos en contexto, para entender debidamente la selección. Dada la distinta procedencia de los casos, y la diversidad de sistemas legales y de tradiciones jurídicas locales, el panorama es variado. Cabe aclarar que el grado de desarrollo de la aplicación del Convenio 169 por los tribunales locales de la región varía notoriamente: en algunos países, los casos son pocos y la aplicación del

Convenio 169 por los tribunales locales es incipiente, mientras que en otros –entre los que se destacan Colombia y Costa Rica– la riqueza y variedad de casos es enorme<sup>5</sup>. De todos modos, aunque los ejemplos aquí reseñados sean pocos, el lector puede darse una idea de la variedad de casos existentes si se explican algunas variables que merecen ser tenidas en cuenta.

### *3.1 Sentencias regionales/sentencias nacionales*

El Convenio 169 ha sido aplicado tanto por los tribunales locales de diversos países<sup>6</sup>, como por los órganos del sistema regional de derechos humanos, es decir, la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En el primer caso, se trata –con alguna excepción, como la de Belice– de aplicaciones del Convenio 169 en tanto norma incorporada al derecho interno de los países involucrados. En el segundo, en cambio, es importante resaltar que los órganos interamericanos no tienen competencia para resolver controversias basadas sobre violaciones al Convenio 169, sino que la base de su competencia es fundamentalmente la de los instrumentos regionales de derechos humanos. Sin embargo, los órganos regionales de derechos humanos han empleado el Convenio 169 de la OIT como norma interpretativa, destinada a especificar las obligaciones de los Estados establecidas por otras normas internacionales (como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre) cuando se trata de su aplicación a pueblos y comunidades indígenas o a sus miembros. Así, por ejemplo, han interpretado el derecho de propiedad o el derecho al debido proceso, cuando están en juego los derechos de pueblos y comunidades indígenas, a la luz de lo establecido en el Convenio 169.

Aunque la selección de casos que comento en este trabajo consiste en su mayor parte en jurisprudencia nacional, he incluido también algunos casos de suma trascendencia decididos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no sólo por el interés que pueda generar la interpretación efectuada por ese tribunal, sino también porque la jurisprudencia regional tiene muchas veces impacto ulterior en la jurisprudencia local de los países que son parte del sistema regional de derechos humanos.

### *3.2 Países de tradición monista/países de tradición dualista; jerarquía normativa del Convenio*

Otra cuestión está vinculada con el modo de incorporación del tratado al derecho interno, y con su jerarquía normativa, en caso de incorporación directa de derecho internacional. La tradición dominante en América Latina es la monista –es decir, la incorporación de un tratado internacional al derecho interno, una vez que ha sido debidamente ratificado. Sin embargo, hay que recordar que en la región hay también países pertenecientes a la tradición del *common law*, en la que predomina el dualismo. Entre ellos, Belice registra un caso interesante de invocación del Convenio 169 en clave interpretativa o persuasiva, aún cuando el país no es parte de ese convenio<sup>7</sup>.

Es más bien una segunda pregunta, que se deriva de la tradición monista en materia de relaciones entre derecho internacional y derecho interno, la que

capta algunas diferencias significativas entre los países de la región que han tenido experiencias de aplicación judicial de Convenio 169. Aquí, hay que decirlo, existen diferentes aproximaciones en las distintas jurisdicciones, que en algunos casos se reflejan en las sentencias comentadas.

En algunos países, a los tratados internacionales sobre derechos humanos y al Convenio 169 se les ha asignado una categoría similar a la de la constitución. Entre estos países se destacan Bolivia y Colombia, que han operado esta asimilación del Convenio 169 a la Constitución por vía del empleo de la noción de “bloque de constitucionalidad”. De acuerdo con esta noción, la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos al derecho interno obliga al intérprete constitucional a leer conjuntamente los derechos fundamentales incluidos en la constitución y los derechos humanos incluidos en tratados internacionales. Ambos grupos de derechos deben complementarse y sostenerse mutuamente, formando una unidad en la que prima –en caso de diferencias entre una fuente y otra– la interpretación *pro homine*, es decir, aquella que reconoce mayor extensión a los derechos.

La solución que ha dado la reforma constitucional argentina de 1994 al tema es distinta, pero tiene resultados similares: ha concedido jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales de derechos humanos listados expresamente, además de conceder al Congreso la facultad de elevar a jerarquía constitucional otros tratados a través del voto de una mayoría calificada (artículo 75, inciso 22). Sin embargo, el Convenio 169 no forma parte de esa lista. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela asigna jerarquía constitucional a todos los tratados de derechos humanos (artículo 23), aunque en la práctica los tribunales han sido menos proclives a aplicar directamente tratados que en otros países. Queda también abierta la cuestión de si se considera que el Convenio 169 de la OIT es un tratado de derechos humanos – cuestión que no ha sido discutida aún en esos términos. El caso de Costa Rica es peculiar: aunque el texto de la Constitución asigna a los tratados internacionales jerarquía superior a la ley e inferior a la Constitución (artículo 7), la Sala Constitucional de la Corte Suprema ha interpretado que los tratados sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional, y aún que pueden primar frente a ella, cuando reconocen más derechos o garantías a las personas<sup>8</sup>.

En los demás países de la región en los que se ha planteado la cuestión de la jerarquía normativa de tratados de derechos humanos en el derecho interno, la tendencia ha sido la de asignarles jerarquía inferior a la Constitución y superior a la legislación ordinaria. Es el caso de Ecuador (artículo 425<sup>9</sup>) y de Guatemala (artículo 46). También es el caso de Argentina, para los tratados internacionales no incluidos en la lista *numerus clausus* de tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional –que es el caso del Convenio 169. En México y Brasil, pese a que el texto constitucional no es muy claro al respecto, se va abriendo lentamente paso la interpretación de la jerarquía supralegal aunque infraconstitucional de los tratados internacionales, aunque aún esta tesis no se ha consagrado definitivamente<sup>10,11</sup>.

En todo caso, y más allá de la solución concreta adoptada, cabe decir que la tendencia normativa y jurisprudencial de la región ha sido la de otorgar un mayor peso a los tratados internacionales sobre derechos humanos, y considerarlos más frecuentemente en las sentencias judiciales.

### 3.3 Tipos de acciones judiciales

Otro de los factores que permite comprender el alcance de la aplicación del Convenio 169 por tribunales de América Latina (y, en su caso del Caribe) es la amplia variedad de acciones judiciales en las que se registra su empleo. Más aun, dentro de esta variedad de acciones, el Convenio se ha usado como argumento de la parte demandante, pero también como excepción o como justificación de defensas de fondo –en algunos casos, por órganos estatales.

Así, por ejemplo, el Convenio 169 fue invocado en acciones de inconstitucionalidad, en acciones de amparo o tutela constitucional, en controversias entre poderes, en acciones político-electorales, en acciones de nulidad en materia contencioso-administrativa, en acciones civiles ordinarias (en las que se discuten asuntos de propiedad o desalojo, por ejemplo), en acciones penales, en acciones que tramitan en el fuero agrario, entre otras. En algunos países –como Chile, Colombia y Guatemala– se permite a actores calificados requerir una opinión sobre la compatibilidad con la constitución de un tratado u otra norma al tribunal al que se le ha asignado el control de constitucionalidad: en esos, el Convenio 169 ha sido objeto de esta consulta al tribunal o corte constitucional.

En cuanto a la variedad de empleo del Convenio 169 por las partes en un proceso, en un número significativo de casos es la comunidad indígena, sus miembros o quien actúa en su representación quien lo invoca. En varios casos, quien invoca el Convenio es el Defensor del Pueblo –en aquellos supuestos en los que la legislación les ha concedido legitimación para iniciar procesos judiciales en defensa de los derechos humanos, de colectivos específicos o de los denominados intereses colectivos o intereses difusos. En algunos casos penales, quienes han traído a colación el Convenio 169 son el Ministerio Público o la Defensa Pública. En otra serie de casos, el Convenio es empleado por autoridades públicas –legislativas o administrativas– como fundamento de medidas de política pública adoptada. Así, por ejemplo, en una sentencia de constitucionalidad de la Corte Constitucional de Colombia, es el Congreso el que justifica la insistencia sobre una ley ante la objeción presidencial, señalando que las disposiciones cuestionadas tienen el objeto de cumplir con las obligaciones internacionales que emanan del Convenio 169<sup>12</sup>. En un caso del Tribunal Constitucional boliviano, es la autoridad administrativa encargada de la reforma agraria la que invoca como defensa el Convenio 169<sup>13</sup>.

En resumen: la experiencia de los tribunales de América Latina muestra una gran riqueza en las posibilidades de invocación del Convenio 169, que no se agotan en absoluto en el litigio de carácter constitucional.

### 3.4 Temas

Si la variedad de acciones es grande, la variedad temática es aún mayor. Las áreas en las que el Convenio 169 es relevante y en las que ha sido utilizado como criterio interpretativo o decisorio son múltiples.

Puede, con todo, señalarse que un porcentaje importante de los casos decididos por los tribunales de la región versan sobre conflictos relativos a tierras y a la explotación

de las riquezas naturales situadas en ellas, y que varios de esos casos se refieren a la consulta y participación de la comunidad en decisiones relativas a estos temas.

Otro porcentaje importante de casos se refiere a las relaciones entre derecho penal estatal y derecho penal consuetudinario, al menos de dos modos: los límites al empleo del derecho penal estatal una vez ejercida la justicia penal comunitaria, y los límites al empleo del derecho penal consuetudinario indígena por la constitución y los instrumentos de derechos humanos.

Por último, se registran también casos que versan sobre una variedad de otros aspectos: el derecho a la educación y a la salud de los miembros de las comunidades indígenas, el respeto de su autonomía política y su forma de elegir autoridades, el respeto de su identidad cultural y símbolos culturales, y la conformación de los órganos estatales responsables de llevar a cabo las obligaciones que en materia de pueblos y comunidades y pueblos indígenas fijan la constitución y el Convenio 169.

### *3.5 Diferentes formas de empleo del Convenio 169 por los tribunales*

Por último, también existen diferencias en el uso que hacen del Convenio 169 los distintos tribunales de la región. Algunas de estas diferencias son consecuencia de la distinto *status* del Convenio en el derecho interno, pero este factor no alcanza a explicar completamente la variedad de formas de invocación registradas. Al menos dos variables pueden ser útiles para captar distintos matices e ilustrar más claramente la cuestión.

Por un lado, existe una diferencia entre aquellos casos en los que los tribunales aplican directamente las normas del Convenio 169, y aquellos otros en los que el Convenio se emplea como instrumento o estándar interpretativo de otras normas. Esta diferencia no responde exactamente a la de naciones monistas o dualistas: aunque la mayoría de los países de la región han adoptado un régimen monista en materia de relaciones entre derecho internacional y derecho interno, muchos tribunales de la región no suelen aplicar directamente normas internacionales –tal vez por la primacía de una tradición legalista, proveniente de la cultura de la codificación. Aun en estos casos, el Convenio 169 se ha abierto paso como herramienta interpretativa de otras normas –a veces, de normas constitucionales y, otras veces, de normas legales y de otras normas infraconstitucionales.

Una segunda distinción útil es la del uso de la norma o estándar interpretativo ofrecido por el Convenio 169 como argumento principal para decidir una cuestión, frente a su uso “a mayor abundamiento”, es decir, su empleo como argumento suplementario o simplemente ilustrativo. En efecto, si bien en muchos casos el criterio ofrecido por el Convenio 169, o por la interpretación de una norma nacional a la luz o en armonía con el Convenio 169 –“interpretación conforme”– constituye el fundamento de la decisión, en muchos otros el Convenio se cita, ya decidida la cuestión, como argumento que puede reforzar o complementar el criterio decisorio –es decir, agrega algún peso argumentativo a las razones que se habían formulado sobre la base de otra norma. En algunos casos, los jueces parecen construir un argumento en dos fases: la primera sobre la base de normas nacionales, y la segunda, en la que se señala que la solución elaborada sobre la base del derecho nacional no viola, sino que está en línea, con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

Se trata, sin embargo, de matices distintos que van coloreando la gradual introducción de criterios provenientes del derecho internacional en el derecho interno. En uno u otro caso, los jueces nacionales han cobrado mayor conciencia de la necesidad de asumir seriamente las obligaciones internacionales del Estado, y en traducirlas en criterios de decisión judicial en caso de conflicto.

#### 4. Reseña de casos

He elegido agrupar algunos casos ejemplificativos a partir de criterios temáticos, tomando en consideración cuestiones que son indicativas de la relevancia del Convenio 169 de la OIT para las reivindicaciones de los pueblos y comunidades indígenas, y que han merecido decisiones judiciales en distintos países. Así, reseñaré casos relacionados con cuatro grupos temáticos: a) los reclamos de titularización colectiva de las tierras ancestrales de los pueblos y comunidades indígenas; b) el derecho de los pueblos y comunidades de ser consultados antes de la toma de decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses; c) las obligaciones positivas del Estado en situaciones de extrema carencia de los pueblos y comunidades indígenas; y d) aplicaciones del Convenio 169 en relación con el derecho penal.

##### *4.1 Los reclamos de titulación colectiva de las tierras ancestrales de los pueblos y comunidades indígenas*

No es de extrañar que uno de los reclamos más importantes de los pueblos y comunidades indígenas sea el del reconocimiento de la titularidad de sus tierras ancestrales. La tierra constituye uno de los rasgos identitarios de los pueblos y comunidades indígenas, definitorio de su modo de vida y de su cosmovisión. La tierra tiene, para los pueblos y comunidades indígenas, un significado religioso, y constituye además la base de su economía, que está pautada generalmente por los ciclos de la naturaleza. Una característica particular de las reivindicaciones indígenas sobre la tierra es el reclamo de su propiedad colectiva, a nombre del pueblo o la comunidad como sujeto titular, y no en términos de propiedad individual de los miembros de la comunidad. En América Latina, la tierra ancestral de los pueblos y comunidades indígenas ha sido objeto frecuente de despojo y de expropiación por parte de autoridades estatales y de terceros. La estrecha relación de los pueblos y comunidades indígenas con la tierra ha llevado a señalar que el reconocimiento de su propiedad colectiva constituye una condición para la misma supervivencia de aquellos pueblos o comunidades.

Dada la importancia del tema, la jurisprudencia de la región no ha sido ajena a estos reclamos, en los que la invocación del Convenio 169 de la OIT ha jugado un papel relevante. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, ha empleado el Convenio 169 como estándar interpretativo del derecho de propiedad para aquellos casos en los que está en juego un reclamo sobre el territorio ancestral de pueblos y comunidades indígenas<sup>14</sup>.

En el caso *Yakye Axa*<sup>15</sup>, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se enfrentó con un reclamo de titulación del territorio ancestral de una comunidad

indígena de cazadores-recolectores del Chaco paraguayo, en situación de extrema pobreza. Sus territorios ancestrales se encuentran bajo la propiedad privada de terceros. En el caso, se alegó que la falta de acción efectiva del gobierno de Paraguay para reconocer la personalidad jurídica de la comunidad indígena y para concederle la titularidad de sus tierras ancestrales, llevó a la comunidad a asentarse en espera de la respuesta a sus reclamos en un paraje inhóspito, en condiciones de vida sumamente precarias. La falta de acceso a servicios sanitarios y a medios de subsistencia causó la muerte a muchos miembros de la comunidad. Dadas las condiciones del asentamiento, los niños de la comunidad se vieron privados de alimentación, salud, vestido y educación adecuados. Se imputó al Estado la violación de los derechos a la vida, a la propiedad privada, al debido proceso y a la protección judicial.

En lo que aquí interesa, la Corte Interamericana consideró que, a efectos de interpretar el alcance del derecho de propiedad –y de los derechos a la vida y al debido proceso y a la protección judicial– cuando se trata de pueblos indígenas, debe acudirse al Convenio 169<sup>16</sup>. En ese sentido, el tribunal recuerda que “la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras”<sup>17</sup>. En particular, la Corte señala que

*(l)o anterior guarda relación con lo expresado en el artículo 13 del Convenio N° 169 de la OIT, en el sentido de que los Estados deberán respetar ‘la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación’<sup>18</sup>.*

En el caso, la Corte considera que el tiempo transcurrido desde el inicio de los reclamos de la comunidad, sin que el Estado haya hecha efectiva la titulación de sus territorios ancestrales, configuró una violación del derecho de propiedad de la comunidad.

Además, el tribunal interamericano acude al Convenio 169 para determinar el alcance de las medidas que el Estado debe adoptar para restituir a la comunidad la titularidad de sus tierras ancestrales, dada la situación de ocupación de esas tierras por propietarios privados. Al respecto, la Corte invoca el artículo 16.4 del Convenio 169, que señala que cuando el retorno de los pueblos a sus tierras ancestrales no sea posible,

*dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.*

La Corte agrega que el pago de una justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, sino que deben ser –conforme a una interpretación integral del Convenio 169 de la OIT y de la Convención Americana– consensuadas con los pueblos interesados, de acuerdo con sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario<sup>19</sup>.

La Corte Interamericana ha repetido esta doctrina en los casos **Sawhoyamaxa**<sup>20</sup> y **Saramaka**<sup>21</sup>.

Algunos tribunales locales han debido resolver también planteamientos similares. Un caso resuelto por los tribunales ordinarios argentinos ofrece un buen ejemplo de interpretación de la ley común —en este caso, de la noción de propiedad del Código Civil— a la luz de los estándares establecidos por el Convenio 169 de la OIT. Se trata del caso de la comunidad de **Quera y Aguas Calientes**<sup>22</sup>, de la provincia de Jujuy, en el norte de la Argentina, en el que un tribunal de la justicia civil y comercial decidió sobre un pedido de usucapión (prescripción adquisitiva) iniciado por una comunidad indígena. La particularidad del pedido era el reclamo de titulación colectiva o comunitaria de la tierra, a nombre de la comunidad como sujeto titular —y no de sus miembros individuales.

La demanda señala la titularidad de derechos de la comunidad como tal, haciendo referencia a normas de la Constitución argentina, y al concepto de pueblo indígena, a partir del artículo 1 del Convenio 169 de la OIT. Señala también la relación especial, cultural y espiritual que el indígena tiene con la tierra y con los territorios que ocupa en forma colectiva, reconocida por el citado convenio de la OIT, del que la Argentina es parte.

Por su parte, el Estado provincial pide que se rechace la demanda, señalando que la comunidad sólo adquirió su personalidad jurídica comunitaria en 1996, de modo que no pudo haber transcurrido el período de veinte años necesario para la prescripción adquisitiva.

El tribunal considera que el reconocimiento jurídico de la personalidad jurídica de la comunidad sólo es el acto que formaliza la preexistencia de la comunidad: al momento de solicitar su personalidad jurídica, el pueblo debió acreditar que poseía comunidad de lengua, religión, conservación de sus costumbres, identificación al grupo, voluntad de pertenencia comunitaria del suelo, y elección libre de sus representantes, entre otros requisitos. De modo que el otorgamiento de personalidad es meramente declarativo, y no constitutivo de la personalidad jurídica de la comunidad. El tribunal señala que, a partir de la reforma constitucional de 1994;

*la norma constitucional pretende que el otorgamiento de la personería jurídica sirva para hacer operativo un derecho ya existente, es decir que la norma fundacional no lo establece desde entonces, sino que declara su preexistencia y pretende que se haga efectivo, garantizando, entre otros derechos, el de la propiedad de la tierra en forma comunitaria. En otras palabras, se reconoce que las comunidades aborígenes son preexistentes al Estado Nacional [...] y se adoptan, entre las medidas tuitivas, la asignación de las tierras ‘que tradicionalmente ocupan’, con lo que evidentemente se garantiza el derecho a la propiedad de las tierras que dichas comunidades vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas.*

Lo interesante del caso es que un tribunal civil y comercial, acostumbrado a decidir litigios individuales de propiedad y societarios, debe aplicar directamente normas constitucionales y el Convenio 169 para ajustar las instituciones del derecho privado a la noción de sujeto colectivo preexistente a su reconocimiento jurídico (es decir, la

comunidad indígena) y a la noción de propiedad colectiva o comunitaria de la tierra. Para ello, tiene que hacer una interpretación conforme a las normas constitucionales e internacionales, del requisito de la posesión de veinte años –establecido por el Código Civil para la usucapión– cuando se trata de su aplicación a la comunidad indígena. Así, el tribunal señala que:

*la comunidad aborígen que ha obtenido recientemente su personería jurídica, no se trata estrictamente de un sucesor universal o particular en los términos del derecho privado, pero debemos tener en cuenta que nos encontramos conque nuestro derecho positivo ha incorporado un concepto nuevo de propiedad, el de propiedad comunitaria, conforme el cual, el ejercicio de la posesión no se hace por una persona física determinada, sino por el grupo que forma esa comunidad.*

A partir de prueba testimonial y de la visita a la comunidad, el tribunal consideró que el sujeto intergeneracional “comunidad indígena” no sólo cumplía con el requisito de posesión pacífica e ininterrumpida por veinte años, sino que había estado en posesión de sus territorios desde épocas prehispánicas. Por ende, da por probada la posesión pacífica e ininterrumpida de la comunidad, y acepta la demanda, concediendo a la comunidad la titularidad colectiva de la parcela reclamada.

#### ***4.2 El derecho de los pueblos y comunidades de ser consultados antes de la toma de decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses***

Uno de los temas de mayor trascendencia en materia de derechos de los pueblos indígenas en la región es el vinculado con el derecho de los pueblos y las comunidades a ser consultados adecuadamente antes de que las autoridades públicas tomen decisiones que puedan afectarlos. Entre estas medidas se encuentran, por ejemplo, aquellas que involucren la explotación de recursos naturales que se encuentren en su territorio, la realización de obras de infraestructura que puedan afectar ese territorio, la prestación del servicio educativo en las comunidades indígenas, y el diseño de planes de desarrollo para los pueblos y comunidades indígenas. En tanto requisito procedimental que debe ser cumplido necesariamente antes de la toma de decisiones, su falta de cumplimiento determina la invalidez de las medidas tomadas sin respetar la exigencia de consulta. El instrumento internacional vinculante donde este derecho aparece plasmado con mayor claridad es el Convenio 169 de la OIT<sup>23</sup>.

La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentado jurisprudencia en la materia<sup>24</sup>. Reseñaré aquí, sin embargo, varios casos decididos por tribunales nacionales.

La Corte Constitucional de Colombia ha establecido claramente la necesidad de consulta a los pueblos indígenas, fijando las bases de interpretación de la exigencia de una “consulta apropiada”, e invalidando actos administrativos y legislativos adoptados sin cumplir plenamente con ese requisito. Dos importantes casos pueden ilustrar este temperamento.

En la sentencia SU-039/97<sup>25</sup>, verdadero *leading case* continental sobre la cuestión, la Corte Constitucional debió considerar una acción de tutela (equivalente

al amparo en Colombia) presentada por el Defensor del Pueblo, en representación de un grupo de integrantes de la comunidad indígena U'wa, contra el Ministerio del Medio Ambiente y la Sociedad Occidental del Colombia Inc., por considerar que los demandados vulneraron los derechos de la comunidad al no efectuar de manera completa y seria el proceso de consulta previa al otorgamiento de una licencia de la exploración de hidrocarburos dentro de su territorio. De acuerdo con la demanda, sólo se realizó una reunión con algunos líderes de la comunidad, y ello no satisface el trámite de consulta adecuada. El Defensor del Pueblo solicitó, por ende, la suspensión de la concesión de la licencia ambiental, y la adopción de las medidas necesarias para llevar a cabo el trámite de consulta previa a la comunidad y para la protección de los derechos de la comunidad indígena. También se solicitó, en acción separada, la nulidad del acto administrativo que otorgó la licencia ambiental y su suspensión provisional. Ambas acciones judiciales se fundan, además, en la violación de los derechos de los indígenas, al territorio, a la autodeterminación, a la lengua y a la cultura étnica –dado que la explotación de recursos naturales no renovables está condicionada a la preservación de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y a la participación de los representantes en dichas decisiones, tal como lo prescriben los artículos 6 y 15 del Convenio 169.

En su decisión, la Corte Constitucional subraya que no sólo los individuos miembros de las comunidades indígenas son sujetos de derechos, sino que la Constitución también reconoce que también lo es la comunidad como colectivo. Luego, señala que los intereses de explotación de recursos naturales para garantizar un desarrollo sostenible, y el derecho de conservación de la identidad cultural, étnica, económica y social de las comunidades asentadas en los territorios explotados deben ser armonizados. La forma de armonización y equilibrio de estos intereses es la creación de un mecanismo de participación de las comunidades en la toma de decisiones que las afectan. La Corte señala que se trata de un derecho fundamental, ya que este es el mecanismo mediante el cual se asegura la subsistencia de las comunidades como grupo social, afirmando que el Convenio 169 forma parte del llamado “bloque de constitucionalidad” –que requiere la interpretación integrada de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política y en los demás instrumentos normativos que integran ese bloque. En consecuencia, la interpretación armónica de la Constitución y del Convenio 169 exige el derecho a la consulta de los pueblos indígenas para la explotación de los recursos. La consulta debe buscar el conocimiento pleno de la comunidad respecto al proyecto y de los efectos que causaría en su entorno social, cultural, económico y político, y la valoración de sus ventajas y desventajas. Las comunidades afectadas deben ser escuchadas y, de no existir acuerdo, la actuación de la administración no debe ser autoritaria o arbitraria, sino objetiva, razonable y proporcional. En todo caso deben arbitrase los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros.

La Corte concluyó que no se llevó a cabo de manera completa e idónea el proceso de consulta previa de las comunidades indígenas U'wa en relación con el proyecto de exploración de hidrocarburos, pues a las reuniones realizadas asistieron diferentes miembros de las comunidades, pero no sus representantes. Tampoco se

llevó a cabo una reunión planeada para revisar los efectos del proyecto —que no se realizó porque que la licencia ya había sido expedida. Por tanto, por no realizarse el trámite de consulta con los parámetros establecidos, y en previsión de los posibles perjuicios que la ejecución del proyecto pudiera causar a la comunidad indígena, la Corte consideró violados los derechos a la participación, a la integridad étnica, cultural, social y económica y al debido proceso de la comunidad U'wa. La sentencia concedió el amparo transitorio, ordenó suspender la licencia ambiental y realizar la consulta debida.

Esta doctrina ha sido reiterada y aplicada en sentencias posteriores<sup>26</sup>.

En un caso reciente, de suma trascendencia institucional, la Corte Constitucional colombiana lleva aún más lejos esta doctrina, al declarar la inconstitucionalidad de una ley por falta de consulta adecuada a las comunidades indígenas y afrodescendientes que resultarían potencialmente afectadas por esa norma. En efecto, en la sentencia C-030/08<sup>27</sup> la Corte Constitucional tuvo la ocasión de considerar una demanda de inconstitucionalidad de la denominada la Ley General Forestal (Ley 1021 de 2006), por haberse omitido la consulta previa establecida por el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT a las comunidades indígenas y afrodescendientes afectadas.

La Corte Constitucional reiteró la línea jurisprudencial trazada en materia de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural como principio constitucional y fundamento de la nacionalidad colombiana. Destacó que esa especial protección se traduce en el deber de adelantar procesos de consulta con las comunidades indígenas y tribales para la adopción y la ejecución de decisiones susceptibles de afectarlas, deber que surge de diversas normas constitucionales y del Convenio 169 de la OIT.

Sin embargo, dado que en el caso se cuestionaba la sanción de una ley sin consulta previa, la Corte agregó nuevos criterios a su jurisprudencia anterior. Así, la Corte señaló que, cuando se trata de proyectos de ley, el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente. La Corte aclaró, de todos modos, que la afectación directa puede darse tanto cuando el legislador decida expresamente regular las materias previstas por el Convenio 169, como cuando la medida, pese a su alcance general, repercuta de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales. La Corte también agregó algunas consideraciones sobre la oportunidad y modo de realización de la consulta en caso de medidas legislativas, y sobre las posibles consecuencias jurídicas de su incumplimiento.

La Corte consideró que, pese a que existen en la ley previsiones conforme a las cuales se preservaba la autonomía de las comunidades indígenas y afrocolombianas para los aprovechamientos forestales en sus territorios, la norma también establece políticas generales, definiciones, pautas y criterios susceptibles de afectar las áreas en las que de manera general se encuentran asentadas las comunidades indígenas y afrodescendientes, con la posibilidad de que ello repercuta sobre sus formas de vida y sobre la relación estrecha que mantienen con el bosque. De modo que, de acuerdo con el tribunal, la adopción de la ley debió haberse consultado con esas comunidades, para buscar aproximaciones sobre la manera de evitar que la misma las

afectara negativamente, e incluso sobre el contenido mismo de las pautas y criterios que, aún cuando de aplicación general, pueden tener una repercusión directa sobre los territorios indígenas y tribales, o sobre sus formas de vida. La falta de consulta determinó, para la Corte, la inconstitucionalidad de la norma.

La Corte fija además las pautas que deben cumplirse para que la consulta puede considerarse válida: poner en conocimiento de las comunidades el proyecto de ley; ilustrarlas sobre su alcance y sobre la manera como podría afectarlas y darles oportunidades efectivas para que se pronuncien sobre el mismo.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica ha seguido un camino similar, al declarar inconstitucional la adjudicación de una concesión de exploración y explotación de hidrocarburos a una empresa privada por parte del poder Ejecutivo, por falta de realización de una consulta previa adecuada a los pueblos y comunidades indígenas afectados. En su voto **8019** del año 2000, la Corte decidió una demanda de amparo en ese sentido, iniciada por asociaciones de desarrollo de comunidades indígenas y otros litigantes, y fundada, entre otras normas, en la violación del Convenio 169 de la OIT<sup>28</sup>.

El tribunal decidió que las autoridades incumplieron con el requisito de la consulta previa a las comunidades indígenas, tal cual es establecido por el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT. La Sala interpreta el derecho de las comunidades a ser consultadas como un requisito necesario para la participación y respeto de las minorías en una democracia. La Sala Constitucional da por probado que el Ministerio respectivo omitió la convocatoria a consulta, que resultaba obligatoria, y que el acto no quedó saneado por la publicidad del proceso de licitación en la prensa. En consecuencia, hizo lugar al amparo y anuló el acto de adjudicación.

Un último ejemplo proviene del Tribunal Constitucional del Ecuador. También este tribunal debió considerar, en el caso **Arcos v. Dirección Regional de Minería**<sup>29</sup>, una demanda de amparo –iniciada por el Defensor del Pueblo, en representación de los derechos de comunidades indígenas chachis y de comunidades afrodescendientes de la provincia de Esmeraldas– dirigida contra la concesión, por parte de las autoridades gubernamentales, una empresa minera privada para “prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar y comercializar minerales” existentes en un bloque situado en el territorio de las comunidades. Entre otros agravios, la demanda se funda en el incumplimiento de la obligación de consulta previa a las comunidades afectadas, invocándose en ese sentido el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT.

El amparo alega que la concesión y el inicio de las actividades mineras provocará daños irreparables a los recursos naturales, a la salud y vida de las familias de las comunidades que habitan la zona, y viola los derechos colectivos de los pueblos negros e indígenas, al haberse ignorado los requisitos de la consulta previa obligatoria a las comunidades y la licencia y evaluación de impacto ambiental.

El Tribunal Constitucional confirmó la sentencia de primera instancia y ordenó la suspensión de la concesión minera impugnada, dando por probado que la concesión minera afectaría ambientalmente a los centros chachis y pueblos negros que habitan en la zona y alteraría sus modos de vida. El tribunal subraya que tanto la Constitución como el Convenio 169 de la OIT requerían la realización de una consulta previa

*para evaluar los efectos de la explotación en la vida de los pueblos, determinar si sus intereses serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. De allí que constituya un imperativo la realización de la consulta, cuya omisión determina la ilegitimidad del acto impugnado.*

Es interesante señalar también que una de las defensas presentadas por el Estado fue la falta de reglamentación legal de la consulta. El Tribunal Constitucional rechazó tal argumento, sosteniendo que no puede alegarse para desconocer el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a ser consultados su falta de reglamentación legal.

#### ***4.3 Las obligaciones positivas del Estado en situaciones de extrema carencia de los pueblos y comunidades indígenas***

Otra de las áreas en las que los tribunales de América Latina han producido sentencias de sumo interés es el de las obligaciones positivas del Estado en aquellos casos en los que los pueblos indígenas se enfrentan a situaciones de carencia extrema. Una parte importante de estos casos se refiere al cumplimiento de obligaciones positivas relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos y comunidades indígenas –y, específicamente, con el cumplimiento de las denominadas obligaciones mínimas esenciales de estos derechos. En muchos de estos casos se trata de situaciones en las que, debido al incumplimiento de niveles esenciales de derechos tales como el derecho a la alimentación o el derecho a la salud, la vida de los miembros de las comunidades, y en algunos casos la subsistencia misma de la comunidad, está en riesgo.

El Convenio 169 ofrece, al respecto, un abordaje rico, ya que articula varias facetas que se desprenden de una comprensión compleja del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación. Por un lado, obliga al Estado a adoptar medidas para promover la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas sin discriminación –es decir, subraya la obligación de no excluir a los pueblos indígenas de las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales (artículos 2.2., a y b, y artículo 3). Más aún, el Convenio establece la obligación específica de adoptar medidas para eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional (artículo 2.2., c). Por otro lado, exige del Estado que las medidas adoptadas a estos efectos respeten la identidad, la integridad y formas de vida específicas de los pueblos y comunidades indígenas, sin que las medidas especiales puedan menoscabar los derechos generalmente reconocidos al resto de la población (artículos 2.2., b 3.2. y 4). El Convenio 169 también requiere la participación de los propios pueblos y comunidades indígenas en la determinación de su desarrollo (artículos 2.1. y 4.2.).

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha marcado la pauta, desarrollando una interpretación extensiva del derecho a la vida. Dos de los casos que ya he mencionado, *Yakye Axa v. Paraguay* y *Sawhoyamaya v. Paraguay*, abordan el alcance de las obligaciones positivas del Estado derivadas del deber de garantizar ese derecho<sup>30</sup>. En ambos casos, la falta de acceso de las respectivas comunidades indígenas a sus tierras ancestrales y la consecuente imposibilidad de satisfacer sus

necesidades básicas a través de sus propios medios tradicionales redundaron en una situación de carencia extrema, traducida en un serio cuadro de desnutrición, de alta incidencia de enfermedades evitables y de muertes causadas por estas.

La Corte interpreta el derecho a la vida en sentido amplio, derivando de él la obligación estatal de asegurar las condiciones para una vida digna. En el caso *Yakye Axa*, el tribunal sintetiza su doctrina del siguiente modo:

*Este Tribunal ha sostenido que el derecho a la vida es fundamental en la Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. Al no respetarse el derecho a la vida, todos los demás derechos desaparecen, puesto que se extingue su titular. En razón de este carácter fundamental, no son admisibles enfoques restrictivos al derecho a la vida. En esencia, este derecho comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna.*

*Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de 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, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria<sup>31</sup>.*

La Corte ha identificado, entre estas obligaciones, deberes relacionados con el acceso a servicios de salud, educación, agua potable y a alimentación, y ha puesto énfasis en la necesidad de tomar en consideración, al adoptar medidas para cumplir con tales obligaciones, tanto la identidad como la vulnerabilidad de los pueblos y comunidades indígenas, en línea con el Convenio 169 de la OIT –considerado por la Corte parte del *corpus juris* internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas. Así, el tribunal ha sostenido lo siguiente:

*En el presente caso, la Corte debe establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del corpus juris internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT<sup>32</sup>.*

En ambos casos la Corte Interamericana decidió que el Estado incumplió con estas obligaciones positivas, y lo condenó por violaciones al derecho a la vida. Entre las medidas de reparación, la Corte ordenó la provisión de servicios esenciales para cubrir las necesidades básicas de las comunidades indígenas afectadas<sup>33</sup>.

Ante hechos semejantes, la Corte Suprema de Argentina ha respondido vigorosamente ante una demanda presentada por el Defensor del Pueblo contra el Estado nacional y la Provincia del Chaco, denunciando la situación de extrema miseria de comunidades de la etnia toba, habitantes de la provincia<sup>34</sup>. La demanda reclamaba el cumplimiento por parte del Estado de su obligación de adoptar acciones positivas en relación con la situación de los pueblos indígenas, de acuerdo con la Constitución y la legislación argentina, y el Convenio 169 de la OIT.

La demanda señala que la población indígena se halla en una grave situación socioeconómica, a consecuencia de la cual la mayoría de la población padece de enfermedades endémicas que son producto de la pobreza extrema, y carece de alimentación adecuada, de acceso a agua potable, de atención médica, y de vivienda digna. Denuncia que, a raíz de esa situación, en el mes anterior a la presentación de la demanda se han registrado 11 muertes.

La Corte argentina consideró que las afirmaciones del Defensor del Pueblo eran verosímiles, y ordenó liminarmente al Estado:

- a) informar a la Corte, relación con las medidas de protección de la comunidad indígena que habita en la región: 1) comunidades que pueblan esos territorios y cantidad de habitantes que las integran; 2) presupuesto para la atención de los asuntos indígenas y destino de los recursos fijados en las leyes respectivas; 3) ejecución de programas de salud, alimentarios y de asistencia sanitaria; 4) ejecución de programas de provisión de agua potable, fumigación y desinfección; 5) ejecución de planes de educación; y 6) ejecución de programas habitacionales;
- b) comparecer en audiencia pública ante la Corte Suprema para presentar y discutir la información solicitada; y
- c) como medida cautelar, suministrar agua potable y alimentos a las comunidades indígenas que habitan en la región afectada, como así también de un medio de transporte y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios.

También la Corte Constitucional colombiana ha tenido la oportunidad de decidir sobre esta temática. En la sentencia T-704/06, el tribunal debió considerar una demanda de tutela, iniciada por la asociación de jefes de una comunidad indígena en situación de extrema pobreza contra autoridades municipales y nacionales<sup>35</sup>. La comunidad denuncia la omisión de las autoridades involucradas en hacer efectiva la entrega de partidas presupuestarias destinadas a la comunidad y correspondientes a un período de cuatro años. De acuerdo con la demanda, la autoridad municipal de Uribe no hizo entrega de las partidas correspondientes, y se niega a incluir el reconocimiento de la deuda anterior en el convenio interadministrativo necesario

para formalizar la ejecución de las partidas. La demanda se dirige también contra las autoridades nacionales que debieron fiscalizar la entrega de fondos y no lo han hecho. Los representantes de la comunidad alegan violaciones a los derechos a la dignidad humana, a la participación, a la autonomía de las comunidades indígenas, al reconocimiento de la diversidad cultural, a no ser discriminado por razones culturales, a la salud, a la educación, al reconocimiento de la personería jurídica y a peticionar a las autoridades, de acuerdo con normas constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos, incluido el Convenio 169 de la OIT.

La Corte recuerda las obligaciones constitucionales y las internacionales asumidas por el Estado colombiano en materia de respeto a la subsistencia e identidad cultural de los pueblos indígenas, refiriéndose de manera destacada al Convenio 169 de la OIT. El tribunal señala que el Estado está obligado a poner en marcha acciones positivas para el pleno goce de estos derechos por las comunidades indígenas, subrayando la estrecha relación entre el goce de derechos económicos, sociales y culturales, y el goce del derecho a la subsistencia e identidad cultural. Esto se traduce en la obligación de aportar a las comunidades indígenas, en especial a aquellas más postergadas, los recursos necesarios para satisfacer tales derechos. Destaca también que, pese a la existencia de regímenes descentralizados de repartición de competencias en un Estado, rigen los principios de coordinación, subsidiaridad, concurrencia y solidaridad —de acuerdo con los cuales, todas las entidades territoriales involucradas tienen responsabilidad en asegurar que los recursos lleguen efectivamente a las comunidades indígenas.

En el caso concreto, el tribunal da por probado que, pese a que los recursos fueron girados al municipio, esta entidad no los entregó a la comunidad, y que tampoco consta que los haya reservado. No obstante, la Corte también declara responsables de la violación del derecho de la comunidad indígena a los órganos departamentales y nacionales, por falta de controles sobre la efectiva entrega de los fondos a las comunidades. La Corte señala también que el Estado tenía la obligación de capacitar a la comunidad para que fiscalizara adecuadamente la entrega de los recursos —obligación que tampoco fue cumplida. En conclusión, la Corte declara violados los derechos al respeto de la dignidad humana, a la salud, a la educación, a la participación y a la autonomía de las comunidades indígenas, y a no ser discriminado por razones culturales. La Corte dispone, como forma de reparación, la entrega de los recursos que correspondían a la comunidad indígena y no fueron entregados, dividiendo la carga financiera entre los órganos declarados responsables. Ordena también al municipio la firma del convenio interadministrativo necesario para la entrega de los fondos.

Por su parte, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica dictó sentencia favorable a una comunidad indígena ante una demanda de amparo promovida por la Asociación de Desarrollo de la Reserva Indígena de Guaymí de Osa, en la que se denuncia la omisión de las autoridades administrativas de prestar la colaboración necesaria para reparar un puente arrasado debido a las fuertes lluvias de la zona<sup>36</sup>. La población de la Reserva Indígena de Guaymí quedó incomunicada por varios días, viéndose los pobladores obligados a cruzar el río a nado o a caballo. Las autoridades desoyeron el pedido, bajo la excusa de que no se prorrogó la plaza

de maestro de obras, que era la necesaria para realizar la reparación solicitada. La Asociación alegaba la violación, entre otras normas, del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

La Sala Constitucional acepta los argumentos de la demanda, y considera que el órgano administrativo no tomó las medidas necesarias para superar la situación de emergencia y para garantizar el acceso de la comunidad a los centros de salud y educación, entre otros. El tribunal emplea el Convenio 169 para subrayar las obligaciones positivas que le caben al Estado en materia de garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas. En consecuencia, declara con lugar el recurso y ordena al órgano administrativo competente tomar las medidas pertinentes para restaurar el puente sobre el río Rincón sin dilación.

#### *4.4 Aplicaciones del Convenio 169 en relación con el derecho penal*

El Convenio 169 incluye también aspectos vinculados con la aplicación del derecho penal, que han sido igualmente objeto de consideración por parte de tribunales de distintos países de América Latina.

Esquemáticamente, puede señalarse que el Convenio 169 requiere, por un lado, el respeto del sistema de justicia propio de los pueblos o comunidades indígenas, con el límite de la observancia de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución y por los derechos humanos internacionalmente reconocidos (artículo 9.1). Por otro lado, en aquellos casos en que personas indígenas sean sometidas a la justicia penal estatal, el Convenio 169 impone algunas garantías específicas, como el derecho a un intérprete (artículo 12), la preferencia por las penas no privativas de libertad, cuando ello sea posible (artículo 10.2), y el deber de las autoridades judiciales de tener en cuenta las costumbres y características culturales de los pueblos indígenas en materia penal (artículos 9.2 y 10.1).

Varios ejemplos de la justicia penal guatemalteca pueden ilustrar el sentido de la aplicación del Convenio 169 en esta materia.

Así, el respeto por las decisiones judiciales de la comunidad indígena en materia penal ha determinado el sobreseimiento de causas penales en sede de la justicia estatal, cuando sobre la misma cuestión ya hubiera recaído resolución por parte de las autoridades comunitarias, por aplicación del principio *ne bis in idem*. Esta ha sido la tesis sostenida por el Juzgado de Primera Instancia Penal, de Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Totonicapán, en un caso en el que el Ministerio Público inició una investigación penal por robo agravado contra tres indígenas, cuando constaba que el hecho había sido juzgado previamente por las autoridades de la comunidad indígena, que ya había impuesto una sanción a los responsables. El juez señala que del reconocimiento de la validez jurídica de la sanción aplicada por la comunidad se desprende la imposibilidad de aplicar nuevas sanciones penales a los responsables, y decreta su sobreseimiento, con cita expresa del Convenio 169 de la OIT<sup>37</sup>.

La consideración de las costumbres y de cultura de los pueblos indígenas ha llevado también a los jueces a sostener la atipicidad penal de ciertas conductas, y por ende al sobreseimiento o absolución de los imputados o acusados. Al respecto,

es ejemplificativa la sentencia de un juzgado de paz del Municipio de San Luis, en el Departamento del Petén, en el norte de Guatemala. Se trata de un proceso penal iniciado contra un miembro de una comunidad indígena por denuncia de agentes de la Policía Nacional. Se le imputaba el delito de “tráfico de tesoros nacionales”. De acuerdo a la autoridad policial, el imputado comerciaba con objetos de valor arqueológico, trasladándolos de una comunidad a otra.

El juez desestima la acción penal, dando por probado que el imputado es un sacerdote maya. El juez también tiene por acreditado que el imputado ha trasladado los objetos de valor histórico y cultural para la práctica de los rituales y ceremonias mayas, y no con la intención de negociarlos o comercializarlos. Se funda en normas constitucionales y en el Convenio 169 de la OIT<sup>38</sup>. De acuerdo con la sentencia:

*[El] Inciso a) del Artículo 5 [del Convenio 169], establece: “Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente.” El inciso b) del precitado artículo, del mismo convenio establece que deberán respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos. Consecuentemente el numeral 1, del artículo 8 del Instrumento Internacional mencionado, establece: “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus COSTUMBRES O SU DERECHO CONSUETUDINARIO.” El numeral 2, del precitado artículo establece: “dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.” Lo que implica para las instituciones Estatales, incluyendo los tribunales, que como principio fundamental, deben respetarse instituciones y costumbres de los pueblos indígenas. Tomando en cuenta lo que establece el numeral 1 del Artículo 9 del Convenio 169 de la OIT, el que establece: “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Pero si en el derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígenas se encuentra instituida una figura o autoridad comunitaria; las instituciones creadas mediante legislación estatal, incluyendo el Organismo Judicial, no deben recriminarla u observarla como la comisión de un delito, siempre y cuando se esté dedicando a la actividad que por práctica u observancia de la costumbre le pertenece, es decir si desarrolla una actividad propia de la institución de la Comunidad indígena; sino al contrario deben respetar y distinguir las instituciones que paralelamente funcionan dentro del Derecho Indígena, en algún momento las instituciones gubernamentales especialmente el Organismo Judicial, que por norma Constitucional está llamado a impartir Justicia, deben hacer una clara distinción entre la Ley y la Justicia, ya que Nuestro Derecho Indígena, que goza de reconocimiento Internacional, tiene también sus instituciones, en tal sentido no debe aplicarse la ley, sino una Justicia Pronta y*

*cumplida; esta interpretación se hace de conformidad con el numeral 2, del artículo 9, del mismo instrumento Internacional citado, el que establece: “Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.”*

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Guatemala, constituida en tribunal de amparo, decidió que la imposición de la obligación de llevar uniforme a las mujeres indígenas privadas de libertad en una institución penitenciaria, y la correlativa prohibición de uso de su traje típico, viola la obligación de respetar las costumbres y la cultura de los pueblos indígenas, afectando el derecho a la identidad cultural<sup>39</sup>. La acción fue iniciada por el Procurador de los Derechos Humanos (Defensor del Pueblo), con base en diversas normas del Convenio 169 de la OIT. El tribunal sostuvo que la prohibición de usar el traje típico constituye un causa de discriminación hacia los grupos indígenas y en especial hacia las mujeres indígenas. La Corte señala la incompatibilidad de la resolución con la obligación estatal de reconocer, respetar y promover la cultura y tradiciones de los pueblos indígenas, entre los que se cuenta el uso del traje típico:

*[U]niformar a reclusos o reclusas que representan al pueblo maya como en el presente caso, constituye una flagrante discriminación y una contravención al artículo 66 de la Constitución Política de la República que reconoce que Guatemala está formada por diversos grupos étnicos, entre los que figuran los grupos indígena de ascendencia maya.*

*Que el Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres y dialectos; por otra parte, no puede aceptarse que en forma arbitraria y sin ninguna base legal ni justificación se pretenda uniformar a miembros de los grupos indígenas de ascendencia maya en un acto que evidentemente constituye una discriminación a estos ciudadanos, sin perjuicio de los hechos por los que están sujetos a los tribunales.*

En consecuencia, ordenar dejar sin efecto la resolución administrativa y restituir el derecho a usar el traje típico a las internas afectadas.

También al Tribunal Constitucional de Bolivia le ha tocado considerar cuestiones relacionadas con la aplicación de sanciones penales por la comunidad. En la **Sentencia Constitucional 295/03**, el tribunal debió atender una demanda de amparo constitucional interpuesta por un matrimonio de miembros de la una comunidad indígena a quienes la comunidad había impuesto —aunque no ejecutado— la sanción de expulsión y la amenaza de corte del suministro de energía y de agua<sup>40</sup>. Los impugnantes alegaban que la sanción infringía “sus derechos al trabajo, a ingresar, permanecer y transitar libremente por el territorio nacional, a la propiedad privada y a percibir una justa remuneración por su trabajo.”

Luego de convocar a una audiencia y de realizar un peritaje antropológico, el Tribunal Constitucional tiene por probado que la sanción impuesta por la comunidad respondió al incumplimiento, por parte del impugnante, de normas comunitarias —como la fijación de un precio común por un servicio, el pago de cuotas y multas, y el deber de realizar trabajos comunitarios.

El Tribunal señala que la Constitución boliviana reconoce el derecho de las comunidades y pueblos indígenas a mantener sus normas consuetudinarias y a ejercer la justicia comunitaria en caso de incumplimiento de esas normas. El Tribunal recuerda, de todos modos, que la aplicación de normas y sanciones comunitarias tiene como límite la Constitución, citando al respecto también el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT<sup>41</sup>. En el caso, acoge el amparo, ordenando a la comunidad que permita la permanencia de los impugnantes en la comunidad, bajo la condición de que estos se ajusten a las normas comunitarias. Ordena también a las autoridades de la comunidad informar al Tribunal, en el plazo de seis meses, “si los recurrentes han adaptado su forma de vida a las costumbres de la Comunidad.”

La decisión busca un equilibrio entre el interés de la comunidad de preservar su orden comunitario, y el interés de los impugnantes de permanecer en la comunidad. De modo que, llevando a la práctica una solución de pretensiones conciliatorias, revoca el castigo pendiente, pero somete a los recurrentes a la obligación de ajustarse a las normas comunitarias –reconociendo, de este modo, la legitimidad de la determinación de las autoridades de la comunidad sobre los incumplimientos cometidos por los impugnantes.

## BIBLIOGRAFÍA

---

ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian (comps.).

**La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década.** Buenos Aires: Editores del Puerto, CELS, 2007.

ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian (comps.). **La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales.** Buenos Aires: Editores del Puerto, CELS, 1997.

ANAYA, James. **Los pueblos indígenas en el derecho internacional.** Madrid: Trotta, 2005.

ARGENTINA. Constitución de la Nación Argentina. Sancionada por el Congreso General Constituyente, 1º mayo 1853; reformada y concordada por la Convención Nacional ad hoc, 25 sep. 1860; y con las reformas de las convenciones de 1866, 1898, 1957 y 1994.

———. Código Civil. Buenos Ayres, 25 sep. 1869.

———. Cámara Civil y Comercial de Jujuy. Sala Primera. Comunidad aborigen de Quera y Aguas Calientes - Pueblo Cochinoca v. Provincia de Jujuy. Sentencia. 14 sep. 2001.

———. Corte Suprema de la Nación. Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento. Medida cautelar: Sentencia. 18 sep. 2007.

AYALA CORAO, Carlos. **La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias**. Quito: FUNDAP, 2003.

BARIÉ, Cletus Gregor. **Pueblos Indígenas y Derechos Constitucionales en América Latina: un panorama**. 2 ed. La Paz: Abya-Yala, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, Instituto Indigenista Interamericano, 2003.

BAZÁN, Víctor. Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica. **Anuario Derecho Constitucional Latinoamericano**, Tomo I. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2007, p. 37-61.

BELICE. Corte Suprema. Aurelio Cal in his own behalf and on behalf of the Maya Village of Santa Cruz and others v. the Attorney General of Belize and others, consolidated claims, claims 171 and 172 of 2007. Sentencia. 18 oct. 2007, par. 130.

BOLIVIA. Tribunal Constitucional. Sentencia Constitucional 0295/2003-R, Expediente 2002-04940-10-RAC. Sentencia de 11 de marzo de 2003.

———. Tribunal Constitucional. Sentencia constitucional 106/2003. Expediente 2003-07132-14-RDN. Sentencia. 10 nov. 2003.

BONILLA, Daniel. **La Constitución Multicultural**. Bogotá: Siglo del Hombre-Uniandes, Instituto Pensar, 2006.

BOTERO MARINO, Catalina. Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. **Revista Precedente, Anuario Jurídico, Facultad de Derecho y Humanidades**. Cali, Universidad ICESI, p. 45-87, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU-039/97. 3 feb. 1997. [Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell].

———. Ley 1021 de 2006, por la cual se expide la Ley General Forestal. Bogotá, 20 abr. 2006.

———. ————. Sentencia C-088/01. 31 ene. 2001. [Magistrada Ponente Martha Victoria Sáchica Méndez].

———. ————. Sentencia T-704/06. 22 ago. 2006. [Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto].

———. ————. Sentencia C-030/08. 23 ene. 2008. [Magistrado Ponente: Rodrigo Gil Escobar].

———. ————. Sentencia T-652/98. 10 nov. 1998. [Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz].

———. ————. Sentencia T-606/01. 7 jun. 2001. [Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra].

———. ————. Sentencia C-418/02. 28 may 2002. [Magistrado Ponente: Alvaro tafur Galvis].

———. ————. Sentencia C-891/02. 22 oct. 2002. [Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería].

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Sentencia T-955/03. 17 oct. 2003. [Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis].

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. 4 nov. 1950. Disponible en: <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/SpanishEspagnol.pdf>>. Visitado el: 1º sep. 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua. Sentencia. 31 ago. 2001.

\_\_\_\_\_. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay. Sentencia. 17 jun. 2005.

\_\_\_\_\_. Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay. Sentencia. 29 mar. 2006.

\_\_\_\_\_. Pueblo Saramaka v. Suriname. Sentencia. 28 nov. 2007.

COSTA RICA. Constitución Política de la República de Costa Rica. San José, 1949.

\_\_\_\_\_. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia 1992-3435.

\_\_\_\_\_. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia 1993-5759.

\_\_\_\_\_. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sala Constitucional. Voto 2000-08019. Expediente 00-000543-0007-CO. Sentencia. 8 sep. 2000.

\_\_\_\_\_. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Voto 2003-08990. Expediente 03-007279-0007-CO. Sentencia. 26 ago. 2003.

ECUADOR. Constitución Política de la República del Ecuador. Quito, 2008

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional. No. 170-2002-RA: Claudio Mueckay Arcos v. Dirección Regional de Minería de Pichincha: Director Regional. Sentencia. 13 ago. 2002.

FLORES JIMÉNEZ, Fernando (coord.). **Constitución y Pluralismo Jurídico**. Quito: Corporación Editora Nacional, Instituto de Derecho Público, 2004.

GARGARELLA, Roberto. Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación. **Desarrollo Económico**, v. 36, n. 144 (Enero-Marzo), p. 971-990, 1997.

GIANIBELLI, Guillermo. El sistema de protección de derechos de la Organización Internacional del Trabajo y sus efectos sobre el ordenamiento interno. En: ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian. (comps.). **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década**. Buenos Aires: Editores del Puerto, CELS, 2007, p. 355-388.

GOLDIN, Adrián. Los convenios internacionales del trabajo. Su impacto en la Argentina. En: ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian (comps.). **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década**. Buenos Aires: Editores del Puerto, CELS, 2007, p. 315-354.

GUATEMALA. Constitución Política de la República de. 1985, con reformas de 1993.

\_\_\_\_\_. Juzgado de Primera Instancia Penal, de Narcoactividad y Delitos contra el

- Ambiente del Departamento de Totonicapán. Expediente E.312.2003 Of. 6to. Sentencia. 25 jun. 2003a.
- . Corte de Apelaciones constituida en tribunal de amparo, Sala Tercera, Amparo No. 46-2003 Of. 1. Sentencia de 30 de octubre de 2003b.
- . Juzgado de Paz Comunitario del Municipio de San Luis, Departamento de Petén. Proceso No. 517-2003 Of. I. Sentencia. 18 nov. 2003c.
- MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis P. LXXVII/1999. Semanario Judicial de la Federación, t. X, nov. 1999, p. 46;
- . Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis P. VIII/2007, abr. 2007, Semanario Judicial de la Federación, t. XXV, abr. 2007, p. 6.
- República Bolivariana de Venezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, 1999.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO [OIT]. Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes [Convenio 169]. 27 jun. 1989. Disponible en: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C169>>. Visitado el: 15 sep. 2009.
- SERNA DE LA GARZA, José María. **La reforma del Estado en América Latina: los casos de Argentina, Brasil y México**. México: UNAM, 1998.
- SIEDER, Rachel (ed.). **Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy**. Nueva York: Basingstoke, 2002.
- THOMAS, Constance; OELZ, Martin; BEAUDONNET, Xavier. The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence, and practical implications. In: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos**, Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2004, p. 249-285.
- UPRIMNY, Rodrigo. El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. En: **Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional**. Bogotá: Oficina Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2001.
- UPRIMNY, Rodrigo; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Corte constitucional y emancipación social en Colombia. En: SOUSA SANTOS, Boaventura; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (eds.). **Emancipación social y violencia en Colombia**. Bogotá: Norma, 2004.

## NOTAS

1. Sobre el Convenio 169 y, en general, sobre los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional, ver ANAYA (2005).
2. Los Estados ratificantes son Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú y Venezuela.
3. Sobre la aplicación de los tratados de derechos humanos por jueces locales ver, en general, ABREGÚ y COURTIS (1997); ABRAMOVICH, BOVINO y COURTIS (2007). Específicamente, sobre la aplicación de los Convenios de la OIT en el ámbito local, ver GIANIBELLI (2007, p. 355-388) y GOLDÍN (2007, p. 315-354). Ver también THOMAS, OELZ y BEAUDONNET (2004, p. 249-285).
4. Es el caso de Argentina, para una lista de tratados de derechos humanos incluida en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución, que puede ser ampliada si, al aprobar un tratado de derechos humanos se reúne una mayoría calificada. También es el caso de Brasil, que otorga a los tratados de derechos humanos aprobados a través de un procedimiento y mayoría calificadas el valor de una reforma constitucional (Constitución federal, artículo 5 °, § 3°).
5. En Colombia, por ejemplo, la Corte Constitucional ha decidido más de cuarenta casos en los que se invoca el Convenio 169. Ver, al respecto, BOTERO MARINO (2003, p. 45-87).
6. Entre los países de la región en los que se han registrado aplicaciones judiciales del Convenio 169 se encuentran Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Perú y Venezuela.
7. BELICE. Corte Suprema. Aurelio Cal in his own behalf and on behalf of the Maya Village of Santa Cruz and others v. the Attorney General of Belize and others, consolidated claims, claims 171 and 172 of 2007. Sentencia. 18 oct. 2007, par. 130.
8. COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencias 1992-3435 y 1993-5759.
9. De todos modos, la Constitución ecuatoriana de 2008 establece en su artículo 417 que "En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución" – una solución que se acerca a la del "bloque de constitucionalidad".
10. MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis P. LXXVII/1999. Semanario Judicial de la Federación, t. X, nov. 1999, p. 46; Tesis P. VIII/2007, abr. 2007, Semanario Judicial de la Federación, t. XXV, abr. 2007, p. 6.
11. Como dije antes, en Brasil los tratados de derechos humanos aprobados a través de un procedimiento especial y con una mayoría calificada tienen jerarquía constitucional, pero resta el problema de la jerarquía normativa de los tratados de derechos humanos no aprobados de ese modo –es decir, prácticamente la mayoría de los tratados de derechos humanos, que fueron ratificados antes de la aprobación de la reforma constitucional que establece el procedimiento especial con mayoría calificada.
12. COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-088/01. 31 ene. 2001. [Magistrada Ponente Martha Victoria Sánchez Méndez].
13. BOLIVIA. Tribunal Constitucional. Sentencia constitucional 106/2003. Expediente 2003-07132-14-RDN. Sentencia. 10 nov. 2003.
14. La Corte Interamericana inició su jurisprudencia en la materia con el caso **Awas Tingni**. En ese caso consideró por primera vez que el derecho a la propiedad privada establecido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –cuyo texto es similar al del artículo 1 del Protocolo 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos– debe ser interpretado, cuando se trata de pueblos y comunidades indígenas, como un derecho a la propiedad colectiva o comunal de la tierra. Ver CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua. Sentencia. 31 ago. 2001, par. 148-149. En los casos aquí comentados, la Corte Interamericana amplía sus fundamentos, empleando para ello el Convenio 169.
15. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay. Sentencia. 17 jun. 2005.
16. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay. Sentencia. 17 jun. 2005, par. 127 y 130.
17. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay. Sentencia. 17 jun. 2005, par. 131.
18. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay. Sentencia. 17 jun. 2005, par. 136.
19. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay. Sentencia. 17 jun. 2005, par. 150 y 151.
20. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay. Sentencia. 29 mar. 2006, par. 117-119 y 150-151.
21. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Pueblo Saramaka v. Suriname. Sentencia. 28 nov. 2007, par. 93-94 y 131.
22. ARGENTINA. Cámara Civil y Comercial de Jujuy. Sala Primera. Comunidad aborigen de Quera y Aguas Calientes - Pueblo Cochinoca v. Provincia de

Jujuy. Sentencia. 14 sep. 2001.

23. Ver Convenio 169, artículo 6.1. a): “[A]l aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán] consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.” Ver también artículos 7 y 15 del Convenio.

24. Ver, por ejemplo, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Pueblo Saramaka v. Suriname. Sentencia. 28 nov. 2007, párrs. 133-137.

25. COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU-039/97. 3 feb. 1997. [Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell].

26. Ver, por ejemplo, COLOMBIA. Sentencias T-652/98, T-606/01, C-418/02, C-891/02 y T-955/03, entre otras.

27. COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-030/08. 23 ene. 2008. [Magistrado Ponente: Rodrigo Gil Escobar].

28. COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sala Constitucional. Voto 2000-08019. Expediente 00-000543-0007-CO. Sentencia. 8 sep. 2000.

29. ECUADOR. Tribunal Constitucional. No. 170-2002-RA: Claudio Mueckay Arcos v. Dirección Regional de Minería de Pichincha: Director Regional. Sentencia. 13 ago. 2002.

30. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay. Sentencia. 17 jun. 2005, párrs. 161-169, 172 y 175, y Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay. Sentencia. 29 mar. 2006, párrs. 152-178.

31. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Yakye Axa. Sentencia. 17 jun. 2005, párrs. 161 y 162.

32. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Yakye Axa. Sentencia. 17 jun. 2005, párr. 163.

33. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Yakye Axa. Sentencia. 17 jun. 2005, párrs. 205, 220 y 221, y Sawhoyamaya, Sentencia.

29 mar. 2006, párrs. 224, 229, 230 y 232.

34. ARGENTINA. Corte Suprema de la Nación. Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento. Medida cautelar: Sentencia. 18 sep. 2007.

35. COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-704/06. 22 ago. 2006. [Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto].

36. COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Voto 2003-08990. Expediente 03-007279-0007-CO. Sentencia. 26 ago. 2003.

37. GUATEMALA. Juzgado de Primera Instancia Penal, de Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Totonicapán. Expediente E.312.2003 Of. 6to. Sentencia. 25 jun. 2003.

38. GUATEMALA. Juzgado de Paz Comunitario del Municipio de San Luis, Departamento de Petén. Proceso No. 517-2003 Of. I. Sentencia. 18 nov. 2003.

39. GUATEMALA. Corte de Apelaciones constituida en tribunal de amparo, Sala Tercera, Amparo No. 46-2003 Of. 1. Sentencia de 30 de octubre de 2003.

40. BOLIVIA. Tribunal Constitucional. Sentencia Constitucional 0295/2003-R, Expediente 2002-04940-10-RAC. Sentencia de 11 de marzo de 2003.

41. Ver Convenio 169 de la OIT, artículo 8: “1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo, no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.”

---

## ABSTRACT

This article presents some cases that are emblematic of the application of the International Labour Organisation's Convention 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, by courts of Latin America. It discusses: a limited number of cases that cover various topics and represent the distinct countries of the region; and the regional court of human rights – the Inter-American Court of Human Rights. These cases are highlighted either according to their subject, by the innovative insight they offer, or by the relevance of their consequences. Before outlining these cases, however, some clarifications are presented which might be useful in explaining the material set forth below and the context in which the material should be situated.

---

## KEYWORDS

Convention 169 – ILO – Indigenous and Tribal Peoples – Courts. Latin America – International Treaties Application

---

## RESUMO

O artigo apresenta alguns casos emblemáticos da aplicação da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes por tribunais da América Latina. O trabalho discute: um número reduzido de casos sobre temas diversos e que representam diferentes países da região; bem como o tribunal regional de direitos humanos – a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os casos selecionados foram aqueles que apresentaram perspectivas particularmente interessantes com relação à temática abordada, inovação em sua interpretação ou relevância de suas consequências. Antes de apresentar os casos, entretanto, exponho alguns esclarecimentos que podem ser úteis para a compreensão do material selecionado e o contexto no qual estes casos estão inseridos.

---

## PALAVRAS-CHAVE

Convenção 169 – Organização Internacional do Trabalho – Povos Indígenas e Tribais – Cortes. América Latina – Aplicação de Tratados Internacionais.



BENYAM D. MEZMUR

Investigador, Centro de Derecho de la Comunidad, Universidad de Western Cape. Licenciatura en Derecho (Addis Ababa) Maestría en Derecho (Pretoria), Doctorando (UWC).

Email: benyamdawit@yahoo.com

## RESUMEN

La mayor popularidad de la adopción internacional no es nada nuevo. Pero sí lo es el mayor interés que están despertando los niños africanos en los potenciales padres adoptivos de otras partes del mundo, como es el caso de las adopciones realizadas por Angelina Jolie y Madonna. Las opiniones acerca de si la adopción internacional es necesaria y correcta están divididas, pero predomina la idea de que este tipo de adopción es la panacea para los niños sin padres y para los padres sin hijos. Por otra parte, algunos estados de origen se han resistido a colocar niños del Tercer Mundo privados de su medio familiar en hogares fuera de su país natal, por considerar que ésta es una práctica supuestamente “imperialista”. En los últimos tiempos, se ha dispuesto que la adopción internacional debería utilizarse como medida de último recurso; sin embargo, prácticamente no existen investigaciones sobre qué significa (o qué debería significar) esto en realidad, y cuáles son sus consecuencias para el derecho y la política de bienestar infantil en África. La finalidad de este artículo es contribuir a llenar este vacío.

Original en inglés. Traducido por Florencia Rodriguez

Recibido en febrero de 2009. Aceptado en junio de 2009.

## PALABRAS CLAVE

Adopción internacional – Principio de subsidiariedad – Medida de último recurso – Derechos de los niños – África.

## AGRADECIMIENTOS

Parte de la investigación para este artículo fue realizada durante mi beca de corta duración en el *Utrecht Centre for European Research in Family Law*, con sede en el *Molengraaff Institute for Private Law* (Universidad de Utrecht). Este trabajo se basa en la investigación patrocinada por la *National Research Foundation*.



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en <[www.revistasur.org](http://www.revistasur.org)>.

# LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL COMO MEDIDA DE ÚLTIMO RECURSO EN ÁFRICA: PROMOVER LOS DERECHOS DE UN NIÑO Y NO EL DERECHO A UN NIÑO

Benyam D. Mezmur

## 1. Introducción

La mayor popularidad de la adopción internacional desde su introducción al escenario jurídico internacional, después de la Segunda Guerra Mundial, no es nada nuevo. Pero lo que sí es nuevo es el mayor interés que están despertando los niños africanos en los potenciales padres adoptivos de otras partes del mundo. No cabe duda de que este nuevo interés está alimentado, entre otros factores, por la amplia cobertura de los medios, que continúan acercando el sufrimiento de los niños abandonados y huérfanos de África al público de todo el mundo, y por las crónicas recientes de casos de adopción internacional de alto perfil que involucran a niños de África. Y aquí nos vienen a la mente las adopciones internacionales por parte de Angelina Jolie (en Etiopía) y Madonna (en Malawi).

Las opiniones acerca de si la adopción internacional es necesaria y correcta están divididas. Predomina la idea de que este tipo de adopción es la panacea para los niños sin padres y para los padres sin hijos. Muchas personas ven la adopción internacional como una oportunidad para liberar a los niños del desamparo. Sin embargo, la necesidad de que algunos de los niños del Tercer Mundo privados de su medio familiar sean colocados en hogares fuera de su país natal ha encontrado cierta resistencia en algunos estados de origen, quienes consideran estos procedimientos “imperialistas”. Algunos países africanos han decidido limitar la adopción internacional a determinadas situaciones estrictamente definidas<sup>1</sup>, y también existe la postura extrema a favor de la prohibición absoluta de la adopción internacional<sup>2</sup>.

Mientras el debate en pro y en contra de esta práctica sigue encendido, en los últimos tiempos se ha dispuesto que la adopción internacional debería utilizarse como medida de último recurso. El Comité de los Derechos del Niño (Comité CRC, por sus

---

*Ver las notas del texto a partir de la página 104.*

siglas en inglés) reafirmó su postura cuando concluyó que “la adopción internacional debería considerarse a la luz del artículo 21, es decir, como último recurso”. (COMITÉ CRC, 2004, §47). Otras organizaciones influyentes, como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (UNHCR/ACNUR), coinciden con esta postura. De acuerdo con uno de los principios más importantes que sustentan la práctica de la adopción internacional –el principio de subsidiariedad– sólo se considerará la adopción internacional cuando se haya determinado que no existe ninguna familia sustituta ni otro medio de cuidado adecuado en el país de origen del niño.

Si bien se ha tornado costumbre repetir que la adopción internacional debería ser una medida de último recurso, apenas se ha investigado qué significa (o qué debería significar) esto en realidad, y cuáles son las consecuencias para el derecho y la política de bienestar infantil en África, cuestiones sobre las que hay poca información. Este artículo es un modesto intento de contribuir a llenar este vacío. Con este fin, se plantean varios temas: ¿la adopción internacional se considera categóricamente como una medida de último recurso? Y, en todo caso, ¿qué significa último recurso? Tomando en cuenta el contexto socioeconómico y cultural, ¿es apropiado preguntar cómo debería entenderse e implementarse el concepto de “último recurso” en el continente africano? ¿Los miembros de la familia biológica (los padres o la familia ampliada) pueden invocar el requisito de “último recurso” para desautorizar la adopción internacional cuando es evidente que la permanencia del niño con su familia biológica no responde al interés superior del niño? ¿Pueden los potenciales padres adoptivos del país de origen invocar el requisito de “último recurso” para que se les dé absoluta prioridad sobre potenciales padres adoptivos extranjeros? ¿Pueden los estados africanos rechazar de plano la adopción internacional so pretexto de que la identidad cultural del país de origen del niño la impide? Sin seguir ningún orden en particular, este artículo se propone abordar estas cuestiones. En la sección de conclusiones, se resume el trabajo y se incluyen algunas recomendaciones.

## 2. Marco jurídico internacional

En el ámbito del derecho internacional, ni la Declaración de los Derechos del Niño de 1924 ni la de 1959 establecen claramente el principio de subsidiariedad en el contexto del cuidado alternativo para los niños privados de su medio familiar<sup>3</sup>. Sin embargo, los tres instrumentos que convierten a la adopción internacional en un tema de derecho internacional de derechos humanos contienen disposiciones relacionadas con el principio de subsidiariedad, que incluyen la adopción internacional. Estos instrumentos son la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés), la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (ACRWC, por sus siglas en inglés), y el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

Como lo identificara el Comité de los Derechos del Niño, los denominados “cuatro pilares” de la Convención otorgan al niño el derecho a la no discriminación; el derecho a que el interés superior del niño sea “la consideración primordial” en todas las acciones que lo afecten; el derecho inherente a la vida; y el derecho del niño

“que esté en condiciones de formarse un juicio propio ... de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño”. (CRC, art. 12). Según el artículo 21, la Convención procura garantizar, entre otras cosas, la aplicación del principio del “interés superior del niño”. De hecho, cabe destacar que la adopción es el único ámbito abarcado por la Convención en el que el interés superior del niño debe ser la consideración primordial<sup>4</sup>. La Convención considera apropiada la adopción internacional sólo “en el caso de que el niño no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen”. (CRC, art. 21(b)). También existen otras disposiciones de la Convención que no abordan directamente el tema de la adopción, pero sin embargo tienen consecuencias importantes para la adopción internacional<sup>5</sup>. La Convención fue ratificada por 193 estados<sup>6</sup>.

En el contexto africano, la Convención se complementa con la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño<sup>7</sup>. La adopción internacional se trata en el artículo 24 de la Carta Africana. Al comparar el artículo 24 de esta Carta con el artículo 21 de la Convención, se destacan claras similitudes y muy pocas diferencias. A los fines de este artículo, basta mencionar que la Carta Africana establece explícitamente que la adopción internacional es una medida de “último recurso”. La Carta Africana fue ratificada por 45 países.

El Convenio de La Haya es el tratado con aplicación más directa en el ámbito de la adopción internacional. En su preámbulo, establece que los países signatarios “reconocen que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”. El preámbulo también establece que para los niños que no pueden permanecer en su familia de origen, “la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen”. El artículo 4(b) tiene una aplicabilidad más directa en cuanto a la jerarquía que ocupa la adopción internacional entre las opciones de cuidado de un niño privado de su medio familiar. Este artículo establece que:

*Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de origen*  
*b) han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño. (Convenio de La Haya).*

Si bien la Convención sobre los Derechos del Niño y la Carta Africana abordan la adopción internacional, estos instrumentos parecen brindar un panorama muy limitado y poco claro de cuándo es apropiada la adopción internacional. Sin embargo, es importante mencionar que la preferencia de la Convención y de la Carta Africana por la adopción nacional frente a la adopción internacional es compatible con el Convenio de La Haya. Sin embargo, la preferencia que aparece en la Convención y en la Carta Africana por la institucionalización y la colocación en hogares de guarda dentro del país de origen frente a la adopción internacional es más controvertida, y parece entrar en contradicción con el Convenio de La Haya.

### 3. Análisis de la adopción internacional como medida de último recurso

Mientras que, en virtud del derecho internacional, los niños privados de su medio familiar deberían beneficiarse con cuidados alternativos, tales como (para citar la disposición pertinente de la Convención) “colocación en hogares de guarda, la *kafala* del derecho islámico, la adopción o, de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores” (CRC, art. 20(3)), el orden jerárquico que se debe seguir, y el lugar que se le debe asignar a la adopción internacional entre estas opciones quedan imprecisos. Por ejemplo, ¿es la adopción internacional la opción que debería considerarse como medida de “último recurso”, o lo sería la institucionalización? ¿Qué significa y qué debería significar realmente “último recurso” en función del interés superior del niño? ¿Siempre debería preferirse la adopción nacional antes que otras opciones de cuidado alternativo?

Dada la jerarquía aparentemente diferente que se le asigna como opción de cuidado alternativo a la adopción internacional en la implementación del principio de subsidiariedad en virtud de la Convención y la Carta Africana por un lado, y del Convenio de la Haya por el otro, es necesario buscar una postura que sea legal y definitivamente capaz de promover el interés superior del niño africano a través de la adopción internacional.

#### 3.1 Efectos indirectos de la adopción internacional como medida de último recurso: algunas observaciones preliminares

En principio, es importante destacar que la adopción internacional como medio de cuidado alternativo fue un punto contencioso durante la redacción de la Convención sobre los Derechos del Niño. Citando los *travaux préparatoires*, Detrick recalcó que la representante de Brasil había indicado que la delegación de su país entendió que el artículo 21(b) establecía otros medios de cuidado del niño “cuando se han agotado todas las demás posibilidades”. (DETRICK, 1999; COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS [UNHRC], 1989, §369). Como resultado, y sumado a la falta de reconocimiento de esta práctica por el derecho islámico, se hizo un esfuerzo dentro de la Convención para incluir la adopción internacional como excepción en lugar de regla.

La idea de otorgar a la adopción internacional un carácter generalmente subsidiario a otras opciones de cuidado alternativo tiene su propia razón de ser, que es promover el interés superior del niño. Lo que sigue es un análisis breve de algunos de estos motivos y sus consecuencias.

#### 3.2 Énfasis en la familia biológica y la adopción nacional

Una de las primeras consecuencias de la subsidiariedad general de la adopción internacional, en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Carta Africana y el Convenio de La Haya, es que debe prevalecer la preferencia general por el medio familiar (DOEK, 2006)<sup>8</sup>. Y de esta preferencia general por el medio

familiar, se desprende la idea de que el niño estará mejor si crece en el seno de su familia de origen o de la familia ampliada, si es posible, y siempre que ello responda al interés superior del niño<sup>9</sup>. Coincidiendo con esta afirmación, Hodgkin y Newell sostienen que la Convención establece una “presunción [...] de que el interés superior del niño es respetado manteniendo al niño con sus padres siempre que sea posible”. (HODGKIN; NEWELL, 2002, p. 295). Esto implica que, según el Comité de los Derechos del Niño, sólo se debe considerar la adopción (o para el caso, cualquier otra opción de cuidado alternativo) cuando se hayan agotado todas las demás opciones para mantener al niño con su familia, y hayan resultado ser ineficaces o imposibles (SYLVAIN; BOECHAT, 2008, p. 25).

El proverbio que reza “se necesita a todo un pueblo para educar a un niño” es más cierto en África que en cualquier otra parte. Por lo tanto, en el contexto africano, es aún más acertado reconocer la función de la familia ampliada y de la comunidad. Por ende, al considerar la subsidiariedad de la adopción internacional, se deben alentar y apoyar las iniciativas que reconocen la función de la familia ampliada y de la comunidad en el cuidado de sus niños.

Otra ventaja del requisito de último recurso, conforme al principio de subsidiariedad, es que promueve la adopción nacional frente a la adopción internacional (CENTRO INTERNACIONAL DE REFERENCIA PARA LOS DERECHOS DEL NIÑO PRIVADO DE FAMILIA- ISS/IRC, 2006b, p. 1). La adopción nacional suele ocupar un lugar importante entre las opciones de cuidado alternativo que existen para los niños privados de su medio familiar. El hecho de que sea una solución nacional, una colocación permanente y además ofrezca un medio familiar, la antepone a otras opciones de cuidado. Asimismo, existen pruebas de que en los países en los que la adopción es una práctica arraigada, hay una tasa de éxito comprobada de alto nivel en la colocación permanente, especialmente cuando las decisiones se han basado en el interés superior del niño, y los niños, preferentemente, han sido adoptados a una edad temprana. (TRISELIOTIS; SHIREMAN; HUNDLEBY, 1997).

### *3.3 Promoción del uso de otras soluciones nacionales*

Al hacer de la adopción internacional un elemento generalmente subsidiario y al considerarla una medida de último recurso, se facilitaría el desarrollo y la utilización de otras opciones nacionales adecuadas de cuidado alternativo. La colocación en hogares de guarda, la *kafala* del derecho islámico/*Sharia*, y la institucionalización, si bien son opciones de naturaleza nacional, están contempladas en el derecho internacional y podrían, en algunos casos, beneficiar a niños privados de su medio familiar.

El cuidado del niño en un hogar de guarda, que debe ser temporal, podría sin embargo prolongarse hasta la adultez, pero no debería impedir que el niño regrese con sus padres biológicos. Tampoco debería impedir la adopción (VAN BUEREN, 1998, p. 103). Las ventajas del hogar de guarda son el hecho de que ofrece un medio familiar, atiende a los niños *temporalmente* privados de su medio familiar y parece contribuir al sistema de bienestar infantil desde el punto de vista económico<sup>10</sup>. En África, al igual que en la mayoría de los países menos desarrollados, el cuidado en un hogar de guarda tiende a ser informal (suele denominarse cuidado por parientes)<sup>11</sup>.

Está menos desarrollado, y muy desregulado por la legislación y las políticas en comparación con otras opciones de cuidado alternativo.

De un modo similar, la *kafala* del derecho islámico implica la aceptación de niños sin familia en lo que se asemeja a una forma permanente de cuidado en un hogar de guarda, pero el niño no adquiere ni el apellido de la familia que lo acoge ni derechos hereditarios (HODGKIN; NEWELL, 2002, pp. 295-296). En varios países de África, una parte importante de la población se rige por la *sharia*. Nigeria es un buen ejemplo. Entre los países del continente (además de los del norte de África) que aplican la *sharia* en distinta medida, se encuentran Senegal, Somalia, Malí, Chad, Sudán, Djibouti, Eritrea, Etiopía, Tanzania, y Uganda. Por lo tanto, el desarrollo de la *kafala* como solución nacional basada en la familia representa la capacidad de promover los derechos del niño en el continente africano.

Por último, si bien la institucionalización se analizará en forma más detallada en otra sección, basta mencionar que podría cumplir una función temporal y a corto plazo en la promoción de los derechos del niño privado de su medio familiar. Por ejemplo, las instituciones pueden servir como lugares de transición para los niños a la espera de adopción.

### *3.4 Defensa de la identidad cultural del país de origen*

La consideración de la adopción internacional como subsidiaria a otras opciones de cuidado alternativo tiene la capacidad de promover la identidad cultural del niño. La identidad cultural es un tema transversal que tiende a dar preferencia a la familia biológica (tanto a los padres como a la familia ampliada) y a la adopción nacional frente a la adopción internacional. Las primeras opciones en general atienden a la continuidad de la identidad cultural del niño, ya que éste crecería inmerso en el ambiente, la cultura y el idioma de su país de origen.

Sin embargo, algunos propulsores de la adopción internacional prefieren dar una interpretación muy vaga al concepto de adopción internacional como medida de último recurso. A veces, so pretexto de promover el interés superior del niño, este grupo podría promover los intereses de potenciales adoptantes extranjeros y dar poca o ninguna importancia a la identidad cultural (SIMON; ALTSTEIN, 2000, pp. 45-47). Es importante recordar que no debería utilizarse una definición tan vaga que permita que la adopción internacional se convierta en un “primer recurso” y actúe como facilitador de esta práctica antes de que se consideren otras soluciones nacionales, como la adopción.

Una actitud de esa naturaleza no sería coherente con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño o de la Carta Africana. Como advierte Woodhouse (1995, p. 114): “[...] cultura de origen, no importa cuán difícil de definir con lógica satisfactoria, sí tiene importancia para los niños y por lo tanto debe tener importancia en el derecho de adopción”. Después de todo, el artículo 20(3) de la Convención dice que, al considerar las soluciones de cuidados alternativos, “se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.

Es interesante mencionar que, a veces, ese mismo concepto de identidad cultural es utilizado por quienes se oponen a la adopción internacional para negar a los niños un

medio familiar, aun cuando queda claro que la adopción internacional respondería al interés superior del niño<sup>12</sup>. Entre estos grupos predomina la opinión de que la adopción internacional permite que las culturas desarrolladas, dominantes, “se lleven el recurso máspreciado de los países en desarrollo: sus niños” (KLEEM, 2000, pp. 325-326). Dado que el derecho del niño a un nombre y una nacionalidad es fundamental para su identidad (CRC, art. 7 y 8), “los opositores de la adopción internacional sostienen que en lugar de promover la identidad del niño, la adopción internacional la quita y la reemplaza por un nombre y una identidad elegidos por los padres adoptivos” (OLSEN, 2004, p. 510). Lamentablemente, es un hecho que algunos grupos (a veces una nación entera) consideran que el reclamo del derecho a la custodia o control de sus niños es un asunto (WOODHOUSE, 1995, p. 112) que tiene prioridad sobre la promoción del derecho de estos niños a la protección de su interés superior.

Sin embargo, uno de los logros de la Convención (y también de la Carta Africana) es que eleva a los niños a sujetos de derecho. Sostener que los estados tienen el derecho de custodia o control de los niños, sin considerar su interés superior, aproxima al niño a la posición de objeto. Como bien proclama Woodhouse, “una perspectiva centrada en el niño indicaría que lo mejor es analizar el derecho a la preservación de la identidad de origen de un grupo como un derecho del niño, y una responsabilidad del grupo”. (WOODHOUSE, 1995, p. 112)

En algunos casos, son los conceptos de “continuidad” y “origen” que aparecen en el artículo 20(3) de la Convención y en el artículo 25(3) de la Carta Africana los que se emplean como argumentos a favor de la primacía de la identidad cultural, y sirven como fundamento para prohibir o socavar las adopciones internacionales como medio alternativo de cuidado. Pero como bien nos recuerdan Cantwell y Holzscheiter:

*[...] si bien están conectadas, las cuestiones de “continuidad” y “origen” no deben considerarse como una sola e idéntica cuestión. El texto del artículo 20 no exige explícitamente “continuidad [...] en el origen [...] del niño” sino que exige que se preste particular atención a que haya continuidad en la educación y el origen del niño. (CANTWELL; HOLZSCHEITER, 2008, p. 61).*

Este argumento arroja claridad sobre la postura de que la cultura no puede, ni debería, utilizarse como pantalla para privar a los niños de su derecho a crecer en un medio familiar, cuando esa familia sólo puede encontrarse en el extranjero. Asimismo, “en el artículo 20 queda claro que no existe una obligación absoluta de asegurar la continuidad o de basar las decisiones sobre las formas alternativas de cuidado en el origen del niño, sino que sólo se exige prestar ‘particular atención’ a cada uno de estos factores”. (CANTWELL; HOLZSCHEITER, 2008, p. 63). Sin embargo, en contraposición, cabe destacar que “Los Estados Partes garantizarán el cuidado alternativo de conformidad con sus leyes nacionales” (CANTWELL; HOLZSCHEITER, 2008, p. 63).

A nivel regional, es interesante mencionar que la Carta Africana afirma tener en cuenta “las virtudes de su herencia cultural [de los estados miembros africanos], los antecedentes históricos y los valores de la civilización africana, que deberían inspirar y reflejarse en el concepto de los derechos y el bienestar del niño”. (Carta Africana, 7ª cláusula del preámbulo). Sin embargo, a pesar de que copia casi literalmente el artículo

20(3) de la Convención, la Carta Africana omite la palabra “cultural” cuando enumera los orígenes del niño a los que se prestará particular atención cuando se considere un cuidado familiar alternativo (ACRWC, art. 25(3)). Desde esta perspectiva, si el interés superior del niño significa algo, además de ser “la consideración primordial” (CRC, art. 21; ACRWC, art. 4), la preservación de la identidad cultural se debe tomar como un medio, y no necesariamente como un fin en sí mismo, al considerar formas de cuidado alternativas para los niños privados de su medio familiar.

### *3.5 Protección de los niños refugiados y separados de sus padres*

El requisito de último recurso en la adopción internacional también tiene implicaciones para la promoción y la protección de los derechos de los niños refugiados y separados de sus padres. En este sentido, es muy orientadora la Observación General N.º 6 del Comité de los Derechos del Niño sobre los niños refugiados y separados de sus padres:

*Los estados deben respetar plenamente las condiciones estipuladas en el artículo 21 de la Convención, así como las recogidas en otros instrumentos internacionales pertinentes, con inclusión en particular del Convenio de la Haya de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional y en la Recomendación de 1994 relativa a la aplicación a los niños refugiados y otros niños internacionalmente desplazados en la hipótesis de la adopción de niños [...] no acompañados. (COMITÉ CRC, 2005, § 90).*

Posteriormente, señala que los estados deben, en particular, observar las disposiciones que establecen que la adopción de menores no acompañados o separados sólo debe contemplarse una vez que se ha verificado que el menor es adoptable. En la práctica, ello quiere decir, entre otras cosas, que han resultado infructuosas las tentativas de localización y reunión de la familia, o que los padres han dado su consentimiento a la adopción (COMITÉ CRC, 2005, § 91).

En lenguaje llano, los niños refugiados no acompañados o separados de sus padres no deben ser adoptados en forma apresurada en plena emergencia. De hecho, no debería considerarse la adopción cuando exista una esperanza razonable de localizar a la familia y volver a reunirla, y a menos que haya transcurrido un período de tiempo razonable durante el que se hayan tomado todas las medidas posibles para localizar a los padres o a otros familiares sobrevivientes<sup>13</sup>. Asimismo, no debería considerarse la adopción en un país de asilo cuando exista la posibilidad, en un futuro cercano, de repatriación voluntaria al país de origen en condiciones de seguridad y dignidad.

Tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como la Carta Africana<sup>14</sup> estipulan que los niños refugiados no acompañados o separados de su familia deben tener acceso a servicios básicos, a un procedimiento de asilo, al cuidado temporal y la protección. Posteriormente, las autoridades competentes deben identificar y determinar el cuidado e interés superior del niño a largo plazo. Y cuando la identificación de este interés superior del niño a largo plazo pudiera incluir como opción la adopción internacional, no se debería recurrir a dicha opción a menos que hayan fracasado las tentativas de localización y reunión de la familia, se haya tratado de realizar la adopción

en el país de origen y haya transcurrido un período de tiempo razonable. Por lo tanto, la adopción internacional como medida de último recurso impone una restricción severa a la adopción de niños refugiados y separados de su familia.

### *3.6 La adopción internacional: de medida de último a recurso a su inexistencia como recurso para responder al interés superior del niño*

El solo hecho de ser un estado parte de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño no impone automáticamente sobre ningún país la obligación de permitir la adopción internacional como medio de cuidado alternativo. Al leer con atención el texto del artículo 21 de la Convención, cuidadosamente redactado, (y el del artículo 24 de la Carta Africana), se observa que el artículo 21 se refiere a “los Estados Partes que *reconocen o permiten* el sistema de adopción [...]” (el destacado es del autor), mientras que el artículo 24 de la Carta Africana hace referencia a “los Estados Partes *que reconocen* la institución de la adopción [...]” (el destacado es del autor).

Los *travaux préparatoires* de la Convención indican que esta especificación se agregó durante las negociaciones en respuesta a las intervenciones de varios países musulmanes (en particular Bangladesh), dado que el derecho islámico no reconoce el concepto de adopción (CENTRO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, 1995, p. 16). Por lo tanto, la adopción internacional como último recurso indica su naturaleza subsidiaria y, por extensión, que no es necesariamente un medio de cuidado alternativo prioritario o, para el caso, necesariamente requerido. En otras palabras, la inexistencia de la adopción internacional como medio alternativo de cuidado en un estado miembro de la Convención o de la Carta Africana, o la suspensión de esta opción por parte de dichos estados, no constituiría una violación de esos instrumentos.

Sobre la base de este hecho, se podría argumentar que es posible, y a veces necesario, desplazar la adopción internacional de su condición de medida de último recurso hacia una condición de “no recurso”. Pero dicha posibilidad (y a veces necesidad) debe explorarse únicamente para promover y proteger el interés superior del niño, y no para obstaculizarlo. En otras palabras, el hecho de que no exista la obligación de permitir la adopción internacional como medio alternativo de cuidado también implica, aunque sea remotamente, que es posible suspender esta práctica cuando se ve afectado el interés superior del niño. Por lo tanto, existe la necesidad y la posibilidad de imponer una suspensión de las adopciones internacionales en casos en los que un país se vea afectado por una catástrofe o cuando haya irregularidades que pongan en peligro el interés superior del niño. Por ejemplo, la República del Congo, parte de cuyo territorio sigue afectado por la violencia y los conflictos armados, anunció la suspensión de todas las adopciones internacionales por los eventos sucedidos en Chad (SERVICIO SOCIAL INTERNACIONAL [ISS], 2008a, p. 3). El Ministerio de Bienestar Social del Gobierno de Zambia, el del Gobierno de Togo, y hace poco, el del Gobierno de Liberia también han suspendido la adopción internacional (ISS, 2008b, p. 3). Las razones oficiales de la suspensión de la adopción internacional en estos tres países fueron: la necesidad de que esta práctica se realice en respuesta al interés superior del niño; y la de abordar fallas en los sistemas de adopción que podrían violar los derechos del niño (ISS, 2008b, p. 3).

#### 4. ¿Qué tan último es el “último recurso”?

Una parte importante de este artículo intenta, quizás no responder, pero por lo menos explorar los posibles significados y consecuencias de lo que se entiende, o debería entenderse, por adopción internacional como medida de último recurso. Además de las observaciones preliminares anteriores, dicha exploración requiere, entre otras cosas, que uno sopesa el valor de otras opciones de cuidado alternativo, en particular, que compare la adopción internacional con la institucionalización; analice la postura del Comité de los Derechos del Niño en este tema; y por último, que recurra al sistema de justicia de menores para trazar un posible, pero remoto, paralelo con el uso de la expresión “último recurso” en el contexto de la privación de la libertad, y que investigue si alguna guía contribuye a lograr una mejor comprensión del concepto de la adopción internacional como medida de “último recurso”.

##### *4.1 Jerarquía de las opciones de cuidado alternativo*

Varios especialistas en la materia han criticado el hecho de que la Convención sobre los Derechos del Niño no deja claro cuál es la jerarquía apropiada de las soluciones que deben ofrecerse a los niños privados de su medio familiar (DILLON, 2008, p. 40). En una introducción al Proyecto de Protocolo a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño sobre Huérfanos Sociales, Dillon vuelve a plantear la inquietud de que “[...] los artículos 20 y 21 de la Convención no son lo suficientemente claros con respecto a la relación entre el niño en desarrollo y la necesidad imperiosa y urgente de permanencia en un entorno familiar”. (DILLON, 2008, p. 85).

UNICEF establece los siguientes principios para la jerarquía de las opciones, que generalmente se sostienen para proteger el interés superior del niño a largo plazo, una vez que ha quedado demostrada la necesidad de recurrir a una forma de cuidado alternativo:

- las soluciones familiares deben ser preferidas a la institucionalización;
- las soluciones permanentes deben ser preferidas a las de naturaleza temporal; y
- las soluciones nacionales deben ser preferidas a las internacionales. (FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA -UNICEF, 1998, p. 5).

Si se la evalúa en función de esta lista, la adopción internacional cumple los dos primeros principios, pero no el tercero, mientras que la colocación en hogares de guarda cumple el primero y el último, y muchas veces no cumple el segundo. No se puede afirmar lo mismo de la institucionalización<sup>15</sup> ya que (a menudo) no es una solución familiar ni permanente. Por lo tanto, según esta lista de principios, la adopción internacional y la colocación en hogares de guarda deben considerarse invariablemente subsidiarias a cualquier otra solución que cumpla los tres principios: por ejemplo, la adopción nacional. Sin embargo, deben ser cuidadosamente ponderadas frente a otras soluciones que también cumplan estos dos principios básicos<sup>16</sup>, y no deben ser excluidas en forma automática a favor de la institucionalización. Este enfoque se fundamenta en el hecho de que la

determinación del interés superior del niño no puede quedar limitada a una fórmula jurídica mecánica ni a una jerarquía rígida de opciones de cuidado <sup>17</sup>.

En este punto es apropiado realizar algunas advertencias. En primer lugar, es importante entender que la expresión último recurso es relativa y depende de las opciones de cuidado alternativo que existan. Podría argumentarse que todas las opciones de cuidado se deberían considerar una medida de último recurso, frente a la opción de mantener al niño con su familia de origen. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño observa que “[...] en muchos Estados Partes, el número de niños separados de sus padres y colocados en otros sistemas de guarda va en aumento y a un nivel muy elevado”. (COMITÉ CRC, 2006, § 654). Como resultado de ello, el Comité ha expresado que le preocupa que “[...] esta colocación no sea siempre una medida de último recurso y no vaya pues en el interés superior del niño”. (COMITÉ CRC, 2006, § 654). Cuando el Comité dice “sus padres” se refiere a los padres biológicos o adoptivos. Asimismo, la expresión “esta colocación” se refiere a todas las opciones de cuidado alternativo (como la colocación en hogares de guarda, residencias de cuidado y otras formas de cuidado), y destaca que todas estas opciones en general deben ser consideradas medidas de último recurso después de que hayan fracasado todas las tentativas de mantener al niño con su familia de origen.

Aun cuando se esté eligiendo entre la adopción internacional por un lado, y otras formas de cuidado nacionales por el otro, podrían existir circunstancias excepcionales que coloquen a la adopción internacional como medida de primer recurso. Para citar un ejemplo, sería muy difícil defender el argumento de que un niño privado de su medio familiar que tiene la posibilidad de ser colocado con una tía fuera de su país de origen debería ser institucionalizado simplemente porque la adopción internacional debe ser una medida de último recurso. En otras palabras, el principio de subsidiariedad podría estar sujeto al interés superior del niño <sup>18</sup>.

De hecho, la naturaleza subordinada del principio de subsidiariedad está claramente expresada en un fallo del Tribunal Constitucional de Sudáfrica. El caso *AD y Otros c/ DW y Otros*<sup>19</sup> era sobre la solicitud de custodia y guarda exclusivas presentada por ciudadanos de los Estados Unidos de América, que deseaban adoptar una niña sudafricana, Baby R. La interpretación y aplicación de este principio fue tema de debate tanto en los tribunales inferiores como en el Tribunal Constitucional. Al fundamentar el fallo, si bien aceptaba que el principio de subsidiariedad “debía ser respetado como un factor básico que rige las adopciones internacionales, y que debía realizarse una investigación contextualizada de cada caso en particular, a cargo de profesionales en materia de protección infantil y funcionarios judiciales con profundos conocimientos de los principios involucrados”, el Tribunal advertía que “[...] esto no significa que el principio de subsidiariedad sea el principio rector en las adopciones internacionales”<sup>20</sup>, sino que se ha determinado que el interés superior del niño es el principio rector en esta materia <sup>21</sup>.

Un punto que vale la pena destacar en el contexto de la adopción internacional (o para el caso, de cualquier otra forma de cuidado) es el papel de la participación del niño. Como ya se mencionara anteriormente<sup>22</sup>, el derecho del niño “que esté en condiciones de formarse un juicio propio [...] de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño” (artículo 12 de la Convención sobre los

Derechos del Niño y artículo 7 de la Carta Africana) es uno de los cuatro principios fundamentales de la Convención y de la Carta Africana. Según la capacidad evolutiva del niño, así como su juicio, se plantea la necesidad de reconocer que la adopción internacional podría ser una medida de primer o último recurso.

Finalmente, el argumento de que el texto de las disposiciones de la Convención y de la Carta Africana otorga primacía a las soluciones nacionales por sobre las familiares podría refutarse con la idea de que estos instrumentos deben ser interpretados de forma progresiva. Después de todo, tanto la Convención como la Carta Africana, al igual que todos los instrumentos de derechos humanos, deben considerarse un instrumento vivo, cuya interpretación evoluciona con el tiempo. El Comité de los Derechos del Niño nos recuerda este concepto (COMITÉ CRC, 2007a, § 20). De acuerdo con esta idea, la hipótesis inicial en virtud de la Convención y de la Carta Africana, según la cual la adopción internacional, al ser una alternativa de cuidado no nacional, debe ser categóricamente subsidiaria a otras formas de cuidado nacionales, como la institucionalización, no debería aceptarse como válida, especialmente en el contexto de las pruebas existentes sobre las serias deficiencias que presenta esta última opción. (EVERYCHILD, 2005; ISS/IRC, 2006a, p. 9).

#### *4.2 La adopción internacional versus la institucionalización*

En el contexto de las formas de cuidado alternativo, la palabra “instituciones” aparece en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3(3)), en la Carta Africana (art. 20(2) (b)), y en el Convenio de La Haya (art. 4(c)(1)). No obstante, la referencia a “instituciones” deja sin respuesta la pregunta sobre cuál es el alcance de esta palabra (CANTWELL; HOLZSCHEITER, 2008, p. 53). Se afirma que “‘el cuidado en instituciones’ se refiere a formas de vida grupal en las que el cuidado es brindado por adultos remunerados, que de otro modo no serían considerados cuidadores tradicionales en esa sociedad en particular”. (UNICEF, 2006, p. 35). Si la palabra “instituciones” se refiere sólo a los orfanatos<sup>23</sup>, la pregunta que se plantea es: ¿qué función deben cumplir las llamadas “opciones de cuidado intermedias”, como los “hogares grupales”<sup>24</sup>?

Dado que los hogares grupales son, por definición, pequeñas instituciones residenciales ubicadas dentro de una comunidad y diseñadas para atender a los niños, se podría argumentar que es a este tipo de hogares a los que se refieren la Convención (art. 20(3)) y la Carta Africana (art. 25(2)(a)) cuando utilizan la expresión “instituciones adecuadas”. Por lo tanto, si bien la tendencia actual es agrupar los orfanatos y los hogares comunitarios de distintas dimensiones bajo el término general “cuidado en instituciones” (DILLON, 2008, p. 40), a diferencia de los orfanatos, las instituciones que se asemejan a un entorno familiar, como los hogares grupales, estarían en mejores condiciones de superar un análisis minucioso en virtud del derecho de los derechos humanos.

La calificación de las instituciones con el adjetivo “adecuadas” está motivada por las experiencias mundiales ocurridas antes y durante la redacción de la Convención. Desde la década de los ochenta, la comunidad internacional se ha ido dando cuenta de manera progresiva de los efectos perjudiciales que tiene la institucionalización sobre los niños (HUMAN RIGHTS WATCH - HRW, 1996). Así, los efectos negativos de la institucionalización sobre los aspectos emocionales,

psicológicos y de desarrollo de los niños están bien documentados (ZEANAH, 2003, pp. 886-88; MARSHALL; FOX; BEIP CORE GROUP, 2004, p. 1327).

La política del Convenio de La Haya sobre institucionalización no está explícitamente puntualizada en el instrumento. Sin embargo, se puede descifrar la posición del instrumento en esta materia a través de la interpretación. Por ejemplo, dado que el Convenio de La Haya reconoce la adopción internacional como solución alternativa válida en situaciones en las que no se puede encontrar una “familia adecuada” en el estado de origen (3ª cláusula del preámbulo), se podría argumentar que la institucionalización (que es una forma de cuidado alternativo no familiar) en virtud del Convenio de La Haya es una medida de último recurso inferior en jerarquía a la adopción internacional. La postura expuesta por la Oficina de la Conferencia de la Haya en el sentido de que “por regla general, no es preferible mantener a los niños esperando en instituciones cuando existe la posibilidad de colocación permanente en una familia adecuada en el extranjero” (OFICINA PERMANENTE DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, 2008, p. 30) está avalada por el texto del Convenio de La Haya.

La pregunta acerca de cómo debe interpretarse el concepto de último recurso cuando las opciones son la institucionalización y la adopción internacional ha sido objeto de un minucioso análisis judicial. En el caso reciente de Madonna en Malawi<sup>25</sup> sobre la adopción de una niña de un orfanato, el Tribunal Superior llamó la atención sobre la definición que debía darse a “último recurso”. El juez, después de citar el artículo 24(b) completo de la Carta Africana, y haciendo hincapié en el concepto de “último recurso” de la disposición, fundamentó que:

*Queda claro que la adopción internacional debe considerarse la alternativa de último recurso. [...] Sin embargo, es evidente que la niña CJ ya no está sujeta a las condiciones de pobreza de su lugar de origen como lo describió el Agente de Custodia desde su admisión al Orfanato Kondanani. En las circunstancias presentes, ¿se puede afirmar que CJ no puede ser cuidada en forma adecuada en su país de origen? Las respuestas a mis preguntas son negativas. En mi opinión “en forma adecuada” se refiere al estilo de vida autóctono o lo más parecido a la vida que ha llevado la niña desde su nacimiento<sup>26</sup>.*

Basándose en parte en este razonamiento, el juez rechazó la solicitud de adopción de la niña.

Sin embargo, en la instancia de apelación, la Corte Suprema de Malawi no estuvo de acuerdo con el tribunal inferior. La Corte reconoció que ninguna familia de Malawi se había ofrecido a adoptar a la niña CJ y que tampoco nadie había intentado colocarla en una familia sustituta<sup>27</sup>. Por ello, en opinión de la Corte, quedaban sólo dos opciones: la niña “puede quedarse en el orfanato Kondanani sin tener ninguna familia o puede ser adoptada por la Apelante y crecer en el seno de la familia que le ofrece la Apelante”<sup>28</sup>. Mostrando una clara preferencia por la adopción internacional frente a la institucionalización, la Corte Suprema concluyó que “se atenderá mejor al bienestar de la niña CJ permitiéndole ser adoptada por la apelante extranjera que dejándola crecer en un orfanato, donde estará privada de la vida familiar, el amor y el afecto de padres”<sup>29</sup>, y así dio lugar a la apelación y concedió la adopción.

En África, está comprobado que la lamentable falta de opciones de cuidado alternativo familiares y desarrolladas ha llevado a una “práctica excesiva e innecesaria de la colocación de niños en instituciones” (ISS; UNICEF, 2008, p. 7). Respaldando esta afirmación, un documento de trabajo conjunto del Servicio Social Internacional (ISS, por sus siglas en inglés) y UNICEF (2008, p. 7) cita la experiencia de Zimbabwe:

*[...] la ocupación promedio de los orfanatos de Zimbabwe es del 106% en general, y del 128% en las instituciones gubernamentales. Según su experiencia nunca se pueden crear suficientes orfanatos para cubrir la demanda – los que se crean siempre se llenan porque atraen a los niños, pero usualmente por razones indebidas. Las investigaciones muestran que los niños colocados en instituciones no necesitan estar allí [...]: sólo el 25% de ellos no tienen familiares conocidos. El 45% de ellos tiene, al menos, a la madre viva. La mayoría de los niños podrían ser devueltos a sus familias con un buen trabajo social. (MEETING ON AFRICAN CHILDREN WITHOUT FAMILY CARE apud ISS; UNICEF, 2004, p. 7).*

Los datos empíricos también demuestran que la iniciativa de considerar a las instituciones como principal respuesta o solución para el cuidado alternativo puede ser contraproducente. Por ejemplo, podría debilitar la motivación de una comunidad para abordar los problemas de los huérfanos y desviar los recursos de las soluciones familiares, que son mejores para los niños (OLSON; KNIGHT; FOSTER, 2006, p. 3).

En la práctica, hay una tendencia a malinterpretar la postura de los instrumentos pertinentes de derechos humanos sobre la institucionalización de los niños. No es infrecuente presenciar la planificación y creación sistemáticas de nuevas instituciones como prioridad para atender a los niños privados de su medio familiar<sup>30</sup>. A veces, la creación de esas instituciones está justificada por el artículo 18(2) de la Convención y el artículo 20(2)(b) de la Carta Africana. Sin embargo, la referencia al artículo 18(2) de la Convención (y artículo 20(2)(b) de la Carta Africana) que estipula que los estados partes “velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños” no implica que deba facilitarse una política sistemática para crear orfanatos como prioridad para el cuidado de los niños. En cambio, es necesario dar a estas instituciones una jerarquía secundaria y permitir que existan como soporte de los padres. Los niños no deben ser transformados en hijos del estado innecesariamente.

Este debate apunta en una sola dirección: que hay una tendencia creciente a favor de convertir a la institucionalización (y no necesariamente la adopción internacional) en una medida de último recurso. Si bien la institucionalización debería seguir cumpliendo una función importante como plataforma de transición para los niños privados de su medio familiar, su empleo como solución a largo plazo para niños privados de su medio familiar exige una seria reconsideración.

#### ***4.3 El concepto de “último recurso” a través de la lente del Comité de los Derechos del Niño: ¿claridad o confusión?***

El Comité de los Derechos del Niño, como órgano supervisor de la puesta en práctica de la Convención, tiene autoridad en la interpretación de las disposiciones de la Convención. Lamentablemente, el Comité ha sido confuso (si no contradictorio) en

sus mensajes con respecto a lo que se debe considerar una medida de último recurso en el sistema de cuidados alternativos para niños privados de su medio familiar.

A modo ilustrativo: ya se ha mencionado que el Comité de los Derechos del Niño en varias ocasiones ha calificado la adopción internacional como medida de último recurso<sup>31</sup>. Pese a esta postura, que se sigue reflejando en las conclusiones de sus informes sobre los estados partes, en la Observación General N.º 3 titulada “El VIH/SIDA y los derechos del niño,” el mismo Comité comentó que:

*[...] toda atención en instituciones solo debe ser un último recurso y que deben implantarse sólidamente medidas para proteger los derechos del niño y preservarlo de todas las formas de malos tratos y explotación. (COMITÉ CRC, 2003, § 35).*

En el contexto de los niños con discapacidad, el Comité de los Derechos del Niño ha reiterado una postura similar<sup>32</sup>.

Esto deja sin respuesta, en relación a la postura del Comité, a la pregunta “¿es la adopción internacional o la institucionalización lo que *generalmente* debe considerarse una medida de último recurso?”<sup>33</sup>. Mientras tanto, sin embargo, la postura del Comité arroja luz sobre el hecho de que la institucionalización debe ser considerada una medida de último recurso. También revela la necesidad de que el Comité exprese con claridad su posición en la materia (quizás mediante una Observación General), y contribuya así a que los estados partes entiendan el lugar que ocupa la adopción internacional dentro del sistema de cuidados alternativos.

#### ***4.4 Hacia una comprensión del concepto de “último recurso”: ¿algo que aprender de los principios de la justicia juvenil?***

Para tratar de definir el concepto de último recurso, se puede buscar orientación (bastante remota) en el artículo 37(b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, que es la única disposición dentro de la cual la Convención utiliza esta frase. Conforme al artículo 37(b) de la Convención:

*Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.*

En primer lugar, sin embargo, es pertinente considerar algunos asuntos generales de contexto. La investigación del significado y las implicaciones del requisito de último recurso en el ámbito de la justicia juvenil no presupone que los fines de la búsqueda de cuidados alternativos, por un lado, y la privación de la libertad como medida de último recurso en el contexto de la justicia juvenil, por el otro, sean los mismos. A la luz de las llamadas 3 “P” (protección, provisión y participación de la Convención y la Carta Africana), mientras que la primera se asemeja más a una mezcla de protección y provisión, la última se asimila más al mantra de la protección. En segundo lugar, la mayoría de las veces, son los niños más pequeños los que se ven involucrados en

la adopción internacional, mientras que la justicia juvenil suele afectar a niños más grandes. En tercer lugar, la privación de la libertad es una medida del derecho penal, mientras que la adopción internacional no lo es. Pese a estas diferencias, tanto la búsqueda de cuidados alternativos para los niños privados de un medio familiar como la privación de la libertad como medida de último recurso en el contexto de la justicia juvenil, supuestamente se emprenden en pos del interés superior del niño. Este punto en común —la promoción y protección del interés superior del niño— constituye una plataforma lógica y conducente para la comparación.

El criterio de privación de la libertad como medida de último recurso requiere que se considere “si la privación de la libertad es realmente la última opción (sin que haya otras alternativas que interfieran menos con el derecho del niño)”. (SCHABAS; SAX, 2006, p. 84). En el ámbito del cuidado alternativo, por lo tanto, esto podría implicar recurrir a la adopción internacional porque se determina que es la última opción de cuidado alternativo adecuado, ya que ninguna otra alternativa se adaptaría mejor a la situación de ese niño en particular. Hace poco tiempo, en el año 2008, Lieffard afirmó que el principio de último recurso no implica que primero se deba recurrir a todas las alternativas, antes de imponer la privación de la libertad<sup>34</sup>. Si el concepto de “último recurso” se debe interpretar en forma similar en el caso de la adopción internacional, es decir, que no necesariamente se debe recurrir primero a todas las opciones de cuidado alternativo, y que las autoridades ejercen cierto grado de discrecionalidad al buscar diferentes opciones y, finalmente, decidir cuál de ellas tiene probabilidades de lograr el efecto buscado, entonces el uso del término parece mantener su capacidad de promover el interés superior del niño privado de su medio familiar.

Por ende, la interpretación en el ámbito de la justicia juvenil en el sentido de que el concepto de último recurso no necesariamente se presta a un método estructurado en el que se consideran todas las opciones antes de aplicar la privación de la libertad, responde perfectamente al interés superior del niño. También dentro del sistema de cuidados alternativos, dicha interpretación puede promover los derechos del niño privado de su medio familiar. Si para poder cumplir con el requisito de último recurso habría que respetar el método de probar todas las opciones de cuidado alternativo que existen en forma inflexible, antes de considerar la adopción internacional, eso implicaría, entre otras cosas, prolongar innecesariamente la espera de los niños más de lo habitual hasta encontrarles un medio familiar.

Asimismo, considerado en otro contexto, el argumento de que el requisito de último recurso en el ámbito de la justicia de menores implica que el encarcelamiento no se puede “imponer sin una evaluación adecuada que tome en cuenta las circunstancias específicas del caso y las necesidades específicas de cada niño” (LIEFFARD, 2008, p. 195) puede tener consecuencias positivas para la aplicación de las opciones de cuidado alternativo. Entre estas consideraciones, es fundamental en el caso del cuidado alternativo la connotación de que un método centrado en el niño, con verdaderos principios, requiere un examen cuidadoso e individualizado de la situación de la vida real y precisa de cada niño en particular. Por consiguiente, no debería utilizarse una norma que imponga categóricamente la adopción internacional como medida de último recurso, de modo tal que pueda verse afectado el interés superior del niño.

## 5. Conclusiones

Hay variada bibliografía que da cuenta de la tendencia a interpretar la adopción internacional *categoricamente* como una medida de último recurso. También se argumenta que, sobre la base del principio de subsidiariedad, la adopción internacional es un último recurso. En África, el hecho de que el artículo 24 de la Carta Africana estipule explícitamente que la adopción internacional debe ser una medida de último recurso, podría dar a los estados africanos mayor fundamento para tratar a esta práctica como tal.

Sobre la base de lo expuesto anteriormente, es posible llegar a algunas conclusiones y recomendaciones. La idea de otorgar a la adopción internacional un carácter generalmente subsidiario a otras opciones de cuidado alternativo tiene su propia razón de ser, que es la de promover el interés superior del niño. En el contexto de África, esto implicaría, por ejemplo, dar a la familia ampliada (y a las comunidades) un papel más importante en el cuidado de los niños privados de su medio familiar, antes de abordar otras opciones de cuidado alternativo. Asimismo, en África, la pobreza económica y material por sí solas, o las condiciones directamente atribuibles a dicha pobreza, nunca deberían ser una justificación para separar al niño del cuidado de sus padres, para recibir al niño en opciones de cuidado alternativo o para evitar que los niños sean devueltos a su familia<sup>35</sup>. Este escenario debe verse como una señal de la necesidad de brindar un apoyo apropiado a la familia. También ayudaría a promover soluciones nacionales, que a su vez contribuirían a mantener la identidad cultural del niño.

Sin embargo, mientras nosotros los africanos nos enorgullecemos de nuestra cultura, es importante que los derechos de los niños africanos como individuos no queden atrapados en discusiones sobre el rumbo de la historia, sobre si la adopción internacional es “esencialmente un vestigio del colonialismo” y sobre el orgullo nacional. Siendo los niños titulares de derechos, no debería utilizarse ninguna idea de orgullo nacional ni de los niños como “recursos” nacionales para negarles una forma alternativa de cuidado adecuado, aun cuando ese cuidado adecuado sólo pudiera encontrarse mediante la adopción internacional. La “adopción internacional como medida de último recurso” debería interpretarse como “la adopción internacional como medida generalmente subsidiaria a otras formas alternativas de cuidado”, pero sujeta a excepciones. Asimismo, “último recurso” no debería significar cuando se hayan agotado todas las demás posibilidades<sup>36</sup>.

Un enfoque estructurado, en el que primero se prueben todas las opciones de cuidado disponibles antes de considerar la adopción internacional, iría en contra de la hipótesis de que la colocación de niños a muy temprana edad es un objetivo importante. Se debe promover una interpretación de la idea de “último recurso” que no impida una colocación temprana y legalmente apropiada del niño. Asimismo, al entender la adopción internacional como medida de último recurso, se debe dar cabida a la participación del niño, según sus capacidades evolutivas.

La falta de una fórmula definida en lo que respecta a la jerarquía de las opciones de cuidado alternativo tiene, accidentalmente, su propio aspecto positivo. Este argumento queda validado por el hecho de que la determinación del interés superior del niño no puede quedar limitada a una fórmula jurídica mecánica, ni a una jerarquía rígida de

opciones de cuidado. Como se afirmó anteriormente<sup>37</sup>, un método centrado en el niño, con verdaderos principios, requiere un examen cuidadoso e individualizado de la situación de la vida real y precisa de cada niño en particular. La aplicación de una fórmula rígida predeterminada para asegurarse la certeza, independientemente de las circunstancias, en realidad podría ir contra el interés superior del niño en particular de que se trate.

Los países africanos deberían sumarse a la tendencia internacional hacia una interpretación de la institucionalización, en particular si es a largo plazo, como una medida de último recurso. Se recomienda que el Comité de los Derechos del Niño o el Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño creado por la Carta Africana brinden orientación clara en este sentido.

En conclusión, se debe tener precaución (y cierto grado de autolimitación) para no hacer un uso indebido de la frase “último recurso” sea para promover los intereses de posibles padres adoptivos nacionales o internacionales, de organizaciones de bienestar infantil, o los intereses nacionalistas de un estado. En otras palabras, las necesidades y prioridades políticas, sociales, culturales y económicas del continente africano no deberían entrar en conflicto con el interés superior del niño africano privado de un medio familiar o de un cuidado alternativo adecuado. Por lo tanto, en los casos en los que se haya determinado que la adopción internacional responde al interés superior del niño, se la debe considerar una forma de cuidado alternativa, independientemente del requisito de último recurso. Los estados deben tener cuidado de no alimentar con pruebas la opinión de los críticos que consideran que la adopción internacional responde al interés de una familia que busca un hijo, en lugar de responder al interés superior del niño que busca una familia.

## BIBLIOGRAFÍA

---

BRASIL. *Estatuto del Niño y del Adolescente*, Ley n.º 8069. Brasilia: 13 de junio de 1990.

BROWNE, K. A European Survey of the number and characteristics of children less than three in residential care at risk of harm. *Adoption and Fostering*, vol. 29, n.º 4, pp. 23-33, 2005.

CANTWELL, N.; HOLZSCHEITER, A. Article 20: children deprived of their family environment. En: ALLEN, A. et al (Eds.). *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

CENTRUL ROMAN PENTRU JURNALISM DE INVESTIGATIE [CRJI]. *Entrevista con la Baronesa Emma Nicholson*. 2001. <<http://crji.org/news.php?id=111&l=2>>. [Consulta: 04 julio 2009].

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO [COMITÉ CRC]. *Observación General n.º 3: El VIH/SIDA y los Derechos del Niño*. 2003. <<http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/crc/doc/comment/hiv.pdf>>. [Consulta: 04 Julio 2009].

———. *Observaciones finales: Brasil*. 2004. UN DOC. CRC/C/15/Add.241. <<http://>

[www.unhcr.org/refworld/country,,CRC,,BRA,4562d94e2,42d288d54,0.html](http://www.unhcr.org/refworld/country,,CRC,,BRA,4562d94e2,42d288d54,0.html).  
[Consulta: 04 julio 2009].

———. **Observación General n.º 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.** CRC/GC/2005/6. 2005. <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/42dd174b4.html>>. [Consulta: 04 julio 2009].

———. **Jornada de Discusión General: Los niños privados del cuidado de sus padres.** 2006. <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion/recommendations2005.doc>>. [Consulta: 04 Julio 2009].

———. **Observación General n.º 8: el derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes** CRC/C/GC/8. 2007a. <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm>>. [Consulta: 04 julio 2009].

———. **Observación General n.º 9: Los derechos de los niños con discapacidad.** 2007b. <<http://www.unhcr.org/refworld/type,GENERAL,,461b93f72,0.html>>. [Consulta: 04 julio 2009].

LIGA DE LAS NACIONES. Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño. 26 de septiembre de 1924.

DETRICK, S. **A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child.** The Hague: Kluwer Law International, 1999.

DILLON, S. The missing link: a social orphan protocol to the United Nations Convention on the Rights of the Child. **Human Rights & Globalization Law Review**, vol. 1, pp. 39-87 2008.

DOEK, J. E. What does the children's Convention require? **Emory International Law Review**, vol. 20, pp. 199-208, 2006.

EVERYCHILD. **Family Matters: a study of institutional childcare in Central and Eastern Europe and the Former Soviet Union.** 2005. <<http://www.everychild.org.uk/media/docs/file8d43ba87f77c2fc5c7e504de56ec27d3.pdf>>. [Consulta: 04 julio 2009].

CONVENIO DE LA HAYA relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. 29 de mayo de 1993.

HODGKIN, R.; NEWELL, P. **Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child.** Ginebra: UNICEF, 2002.

HUMAN RIGHTS WATCH [HRW]. **Death by default: a policy of fatal neglect in china's state orphanages.** 1996. <[www.hrw.org/en/reports/1996/01/01/death-default](http://www.hrw.org/en/reports/1996/01/01/death-default)>. [Consulta: 04 julio 2009].

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE ACOGIMIENTO FAMILIAR [IFCO]. **Stakeholders in Foster Care.** [s/f]. <[http://www.ifco.info/?q=stakeholder\\_in\\_foster\\_care](http://www.ifco.info/?q=stakeholder_in_foster_care)>. [Consulta: 04 julio 2009].

CENTRO INTERNACIONAL DE REFERENCIA PARA LOS DERECHOS DEL NIÑO PRIVADO DE LA FAMILIA [ISS/IRC]. The state of institutionalized children in the former "Eastern Bloc" countries remains a matter of concern. **Monthly Review**, n.º 1, pp. 9-10, 2006a.

———. Suspension of adoptions in the Republic of Congo **Monthly Review**, n.º 1, p. 3 2008a

- \_\_\_\_\_. Togo and Zambia: Suspension of intercountry adoption *Monthly Review*, n.º 3, p. 3 2008b.
- \_\_\_\_\_. Adopción: Principios generales. **ISS/IRC Ficha de formación n.º 19**. 2006b. <<http://www.iss-ssi.org/2009/assets/files/thematic-facts-sheet/eng/18.Adoption%20general%20principles%20ENG.pdf>>. [Consulta: 20 agosto 2009].
- SERVICIO SOCIAL INTERNACIONAL [ISS]. **Draft UN Guidelines for the Appropriate Use and Conditions of Alternative Care for Children**: an introductory briefing on its background, core principles and scope. 2008. <<http://www.crin.org/docs/Special%20Series%20ISS.pdf>>. [Consulta: 04 julio 2009].
- \_\_\_\_\_. FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA [UNICEF]. **Mejorar la protección de los niños privados del cuidado de sus padres: la necesidad de reglas internacionales**. 2004. <<http://www.iss.org.au/documents/ACALLFORINTLSTANDARDS.pdf>>. [Consulta: 04 julio 2009].
- KLEEM, C. Airplane Trips and Organ Banks: random events and the Hague Convention on Intercountry Adoption. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 28, pp. 113-152, 2000.
- LIEFAARD, T. **Deprivation of liberty of children in light of international human rights law and standards**. Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia, 2008.
- MALAWI. Tribunal Superior. Sobre la Ley de Adopción CAP. 26:01 y sobre la niña Chifundo James bajo la custodia del Sr. Peter Baneti. Causa de adopción n.º 1 de 2009. Sentencia. 2009a.
- \_\_\_\_\_. Sobre la Ley de Adopción CAP. 26:01 y sobre la niña Chifundo James bajo la custodia del Sr. Peter Baneti. Causa de adopción n.º 1 de 2009. MSCA Apelación de adopción n.º 28 de 2009. 2009b.
- MARSHALL, P. J.; FOX, N. A.; BEIP Core Group. A comparison of the electroencephalogram between institutionalized and community children in Romania. *Journal of Cognitive Neuroscience*, vol. 16, pp. 1327-1338, 2004.
- NICHOLSON, C. The Hague Convention on the Protection of Children and Co-operation in Respect of Inter-country Adoption 1993. En: DAVEL, C. J. (ed.). **Introduction to Child Law in South Africa**. Lansdowne: Juta & Co Ltd, 2000.
- OLSEN, L. J. Live or let die: could intercountry adoption make the difference? *Penn State International Law Review*, vol. 22, pp. 483-525, 2004.
- OLSON, K.; KNIGHT, Z. S.; FOSTER, G. **From faith to action**: Strengthening family and community care options for orphans and vulnerable children in Sub-Saharan Africa. 2006. <<http://www.firelightfoundation.org/FtA%20-%20Africa%20ready.pdf>>. [Consulta: 04 julio 2009]
- ORGANIZACIÓN PARA LA UNIDAD AFRICANA. OAU. **Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño [ACRWC]**. 29 de noviembre de 1990.
- OFICINA PERMANENTE DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. **La Puesta en Práctica y el Funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional: Guía de Buenas Prácticas**. Bristol: Jordan Publishing, 2008. <[http://www.hcch.net/upload/adoguide\\_e.pdf](http://www.hcch.net/upload/adoguide_e.pdf)>. [Consulta: 04 julio 2009].
- SCHABAS, W.; SAX, H. **Article 37; Prohibition of torture, death penalty, life**

- imprisonment and deprivation of liberty:** a commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- SIMON, R. J.; ALTSTEIN, H. **Adoption Across Borders:** serving the children in transracial and intercountry adoptions. Nueva York: Rowman & Littlefield, 2000.
- SMOLIN, D. M. Intercountry adoption and poverty: A human rights analysis. **Capital University Law Review**, vol. 36, pp. 413-453, 2007.
- SUDÁFRICA. Tribunal Constitucional. M c/ El Estado: CCT 53/06: Sentencia. 2007a.
- . ———. AD y otros c/ DW y otros: CCT 48/07: Sentencia. 2007b.
- SYLVAIN, V.; BOECHAT, H. Article 21: Adoption. En: ALLEN, A.; et al (eds.). **A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- TRISELIOTIS, J.; SHIREMAN, L.; HUNDLEBY, M. **Adoption:** Theory, Policy and Practice. London: Cassell, 1997.
- NACIONES UNIDAS. **Convención sobre los Derechos del Niño [CRC]**. Resolución de la Asamblea General 44/25, anexo, 44 Naciones Unidas GAOR Supp. (N.º 49) p. 167, U.N. Doc A/44/49. 20 de noviembre de 1989.
- . **Declaración de los Derechos del Niño**. Resolución de la Asamblea General 1386 (XIV), 14 Naciones Unidas GAOR Supp. (N.º 16) p. 19, U.N. Doc. A/4354 (1959). 20 de noviembre de 1959.
- . **Informe Mundial sobre la Violencia contra los Niños**. 2006. <[http://www.violenciestudy.org/IMG/pdf/I.\\_World\\_Report\\_on\\_Violence\\_against\\_Children.pdf](http://www.violenciestudy.org/IMG/pdf/I._World_Report_on_Violence_against_Children.pdf)>. [Consulta: 04 julio 2009].
- . **Directrices para el uso apropiado y condiciones del cuidado alternativo de niños y niñas**. 2007. <[http://www.crin.org/docs/DRAFT\\_UN\\_Guidelines.pdf](http://www.crin.org/docs/DRAFT_UN_Guidelines.pdf)>. [Consulta: 04 julio 2009].
- . Comisión de Derechos Humanos [UNCHR]. **Report of the Working group on the Question of a Draft Convention on the Rights of the Child**. UN Doc. E.CN.4/1989/48. 2 Mar. 1989.
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. **Legislative history of the Convention on the Rights of the Child (1978–1989), Article 21 on Adoption**, HR/1995/Ser.1/article 21. 1995.
- FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA [UNICEF]. **Innocenti Digest: la adopción internacional**. 1998. <<http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest4e.pdf>>. [Consulta: 04 julio 2009].
- . **Innocenti Digest: Protegiendo a la infancia afectada por el VIH y el SIDA**. 2006. <[http://www.unicef.pt/18/irc\\_ins\\_aids\\_8p.pdf](http://www.unicef.pt/18/irc_ins_aids_8p.pdf)>. [Consulta: 04 julio 2009].
- VAN BUEREN, G. **The International Law on the Rights of the Child**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1998.
- WOODHOUSE, B. Are you my mother? Conceptualizing children's identity rights in transracial adoptions. **Duke Journal of Gender Law and Policy**, vol. 2, pp. 107-129, 1995.
- ZEANAH, C. H. Designing research to study the effects of institutionalization on brain and behavioural development: the Bucharest Early Intervention Project. In: ZEANAH; C. H.; et al (eds.). **Development and Psychopathology**, vol. 15, pp. 885-907, 2003.

## NOTAS

---

1. Por ejemplo, algunos países como Botswana, Malawi, Sierra Leona y Zambia tienen un requisito de residencia para los futuros padres adoptivos.
2. Por ejemplo, Nigeria.
3. Si hay algo que se aproxima al principio de subsidiariedad en la Declaración de 1959, es el principio 6, que establece que siempre que sea posible el niño deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material.
4. Esto se contrapone al hecho de ser simplemente una consideración primordial en todos los demás ámbitos.
5. Estas disposiciones incluyen el artículo 8, que preserva el derecho del niño a su identidad, nacionalidad, nombre y relaciones familiares sin injerencias ilícitas. Asimismo, el artículo 18 aborda la responsabilidad de los padres, mientras que el artículo 20 se ocupa de los niños privados de su familia.
6. Aún quedan por ratificarlo dos países: Somalia y los Estados Unidos.
7. La Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño fue adoptada por la OAU (ahora Unión Africana o AU) con el fin de dar aplicación específica a la Convención sobre los Derechos del Niño dentro del contexto africano.
8. Doek (2006) describe este principio como el "principio rector para la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño".
9. "La separación del niño/a del cuidado de su familia debería ser considerada como una medida de último recurso y por el mínimo tiempo posible. Toda decisión relativa a la separación debería ser regularmente revisada, y se debería asegurar el regreso del niño/a al cuidado parental una vez que las causas que originaron la separación hayan sido resueltas o hayan desaparecido" (NACIONES UNIDAS, 2007, art. 13).
10. Puesto que según las investigaciones, típicamente el costo del cuidado en instituciones ha demostrado triplicar el costo del cuidado en hogares de guarda familiares (BROWNE, 2005, pp. 1-12).
11. Con su aporte al debate y la práctica del cuidado en hogares de guarda, este estudio contiene información sobre experiencias de cuidado en hogares de guarda en países en desarrollo, que tiende a ser informal y poco documentada.
12. Véase, por ejemplo, la entrevista con la Baronesa Emma Nicholson, enviada del Parlamento Europeo a Rumania (centrul roman pentru jurnalism de investigatie [CRJI], 2001).
13. Este período de tiempo puede variar según las circunstancias, en particular las relacionadas con la capacidad de realizar una localización adecuada; sin embargo, el proceso de localización debe completarse dentro de un período de tiempo razonable.
14. Véanse el artículo 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 23 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, donde aparecen algunos de los derechos que tienen los niños refugiados.
15. Aunque esto es en parte discutible, ya que, en circunstancias excepcionales, la institucionalización podría considerarse una solución permanente para niños a los que se suele calificar como "difíciles de colocar".
16. Naturalmente, la solución elegida, y la manera en que se la pone en práctica, siempre deben respetar plenamente los derechos y el interés superior del niño.
17. SUDÁFRICA. Tribunal Constitucional. M c/ El Estado. Sentencia. 26 de septiembre de 2007a, § 24.
18. Se argumenta que la postura que asume el principio de subsidiariedad es en sí misma subsidiaria: está supeditada al interés superior del niño (NICHOLSON, 2000, p. 248).
19. SUDÁFRICA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. AD y otros c/ DW y otros. CT48/07.
20. SUDÁFRICA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. AD y otros c/ DW y otros. CCT 48/07. Sentencia. 7 de diciembre de 2007b, § 48.
21. SUDÁFRICA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. AD y otros c/ DW y otros. CCT 48/07. Sentencia. 7 de diciembre de 2007b, § 49-50.
22. Véase la sección sobre "Marco jurídico internacional".
23. Cabe destacar que por lo general a las residencias infantiles también se las suele denominar "orfanatos".
24. Por definición, los hogares grupales son pequeñas instituciones residenciales ubicadas dentro de una comunidad y diseñadas para atender a los niños.
25. MALAWI. TRIBUNAL SUPERIOR, 2009a, p. 6.
26. Ibid.
27. MALAWI. TRIBUNAL SUPERIOR. 2009b, p. 18.
28. Ibid.
29. Ibid.
30. Y sin embargo, en investigaciones realizadas en el año 2006, se observó que en África hay una preocupación creciente por el número cada vez mayor de orfanatos que se están creando para responder a las necesidades de los niños afectados por el VIH y el SIDA (NACIONES UNIDAS, 2006).
31. Véase la introducción del artículo.
32. En la Observación General N.º 9, § 47, se afirma que el Comité de los Derechos del Niño "insta a los Estados Partes a que utilicen la colocación en instituciones únicamente como último recurso, cuando sea absolutamente necesario y responda al interés superior del niño". (COMITÉ CRC, 2007b).
33. "Generalmente", porque se toman en cuenta los

casos convencionales (no excepcionales) cuando se determina la preferencia general que se debe adoptar al tomar decisiones entre opciones de cuidado alternativas.

34. Según Liefhard, es fundamental que las autoridades competentes ejerzan cierto grado de discrecionalidad al buscar diferentes opciones y finalmente decidir cuál de ellas tiene probabilidades de lograr el efecto deseado. El efecto deseado es un resultado que puede considerarse una respuesta apropiada y adecuada a la conducta delictiva del niño (LIEFFARD, 2008, p. 195).

35. Para un análisis de la pobreza en el contexto de la adopción internacional, véase SMOLIN (2007).

36. Por ejemplo, en virtud del artículo 31 del Código Infantil de Brasil de 1990, la adopción internacional es una medida excepcional después de que se han agotado todas las tentativas de adopción en el país de origen, con lo cual se garantiza el derecho del niño a vivir en su propio país.

37. Véase más arriba la sección titulada "Hacia una comprensión del concepto de 'último recurso': ¿algo que aprender de los principios de la justicia de menores?".

## ABSTRACT

The increased popularity of intercountry adoption is not anything recent. What is recent, however, is the increased attention African children are attracting from prospective adoptive parents living in other parts of the world, as exemplified by the adoptions by Angelina Jolie and Madonna. Opinions are divided over the necessity and propriety of intercountry adoption, but considering the practice as a panacea for children without parents and parents without children is a prevalent view. On the other hand, some sending states have resisted placing Third World children deprived of their family environment in homes outside of their native countries – a purportedly “imperialistic” practice. The operative language that has emerged in recent times has been that intercountry adoption should be used as a measure of last resort, but one can hardly find any research on what it actually means (or should mean), and what its implications are for child welfare policy and law in Africa. This paper intends to contribute to filling this gap.

## KEYWORDS

Intercountry Adoption – Principle of Subsidiarity – Last Resort Measure. Rights of Children – Africa.

## RESUMO

A crescente popularidade das adoções internacionais não é algo recente. Recente, entretanto, é a crescente atração que crianças africanas têm despertado em potenciais pais adotivos que vivem em outras partes do mundo, como exemplificado pelas adoções de Angelina Jolie e Madonna. As opiniões sobre a adoção internacional estão divididas entre a necessidade e conveniência desta prática, mas a visão que a considera uma panacéia para crianças sem pais e pais sem filhos prevalece. Por outro lado, alguns países têm se mostrado resistentes à retirada de crianças do Terceiro Mundo de seus ambientes familiares para serem alocadas em casas fora de seu país natal – prática entendida como “imperialista”. Atualmente, a idéia a qual a adoção internacional esta ligada é a de que esta seria uma medida de último recurso, mas pesquisas sobre qual o seu verdadeiro significado (ou qual deveria sê-lo), e quais as suas implicações para a política de bem-estar da criança e para a legislação africana são difíceis de encontrar. Este artigo pretende contribuir para o preenchimento desta lacuna.

## PALAVRAS-CHAVE

Adoção internacional – Princípio da Subsidiariedade – Medidas de Último Recurso. Direito da Criança – África.

## KATHARINE DERDERIAN

Katharine Derderian trabaja en la Unidad de Análisis y Abogacía de Médecins Sans Frontières (MSF) en Bélgica. Desde el 2001 con MSF, Katharine ha trabajado en el campo de misiones de MSF en Liberia, Angola y Kenia. Desde que se unió a la oficina central en 2005, se ha enfocado en el contexto de conflicto, más recientemente Darfur, Somalia y las regiones vecinas, tanto en la política y práctica militar y de la ONU como en su impacto en la ayuda humanitaria. Katharine tiene un doctorado en Filología Clásica de la Universidad de Princeton.

Email: [katharine.derderian@brussels.msf.org](mailto:katharine.derderian@brussels.msf.org)

## LIESBETH SCHOCKAERT

Liesbeth Schockaert trabaja actualmente en la Unidad de Análisis y Abogacía en Médecins Sans Frontières en la oficina central de Bruselas. Desde 1999 con MSF, Liesbeth tiene una amplia de experiencia en el campo de refugiados y desplazados de entre ellos en Kosovo, Sudáfrica, Chad, Kenia e Indonesia. También coordina el trabajo, apoyo y campañas de refugiados de MSF. Liesbeth se graduó en Derecho en la Universidad de Ghent y es licenciada en Políticas Internacionales y Europeas por la Universidad de Edimburgo.

E-mail: [liesbeth.schockaert@brussels.msf.org](mailto:liesbeth.schockaert@brussels.msf.org)

## RESUMEN

---

El trabajo mundial de Médecins Sans Frontières (MSF) revela una transición hacia formas mixtas de migración tanto política como económica. La naturaleza cambiante de la migración y el desplazamiento, en particular del flujo de refugiados, y la respuesta gubernamental a éste, representa un nuevo dilema para la asistencia humanitaria. En este artículo, MSF documenta el impacto concreto de este desafío y nuestro abordaje operacional en respuesta. Argumentamos que este desarrollo representa un desafío fundamental para los actores de ayuda humanitaria en términos de acceso y asistencia de personas huyendo de violencia y en búsqueda de refugio. En contextos de violencia y desplazamiento, MSF tiene un largo pasado de defensa de la preservación de espacios humanitarios - el reconocimiento y respeto por parte de Estados y otros actores de la acción humanitaria independiente para evaluar las necesidades y asistir a los más vulnerables. Las barreras legales y prácticas más restrictivas afrontadas por refugiados y migrantes nos confrontan a encontrar maneras para localizarlos y contactarlos, pero también a elaborar un lenguaje y hallar medios para incidir sobre los Estados para que asuman su responsabilidad de proteger a los refugiados y para asegurar que actores humanitarios puedan acceder a ellos y asistirlos en los casos de lagunas legales.

Original en Inglés. Traducido por Luz Adriana González Escalona

Recibido en marzo de 2009. Aceptado en junio de 2009.

## PALABRAS CLAVES

---

Migrantes – Refugiados – Desplazamientos – Asistencia médica – MSF.



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en <[www.revistasur.org](http://www.revistasur.org)>.

## RESPONDIENDO A LOS FLUJOS “MIXTOS” DE MIGRACIÓN: UNA PERSPECTIVA HUMANITARIA

Katharine Derderian y  
Liesbeth Schockaert

El trabajo mundial de Médicins Sans Frontières (MSF) revela una transición hacia formas mucho más mixtas de migración con pasados e historiales tanto políticos como económicos. “Flujos Mixtos” de desplazados pueden sugerir movimientos de población incluyendo tanto a personas huyendo de persecución política o violencia como personas migrando por motivos económicos. En muchos casos aún, estas distinciones son confusas ya que las personas buscando refugio de conflictos y regímenes opresivos también buscan trabajo y oportunidades económicas para sobrevivir. La terminología y la distinción entre refugiados “políticos” y migrantes “económicos” continúan siendo fundamentalmente una construcción artificial.

Al mismo tiempo, MSF es testigo del debilitamiento y/o ausencia de aplicación directa de la ley de refugiados para aquellos que huyen de persecuciones y violencia pero que no son vistos o son ignorados intencionalmente, dentro de tales flujos mixtos – lo que conlleva un impacto real y preocupante en su vida y salud.

La naturaleza cambiante de la respuesta gubernamental a la migración y desplazamiento, y a los flujos de refugiados en particular, representa un nuevo reto fundamental para la asistencia humanitaria. En este artículo, MSF documenta el impacto concreto de estos retos y nuestro abordaje operacional en evolución en la respuesta.

Argumentamos que estos profundos cambios representan un reto fundamental para los actores de la ayuda humanitaria en términos de acceder y asistir a personas huyendo de la violencia para buscar refugio, asistencia y protección en otros países. Es fundamental para los actores humanitarios reconsiderar las cambiantes respuestas gubernamentales a los movimientos poblacionales de hoy en día para redefinir y recobrar espacio humanitario de acceso de manera a asistir de forma independiente a aquellos que huyen de la violencia.

---

*Ver las notas del texto a partir de la página 118.*

## 1. Información de fondo: respuesta de MSF a refugiados en contextos cambiantes

Fundada en 1971, MSF tiene una larga historia de asistencia a refugiados, con o sin estatus de refugiado legal. Empezando con uno de sus primeros proyectos a larga escala asistiendo refugiados camboyanos en Tailandia en 1975 y refugiados salvadoreños en Honduras en 1980 (MSF, 2003a), MSF reaccionó en varias de las mayores crisis mundiales de refugiados en las décadas siguientes, incluyendo asistencia a refugiados ruandeses en campos en Zaire, refugiados somalíes en campos en Kenia, refugiados afganos en Pakistán e Irán, refugiados de Darfur en Chad, por nombrar algunos. Además de estas acciones, MSF también ha informado constantemente a la opinión pública sobre la precaria situación de los refugiados y sobre su propio trabajo humanitario en los campos de refugiados<sup>1</sup>.

Actualmente, *de facto*, autoridades en los países de acogida como también algunas agencias internacionales y donadores desaprueban el desarrollo de nuevos campos de refugiados debido a argumentos errados sobre el prolongamiento potencial de la condición de refugiados (ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS [ACNUR], 2006; PONT, Amy, 2006)<sup>2</sup> ya que los campos actuarían como un elemento atractivo para entradas adicionales e implicarían una “dependencia” de los refugiados de la ayuda en escenarios donde la integración local puede parecer imposible.<sup>3</sup> En realidad, las situaciones de prolongamiento del estatus de refugiado son más el resultado combinado del prolongamiento de situaciones conflictivas en sus países de origen, de la política de respuesta del país de asilo y de la falta de compromiso suficiente del gobierno donador en estas situaciones. (LOESCHER; MILNER, 2006).

Como resultado de estas realidades políticas, es cada vez más frecuente que los refugiados no reciban asistencia en campos, pero tengan que trasladarse a zonas urbanas donde viven escondiéndose y tratan de sobrevivir económicamente en el sector informal. Los refugiados urbanos viven las mismas situaciones de prolongamiento de su estatus de refugiados – simplemente fuera de los campos. Como resultado, parecen más vulnerables tanto en términos de salud mental debido al estrés y continuo temor de deportación como en términos de salud física provocada por las condiciones de vida pobre y la falta de acceso a servicios básicos, incluyendo cuidado a la salud.

Refugiados no reconocidos y migrantes indocumentados en escenarios urbanos a menudo carecen de protección y se tornan un blanco de xenofobia y otros ataques, como hemos testimoniado recientemente a larga escala en Sudáfrica (MSF, 2008d) y en incidentes específicos en otros contextos. En Malasia, de 248 incidentes de violencia registrados por MSF, 26% fueron ejecutados por malayos comunes contra migrantes indocumentados y refugiados viviendo entre ellos. Estos abusos permanecieron impunes porque refugiados y migrantes indocumentados estaban demasiado asustados para hacer valer sus derechos o para ejercer una acción legal. Depositar denuncias ante la policía de Malasia no hubiera beneficiado a los refugiados y migrantes ya que hubieran sido acusados de ser “ilegales” (MSF, 2007d).

En los últimos diez años hemos asistido a un aumento mundial de políticas

restrictivas para los refugiados tanto en los países receptores como a nivel regional en países vecinos donde los refugiados pueden buscar protección. Los refugiados disfrutaban de varios beneficios de largo alcance estipulados en la Convención de Refugiados en 1951 y en otros tratados internacionales (la definición misma de refugiado fue ampliada a nivel regional por la Convención de la Organización de la Unidad Africana [OUA] de 1969 y la Declaración de Cartagena de 1984). Estos derechos incluyen el derecho de cruzar fronteras para buscar asilo en otros países; el derecho a solicitar asilo y disfrutar de al menos protección temporal si el regreso al país de origen implica riesgo para la vida; y el derecho a no ser objeto de repatriación forzada (*refoulement*). Sin embargo, estos derechos han sido interpretados en formas cada vez más restrictivas, incluyendo el cierre de fronteras por Estados y el uso político y beligerante de ayuda humanitaria en el país.

Estas políticas y prácticas han resultado en un cambio en los modelos de huida de violencia y conflicto – cada vez hay más personas internamente desplazadas (PID), refugiados urbanos, flujos “mixtos” de refugiados, migrantes y *sans papiers* (sin papeles).

En los últimos años se ha visto un incremento general de personas internamente desplazadas del orden de 24.5 millones de personas a nivel mundial a comienzos de 2007. Pese a un marco operacional y legal de trabajo muy vago de asistencia a las PID en sus propios países (sin mencionar la frecuente falta de medidas de protección), MSF ha sido capaz de estar presente para asistir y abogar en interés de los desplazados en muchas de las crisis a larga escala de PID, incluyendo Angola, Sudán, Afganistán, Colombia, República Democrática de Congo y Liberia.

Como resultado de políticas cada vez más restrictivas y de vacíos en la asistencia a demandantes de asilo y migrantes indocumentados, MSF inició desde 1990 operaciones en países receptores cada vez con mayor frecuencia, en paralelo con la asistencia a refugiados y desplazados en sus propias regiones. Inicialmente, estos esfuerzos se enfocaron en escenarios Europeos (Bélgica, Francia, España, Italia, Suiza, Grecia, etc.), pero han sido, más recientemente, ampliados de manera a reconocer situaciones análogas en países prósperos del sur, incluyendo Sudáfrica, Malasia, Tailandia y países de tránsito como Marruecos y Yemen (MSF, 2005a, 2208a, 2007d).

Estas operaciones relativamente recientes de MSF, tratan un síntoma de la globalización, que permite un incremento de los flujos internacionales de bienes, capital y servicios pero no siempre de personas – especialmente no de refugiados. Interpretaciones legales más estrictas de la definición de estatus de refugiados<sup>4</sup>, como también obstáculos concretos que bloquean su acceso a un estatus legal y a servicios básicos – como cuidado médico – colocan en situación vulnerable a refugiados y migrantes a cada paso de su viaje.

Como organización humanitaria, MSF otorga cuidado médico a estos migrantes mixtos y poblaciones de refugiados sin considerar el estatus legal del paciente, para MSF no existe el concepto de “persona ilegal” o “paciente ilegal”. Las intervenciones de MSF son una respuesta a seres humanos que necesitan asistencia. Aunque los equipos de MSF generalmente tratan a refugiados y migrantes recién llegados, demandantes de asilo que son rechazados y sin papeles,

el principal criterio para MSF es el de las necesidades humanitarias – respondiendo a la carencia de acceso a cuidado médico básico, como también a las terribles condiciones de vida y abusos que impactan en la salud física y mental de las personas. Desde una perspectiva parecida a la encontrada en las regiones de origen de los refugiados, los equipos de MSF suministran, a través del proyecto, primeros auxilios y cobertura médica, facilitan el acceso a servicios nacionales de cuidado a la salud y tratan consecuencias psicológicas vinculadas a su huida y a la situación de peligro en el país receptor. MSF también denuncia y señala a los países receptores sus vacíos en la asistencia para los demandantes de asilo y migrantes indocumentados y el modo inhumano en que muchos son tratados, con el fin de mejorar su situación.

En Malta<sup>5</sup> y en la isla italiana de Lampedusa<sup>6</sup>, somalíes, etíopes, nigerianos y otros llegan a tierra en botes inseguros. Cruzaron el mar Mediterráneo en condiciones peligrosas, en barcas sobrepobladas, frágiles y con poca comida a bordo. Estuvieron en el mar durante varios días y noches, expuestos a condiciones extremas y a la merced del viento y las olas. Las comunes condiciones situaciones de peligro para la vida del viaje son una experiencia traumática en sí misma. Nuevas llegadas requieren, en la mayor parte de los casos, cuidados inmediatos a causa de shock, deshidratación, hipotermia, quemaduras de la piel u otros daños físicos sufridos durante el viaje. Debido a la falta de asistencia adecuada por parte de las autoridades locales, la presencia humanitaria es necesaria en las costas europeas. MSF suministra acceso a asistencia médica y asistencia a medicina de emergencias en puntos de desembarque, al tiempo que exige un mayor compromiso del gobierno para que ayude a los recién llegados facilitándoles el acceso a procedimientos de obtención de asilo.

Somalíes y etíopes llegan a Yemen tras arriesgar sus vidas para escapar de conflictos y extrema pobreza. Tanto el cruce del mar de Cuerno de África, como el desembarque en la costa de Yemen son bastante peligrosos. Para evitar ser capturados por los militares de Yemen, muchos llegan en botes por la noche y los contrabandistas obligan a los pasajeros a saltar en las aguas profundas lejos de la costa. Como resultado, muchas personas se ahogan al no poder nadar y/o no poder moverse por el entumecimiento de sus miembros. Muchas de estas personas le dicen a MSF que son conscientes del riesgo, pero no tienen otra opción, además de esta estrategia de supervivencia, para escapar de la violencia y destrucción.

En Mytiline, Grecia, visitas de MSF a los centros locales de detención revelan las desesperadas condiciones de vida de refugiados y migrantes, muchos de los cuales han huido de la guerra, persecución, hambre y sufrimiento extremo en Afganistán, Somalia o Palestina. Las intervenciones de emergencia de MSF se concentran en mejorar las condiciones de vida e infraestructura en estos centros y proveer cuidado médico primario y ayuda psicológica.

En Musina, Sudáfrica (MSF, 2008b, 2008c), las actividades médicas de MSF se centran en una comunidad de zimbabwenses que huyeron de condiciones desesperadas en su país natal solo para enfrentarse a una asistencia deficiente, junto con la amenaza y violencia que implican atravesar la frontera, redadas policiales en las áreas donde los zimbabwenses buscan refugio, y la constante amenaza de arresto.

y deportación. MSF ha documentado situaciones similares en Yemen, Marruecos, y otros lugares (MSF, 2005b, 2008e).

Los rohingyas llegan a Tailandia débiles y traumatizados. Perseguidos en Birmania y, a menudo, huyendo de campos en horribles condiciones en Bangladesh, buscan un cielo seguro en Malasia después de transitar por Tailandia. Aquellos que realizan el viaje a Tailandia sufren condiciones precarias lejos de casa, tales como detención, deportación y vida en campos para refugiados sobrepoblados y antihigiénicos a los que están destinados. MSF monitorea su situación y los asiste en el acceso a asistencia médica, tanto en centros de detención como en espacio abiertos.

¿Dónde reside el problema? Para aquellos refugiados que apelan a la ayuda de los Estados, la reacción es alarmante. En respuesta al flujo mundial de refugiados y migrantes, los Estados han implementado una amplia variedad de políticas restrictivas. Políticas públicas recientes incluyen controles de frontera más estrictos y medidas de control de entradas irregulares<sup>7</sup>, interpretaciones restrictivas de las normas aplicables en materia de refugio, medidas de disuasión como el uso de centros de detención y limitaciones para el acceso a servicios básicos, incluyendo la asistencia médica. La consecuencia real de estas políticas no puede ser subestimada. Tienen un impacto directo en la salud de los recién llegados y en personas que se convierten en indigentes durante su estancia.

## **2. El impacto concreto de las políticas restrictivas para refugiados e inmigrantes**

Interpretaciones restrictivas de las normas aplicables en materia de refugio sitúan a las personas en un limbo legal, resultando en un constante miedo de deportación. Los Estados pueden abogar por el retorno de los refugiados a “terceros países seguros” por los cuales hayan transitado, o argumentar que sus países de origen tampoco son completamente seguros, o que los refugiados podrían disfrutar una “trayectoria interna alternativa” para buscar seguridad en otro lugar dentro de sus propios países en vez de estatus de refugiados en el extranjero. Como resultado de estas estrictas interpretaciones solo el 0.03% de los demandantes de asilo en Grecia han recibido protección (HRW, 2008). En Sudáfrica, durante el primer cuarto de 2008, más de 10,000 zimbabwenses solicitaron asilo, de los cuales solo 19 obtuvieron el estatus de refugiado.

Esto en sí mismo implica barreras para acceder al cuidado médico: o las personas no están legalmente autorizadas para acceder al cuidado de salud o tienen miedo de ser deportados cuando busquen cuidados médicos. Los zimbabwenses en Sudáfrica viven con el miedo constante a ser deportados. Aunque teóricamente la Constitución sudafricana garantiza acceso a asistencia médica y otros servicios esenciales para todos aquellos que viven en el país, esta política no es siempre respetada, y el miedo a la deportación – y más recientemente la violencia xenofóbica – mantiene a muchos zimbabwenses sin acceso a cuidados médicos.

Tales interpretaciones restrictivas de derecho internacional, combinadas con bloqueos a las migraciones legales, también han contribuido al aumento de flujos

migratorios mixtos. Diversos migrantes – voluntarios o forzados - y refugiados pueden verse forzados a huir y a quedarse en otros países fuera de cualquier marco de trabajo legal, ya que las oportunidades para migración regular están limitadas o todavía no existen en países de acogida.

Los refugiados pueden carecer de información, ayuda legal u otro tipo de asistencia que habilite su acceso al proceso de petición de asilo, terminando sin estatus legal y con sus derechos confiscados. En Italia, MSF ha sido testigo de la expulsión de 300 personas a Libia que no habían sido informados y/o no habían tenido la oportunidad de solicitar asilo. MSF ha sido testigo de situaciones similares con zimbabwenses en Sudáfrica, rohingyas en Tailandia y africanos subsaharianos refugiados en Marruecos. Al mismo tiempo, el asilo *in situ* o asilo diplomático, es a menudo rechazado, como lo vio MSF en Zimbabwe en 2008, donde cientos de personas fueron denegadas asilo y fueron expulsados de la embajada sudafricana de Harare.

Tales situaciones están en clara violación de las obligaciones legales internacionales de proveer acceso a procedimientos legales, incluyendo el asilo a refugiados. Estas situaciones podrían también constituir una brecha al principio de *non-refoulement*<sup>8</sup> que representa la defensa práctica del derecho de un individuo a no ser forzado a volver al país donde ella/él está en peligro. El principio de *non-refoulement* establece que cualquier individuo que entre en otro territorio, incluso como ilegal, tiene derecho a solicitar una petición de asilo y él/ella debe ser escuchado. Es de suma importancia que la persona tenga acceso a procedimientos de asilo después de su llegada.

A pesar de la falta de opciones domésticas y en el extranjero, toda crisis humanitaria en África subsahariana ha resultado en la huida de personas a Europa desde las regiones afectadas por el conflicto, como se ha visto en nuestros proyectos alrededor del mar mediterráneo. Como resultado del conflicto en sus regiones de origen, equipos de MSF testimoniaron la llegada de libios en el 2003 y de sudaneses del sur en 2004 y 2005 (MSF, 2003b) mientras que en 2008, 30% de las consultas de MSF en nuestro proyecto en Italia era de personas que tenían que huir del Cuerno de África como resultado de la intensificación de las luchas en la región.

Repetidos controles de fronteras y deportaciones – que implican en el momento violencia o amenazas de violencia – resultan en traumas físicos, estrés y ansiedad. En Marruecos, heridas causadas por violencia a manos de la policía, otras autoridades y contrabandistas, son unas de las más frecuentes razones por las cuales los migrantes buscan asistencia médica de MSF.

Estas políticas de no-llegada también fuerzan a tomar mayores riesgos para alcanzar un refugio – que no logran reducir el número de nuevas llegadas, pero si provocan más muertes y riesgos para la salud de aquellos que buscan refugio. En Yemen, únicamente en 2007, más de 1400 personas fueron reportadas muertas y desaparecidas tratando de atravesar el golfo de Adén. En Marruecos, el equipo de MSF ha notificado un aumento en el control de las fronteras entre la costa de Marruecos y España que ha tenido un gran impacto en las rutas tomadas por los migrantes. Personas acostumbraban tratar de atravesar y parar en la línea de llegada entre Ceuta y Mellilla, los dos enclaves españoles que bordean el territorio

marroquí, o navegar a través del estrecho de Gibraltar en “pateras” (pequeños botes). Ahora, cada vez más, viajan en embarcaciones mayores desde sur de Mauritania y Senegal hacia las Islas Canarias – realizando un viaje más largo y peligroso. Al mismo tiempo, a pesar del aumento de las medidas adoptadas, en 2008 se vio un dramático aumento en el número de botes que desembarcaron en Lampedusa, Italia. Para agosto de 2008, 17.340 personas habían llegado – en comparación con 11.889 personas en total durante el año anterior.

Estos refugiados no solo se enfrentan a más y mayores riesgos para llegar a salvo, sino que las políticas restrictivas también implican un fracaso para distinguir personas buscando protección de los otros migrantes que llegan con ayuda de contrabandistas. Ciertamente, al forzar a las personas a huir con ayuda de contrabandistas para alcanzar seguridad, estas restricciones también los exponen a la violencia criminal de los contrabandistas (ejemplo pandillas *gumaguma* en Sudáfrica, mafia en Malasia y Yemen), así como una percepción política y pública de refugiado e inmigrantes menos como víctimas de contrabando que como criminales asociados con contrabandistas.

En años recientes, MSF ha visto también como los Estados intensificaron el uso de la detención así como de medidas de prevención para demandantes de asilo y migrantes indocumentados. Como se ha visto en la mayoría de los proyectos de MSF, las detenciones a menudo implican condiciones de vida degradantes – a veces a largo plazo- que ponen innecesariamente en riesgo la salud de las personas. En Malta, datos médicos de MSF corroboran que más del 30% de los recién llegados están en buena salud. El seguimiento a través de consultas revela una transformación en el modelo de mortalidad directamente relacionado a las condiciones de vida en los centros de detención. Entre refugiados y migrantes en estos centros, MSF ha diagnosticado enfermedades de la piel muy extendidas, diarrea, infecciones respiratorias y necesidades de salud mental, todas debidas a la sobrepoblación y escasas condiciones de higiene. Mientras que la mayoría de los refugiados y migrantes han sobrevivido a eventos traumáticos en sus vidas y han desarrollado mecanismos y estrategias de supervivencia, el estrés relacionado con la detención, con elementos como la sobrepoblación, la falta de privacidad, condiciones difíciles e incertidumbre en lo que concierne a sus futuros pueden impactar profundamente en la salud mental de un individuo, bien estar y habilidades funcionales. A mayor el número de personas detenidas, mayor el número de incidencia de desórdenes de salud mental como ansiedad y depresión. Dentro de los centros de detención, MSF apoya a autoridades de salud para proporcionar atención médica a los detenidos temporales, al tiempo que monitorea las condiciones de vida que afectan la salud de los detenidos. Por último, MSF trabaja para asegurar atención individualizada y/o para crear más espacios para individuos particularmente vulnerables en los centros – enfermos, menores y mujeres embarazadas.

Al abrir más proyectos en los centros de detención, MSF se encuentra caminando en la delgada línea entre proporcionar ayuda a los más necesitados y convertirse en un proveedor de servicios sustituto de los Estados. Documentar y divulgar las condiciones en estos centros y su impacto es parte integral de estos proyectos de MSF.<sup>9</sup>

Las políticas de no-llegada inicial y la falta de marcos claros que limiten la detención y deportación, tienen consecuencias directas y graves para la salud, el bienestar y la dignidad de las personas involucradas en el proceso, convirtiendo en indispensable una respuesta humanitaria donde el Estado responsable ha fracasado.

### **3. Barreras para acceder a la asistencia médica.**

Complicando una situación ya de por sí precaria, numerosas barreras legales y prácticas impiden que refugiados y migrantes tengan acceso a una asistencia médica básica. En algunos países, el acceso a la atención médica para migrantes indocumentados se restringe explícitamente por ley a cuidados médicos de emergencia. En otros países, los migrantes indocumentados tienen acceso total a atención médica, pero incluso en estos casos, en la práctica; este acceso se mantiene complejo debido a los costos, obstáculos administrativos y a la ausencia global de información legal y práctica tanto para los migrantes como para aquellos que los asisten. Además, los migrantes indocumentados podrían enfrentar barreras de lenguaje o culturales, miedo a ser deportados y confrontados a la deportación y/o la necesidad de llevar a cabo procesos complicados y cambiantes. Si los refugiados y migrantes llegan en un estado débil, estas barreras solo contribuyen al deterioro de su salud. Algunos Estados también imponen otras sanciones o multan a otras personas, incluyendo a los médicos que han proporcionado asistencia a migrantes indocumentados sin denunciar su estatus ilegal a las autoridades.

En Tailandia, donde MSF ha asistido a refugiados y migrantes birmanos desde marzo de 2005, los birmanos se enfrentan a un complicado proceso de registro al tiempo que a barreras de discriminación, lenguaje y altos costos cuando buscan ayuda médica. El complejo y caro proceso de registro legal en Tailandia es complicado debido a los cambios casi anuales en regulaciones para la inmigración y para la determinación del estatus de refugiado. En algunos casos, los migrantes pagan a personas especializadas para ayudarlos con el papeleo necesario y para el contacto con las autoridades. Sin un estatus legal y una tarjeta médica, trabajadores migrantes deben pagar el costo de un tratamiento médico completo, generalmente impagable. Por ejemplo; un nacimiento por cesárea cuesta alrededor de 10.000 Bath (300 US\$ o 200) - el equivalente a más de tres meses de trabajo para un migrante común. Buscar asistencia médica también expone a los migrantes a una posible detención mientras se desplazan buscando una estructura médica, o podrían ser reportados por el personal del hospital, y en ambos casos podrían resultar detenidos y deportados.

Además del registro, muchas otras barreras desaniman a refugiados y migrantes birmanos a buscar ayuda médica: diferencias de lenguaje, costos de desplazamiento y cuidados y falta de confianza en el sistema público debido a diferencias de lenguaje a la actitud poco amable de algunos miembros del personal médico. Todos estos factores se conjugan para impedir que muchos migrantes soliciten tratamiento hasta que su condición sea muy grave. Refugiados y migrantes birmanos en Tailandia son solo un ejemplo – MSF ha presenciado problemas similares en Sudáfrica, Bélgica y en otros contextos.

Como organización humanitaria, MSF responde a la ausencia de acceso a cuidados, proveyendo cuidados médicos y otras necesidades básicas a migrantes y refugiados sin considerar su estatus legal. Muchos de los que buscan la asistencia de MSF han tenido que huir de guerras y violencia, llegando en un estado vulnerable desde sus países de origen, donde también tratamos el impacto de la violencia. Sin embargo, en relación a los países receptores, las barreras prácticas, legales y políticas que enfrentan los migrantes obstaculizan el acceso de MSF para llegar hasta ellos y asistirlos.

#### **4. Conclusión: flujos “mixtos” y el reto para los humanitarios.**

Debido a la presión actual, refugiados y migrantes – que llegan en flujos mixtos – se mantienen escondidos en escenarios urbanos por lo que es prácticamente imposible identificarlos de forma abierta y segura para poder asistirlos. En contraste con los clásicos campos de refugiados, pocas normas encuadran los derechos de esta población a asistencia, las obligaciones del Estado para garantizar su acceso a actores humanitarios o dan orientación general para la negociación de acceso humanitario. También en contraste con los típicos escenarios de campos de refugiados del pasado, fuertes gobiernos que se resisten a reconocer el estatus de refugiados o la necesidad de atención humanitaria dentro de sus fronteras, están al frente de muchos de los países receptores.

En contextos de violencia y desplazamientos, MSF ha tenido que abogar por la preservación de espacios humanitarios dentro de los estados y por el reconocimiento de otros actores y su respeto por las acciones humanitarias independientes para asistir en las necesidades y ayudar a los más vulnerables. Cuantas más restricciones legales y barreras prácticas enfrentan los refugiados y migrantes más son los desafíos para encontrar vías tanto para alcanzarlos donde estén como también para encontrar lenguajes y medios para incidir sobre los Estados para que asuman su responsabilidad de asistir y proteger refugiados, y para asegurar que actores humanitarios puedan acceder a ellos y asistirlos en los casos de lagunas legales.

Proporcionar asistencia médica y abogar por el acceso a la salud para migrantes de flujos mixtos es un punto de partida – pero tanto nosotros como otros actores humanitarios debemos permanecer vigilantes y responder a las necesidades de las poblaciones en movimiento que se mantienen vulnerables y, demasiado a menudo, fuera de nuestro campo de visión.

## BIBLIOGRAFÍA

---

- HARVEY, Paul; LIND, Jeremy. 2005. Dependency and Humanitarian Relief: A critical analysis. **HPG Report**, n. 19. Disponible en: <<http://www.odi.org.uk/resources/hpg-publications/reports/19-dependency-humanitarian-relief-critical-analysis.pdf>>. Consultado: el 29 de mayo de 2009.
- HUMAN RIGHTS WATCH (HRW). 2008. **Stock in a Revolving Door**. Nueva York. Disponible en: <<http://www.hrw.org/en/reports/2008/11/26/stuck-revolving-door-0>>. Consultado: el 29 de mayo de 2009.
- LOESCHER, Gil; MILNER, James. 2006. Protracted Refugee Situation in Thailand: towards solutions. **Presentation to the Foreign Correspondents' Club of Thailand**. Disponible en: <<http://www.refugees.org/uploadedFiles/Investigate/Anti-Warehousing/Countries/Loescher%20and%20Milner%20060201%20PRS.pdf>>. Consultado: el 29 de mayo de 2009.
- MÉDECINS SANS FRONTIÈRES (MSF). 2003a. **Chronologie des Évènements 1969-1989**. Paris. Disponible en: <<http://www.msf.fr/drive/ppp-honduras-chrono-vf.pdf>>. Consultado: el 29 de mayo de 2009.
- . 2003b. **MSF expands activities in 'Hotel Africa', Rome**. Ginebra. Disponible en: <[http://www.msf.org/msfinternational/invoke.cfm?objectid=9AA2DF7A-C5BC-490C-8DD582C38EE85B28&component=toolkit.article&method=full\\_html](http://www.msf.org/msfinternational/invoke.cfm?objectid=9AA2DF7A-C5BC-490C-8DD582C38EE85B28&component=toolkit.article&method=full_html)>. Consultado: el 29 de mayo de 2009.
- . 2005a. **Fruits of Hypocrisy: History of who makes agriculture... hidden: Survey on life and health conditions of foreign workers employed in Italian agriculture**. Disponible en: <<http://www.aerzte-ohne-grenzen.at/img/db/msfmedia-2598.pdf>>. Consultado: el 29 de mayo de 2009.
- . 2005b. **Violence and Immigration: Report on Illegal sub-Saharan Immigrants in Morocco**. Disponible en: <<http://www.statewatch.org/news/2005/oct/MSF-morocco-2005.pdf>>. Consultado: el 29 de mayo de 2009.
- . 2007a. **Lampedusa shipwrecks - and the number of victims continues to increase**. Ginebra. Disponible en: <[http://www.msf.org/msfinternational/invoke.cfm?objectid=BA85F400-15C5-F00A-25DA2E70E3BFE3C9&component=toolkit.article&method=full\\_html](http://www.msf.org/msfinternational/invoke.cfm?objectid=BA85F400-15C5-F00A-25DA2E70E3BFE3C9&component=toolkit.article&method=full_html)>. Consultado: el 29 de mayo de 2009.
- . 2007b. **Le coût humain de la detention: Les centres fermés en Belgique**. Bruselas. Disponible en: <<http://www.mrax.be/IMG/detention.pdf>>. Consultado: el 29 de mayo de 2009.
- . 2007c. **MSF dénonce le coût humain des centres fermés pour étrangers en Belgique**. Bruselas. Disponible en: <<http://www.msf-azg.be/fr/main-menu/actualites/infos/news-detail/table/34.html>>. Consultado: el 29 de mayo de 2009.
- . 2007d. **"We are worth nothing": Refugee and Asylum Seeker Communities in Malaysia**. Bruselas. Disponible en: <[http://www.msf.org/msfinternational/invoke.cfm?component=report&objectid=E5ED7E8F-15C5-F00A-25A843B563FAB64A&method=full\\_html](http://www.msf.org/msfinternational/invoke.cfm?component=report&objectid=E5ED7E8F-15C5-F00A-25A843B563FAB64A&method=full_html)>. Consultado: el 29 de mayo de 2009.

- \_\_\_\_\_. 2008a. **International Activity Report 2007**. Ginebra. Available at: <[http://www.msf.org/source/actrep/2007/fr/MSF\\_FR\\_AR\\_final.pdf](http://www.msf.org/source/actrep/2007/fr/MSF_FR_AR_final.pdf)>. Consultado: el 29 de mayo de 2009.
- \_\_\_\_\_. 2008b. **MSF calls upon South African authorities to immediately stop deportation of Zimbabweans**. Geneva, Disponible en: <[http://www.msf.org/msfinternational/invoke.cfm?objectid=D3341261-15C5-F00A-257A117997E83742&component=toolkit.pressrelease&method=full\\_html](http://www.msf.org/msfinternational/invoke.cfm?objectid=D3341261-15C5-F00A-257A117997E83742&component=toolkit.pressrelease&method=full_html)>. Consultado: el 29 de mayo de 2009.
- \_\_\_\_\_. 2008c. **MSF provides essential health care to Zimbabwean migrants in South Africa**. Ginebra. Disponible en: <[http://www.msf.org/msfinternational/invoke.cfm?objectid=28006043-15C5-F00A-254DEA69B6E5E96E&component=toolkit.article&method=full\\_html](http://www.msf.org/msfinternational/invoke.cfm?objectid=28006043-15C5-F00A-254DEA69B6E5E96E&component=toolkit.article&method=full_html)>. Consultado: el 29 de mayo de 2009.
- \_\_\_\_\_. 2008d. **MSF responds to outbreaks of violence in Johannesburg, South Africa**. Ginebra. Disponible en: <[http://www.msf.org/msfinternational/invoke.cfm?objectid=05F37455-15C5-F00A-2558B258913F373A&component=toolkit.article&method=full\\_html](http://www.msf.org/msfinternational/invoke.cfm?objectid=05F37455-15C5-F00A-2558B258913F373A&component=toolkit.article&method=full_html)>. Consultado: el 29 de mayo de 2009.
- \_\_\_\_\_. 2008e. **No Choice: Somali and Ethiopian Refugees, Asylum Seekers and Migrants crossing the Gulf of Aden**. Disponible en: <[http://www.msf.org/source/countries/middleeast/yemen/2008/MSF\\_report\\_no\\_choice.pdf](http://www.msf.org/source/countries/middleeast/yemen/2008/MSF_report_no_choice.pdf)>. Consultado: el 29 de mayo de 2009.
- PONT, Amy. 2006. **A Crisis in the Dark: The Forgotten Refugees**. **UN Chronicle Online Edition**, Nueva York, v. XLIII, n. 3.
- Disponible en: <<http://www.un.org/Pubs/chronicle/2006/issue3/0306p38.htm>>.
- Consultado: el 29 de mayo de 2009.
- THE OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR). 2004. **Protracted Refugee Situations**, UN Doc. EC/54/SC/CRP.14.
- \_\_\_\_\_. 2006. **State of the World's Refugees 2006**. New York: Cambridge University Press, ch. 5. Disponible en: <<http://www.unhcr.org/publ/PUBL/4444afcb0.pdf>>.
- Consultado: el 29 de mayo de 2009.

## NOTAS

---

1. Para mayor información sobre las campañas públicas de MSF sobre refugiados (en inglés): <http://www.doctorswithoutborders.org/education/refugeecamp/movie.cfm>  
<http://www.doctorswithoutborders.co.nz/education/resources/borderstories-tg.pdf>
2. UNHCR (en español, ACNUR) define la situación de un refugiado protegido como: "Aquella en la cual el refugiado se encuentran en un estado duradero e inacabable de limbo. Sus vidas pueden no estar en riesgo, pero sus derechos básicos y necesidades económicas, sociales y psicológicas permanecen insatisfechas después de años en el exilio. Un refugiado en esta situación es a menudo incapaz de liberarse de la dependencia de la asistencia externa" (ACNUR, 2004, p.1)
3. Para un análisis crítico sobre la cuestión de la dependencia de ayuda (frecuentemente con una opinión sobre la situación de refugiados), argumentando que esa asistencia transparente y confiable a las necesidades debería ser el foco de la ayuda en lugar del rechazo a la dependencia, ver HARVERY; LIND, 2005.
4. Por ejemplo, en 2007 sólo Grecia recibía más de 112.000 migrantes. Sin embargo de un total de aproximadamente 25.000 solicitudes de asilos registrados sólo a ocho le fueron otorgadas el estatus de refugiado – las principales nacionalidades en consultas de MSF fueron de personar originarias de Iraq, Afganistán, Somalia y Pakistán.
5. MSF ha estado activo en Malta desde Agosto de 2008.
6. MSF trabajó en la isla más al sur de Italia, Lampedusa, del 2002 al 2008 (MSF, 2007a).
7. Por ejemplo, dentro de la Unión Europea existen ahora políticas comunes para visa, sanciones a las personas que trasladen migrantes indocumentados, y controles extraterritoriales realizados por personal de aerolíneas y oficiales de inmigración establecidos en el extranjero para impedir llegadas indeseadas. Una agencia de la UE, Frontex, fue creada para cooperar cada vez más en el control de frontera. Para mas información de Frontex: <http://www.frontex.europa.eu/>
8. Art. 33 de la Convención de Refugiados de 1951 considerada ley aplicable.
9. Ver ejemplo MSF, 2007c; junto con un informe más profundo de documentación de MSF, 2007b. Un trabajo semejante en centros de detención fue llevado a cabo en Malasia (ver arriba).

## ABSTRACT

---

Médecins Sans Frontières' (MSF) worldwide work with refugees reveals a transition toward ever more mixed forms of migration of both political and economic backgrounds. This evolving nature of migration and displacement, in particular refugee flows, and the government response to it, represents a new dilemma to humanitarian assistance. In this article, MSF documents the concrete impact of these changes and our operational approach in response. We argue that these developments represent a fundamental challenge to humanitarian aid actors in terms of accessing and assisting people fleeing violence to seek refuge, assistance and protection in other countries. In contexts of violence and displacement, MSF has long advocated for a preservation of humanitarian space states' and other actors' recognition and respect for humanitarians' independent action to assess needs and assist the most vulnerable. The ever more restrictive legal and practical barriers facing refugees and migrants confront us to find ways both to reach them where they are, but also to find language and means to advocate toward states for greater responsibility to assist and protect refugees and to ensure humanitarian actors have space to access and assist them where gaps remain.

## KEYWORDS

---

Migrants – Refugees – Displacement – Health care – Médecins Sans Frontières.

## RESUMO

---

A atuação internacional de Médicos sem Fronteiras (MSF) com refugiados revela uma transição que cada vez mais entrelaça as diversas formas de migração de origem política e econômica. A evolução da natureza das migrações e dos deslocamentos, em particular os fluxos de refugiados, e as respostas dos governos a essas movimentações, representam um novo dilema para a assistência humanitária. Nesse artigo, MSF documenta o impacto concreto dessas transformações e a reação de nossa abordagem operacional. Argumentamos que essas transformações representam um desafio às organizações humanitárias com relação ao acesso e à assistência prestada às pessoas fugindo da violência e em busca de refúgio, assistência e proteção em outros países. Em contextos de violência e deslocamento, MSF há tempos defende a preservação de espaços humanitários, o reconhecimento e o respeito por parte dos Estados e de outros atores pelas ações humanitárias independentes, para que avaliem as necessidades e assistam os mais vulneráveis. As barreiras legais e operacionais cada vez mais restritivas enfrentadas pelos migrantes e refugiados nos confronta a encontrar meios para alcançá-los onde estiverem, como também a encontrar uma linguagem e caminhos que nos possibilitem advogar junto aos Estados a ampliação de suas responsabilidades na promoção de assistência e proteção aos refugiados, garantindo que os agentes humanitários tenham espaço para acessar e assisti-los onde ainda seja necessário.

## PALAVRAS-CHAVE

---

Migrantes – Refugiados – Deslocamentos – Direito à saúde – Acesso a cuidados médicos – Médicos sem Fronteiras.



JUAN CARLOS MURILLO GONZÁLEZ

Abogado y Notario Público. Cursó estudios de Derecho en la Universidad de Costa Rica. Funcionario del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados desde 1991. Ha sido Oficial de Protección en Turquía y Guatemala, y Asesor Jurídico Regional del ACNUR en Venezuela. Actualmente se desempeña como Asesor Jurídico y Jefe de la Unidad Legal Regional, con sede en Costa Rica, del Buró de las Américas del ACNUR. Las opiniones expresadas en este documento son del autor y no reflejan necesariamente las del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) o las de la

Organización de las Naciones Unidas.

Email: murillo@unhcr.org

## RESUMEN

Tras los trágicos acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, se ha generado un gran interés entre los países en materia de seguridad nacional. Mientras que todo Estado tiene derecho a promover su seguridad y el control de sus fronteras, también es necesario asegurarse de que los intereses de seguridad legítimos de los Estados sean consistentes con sus obligaciones de derechos humanos y que los controles de inmigración no afecten indiscriminadamente a los refugiados necesitados de protección internacional, para no perjudicar el régimen internacional de protección de refugiados. Este artículo explora las relaciones entre la seguridad de los Estados y la protección internacional de los refugiados, centrándose en la compatibilidad de ambos temas. La seguridad es tanto un derecho de los refugiados como un interés legítimo de los Estados. Es por lo tanto importante que entendamos que la seguridad de los Estados y la protección de los refugiados son complementarias y se refuerzan mutuamente. En este sentido, la legislación en lo concerniente a los refugiados y unos procedimientos operacionales justos y eficientes para la determinación de estatus de refugiado pueden ser utilizados por los Estados como herramientas útiles para consolidar y reforzar su seguridad.

Original en español.

Recibido en marzo de 2009. Aceptado en junio de 2009.

## PALABRAS CLAVE

Seguridad – Derechos humanos – Protección internacional de refugiados.



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en <[www.revistasur.org](http://www.revistasur.org)>.

# LOS LEGÍTIMOS INTERESES DE SEGURIDAD DE LOS ESTADOS Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE REFUGIADOS

Juan Carlos Murillo

## I. Introducción

En los últimos años, y en particular después de los trágicos sucesos del 11 de septiembre de 2001, se ha venido observando un marcado interés de los Estados en los temas relativos a la seguridad. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) reconoce el derecho de los Estados de garantizar la seguridad y de ocuparse de los controles fronterizos respecto de quienes tratan de ingresar a su territorio. Sin embargo, es necesario garantizar que los legítimos intereses de seguridad de los Estados sean compatibles con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y que los controles migratorios no afecten indiscriminadamente a quienes necesitan protección internacional como refugiados.

En efecto, las crecientes preocupaciones de seguridad de los Estados han afectado a los refugiados y podrían menoscabar el régimen internacional para su protección. La seguridad y la lucha contra el terrorismo han venido a exacerbar las políticas restrictivas de asilo, ya implementadas por muchos Estados en distintas partes del mundo. Igualmente, en algunos casos los refugiados han sido percibidos como amenazas para la seguridad de los Estados e incluso como potenciales terroristas en función de su nacionalidad, religión o país de procedencia. Algunos medios de comunicación masiva han presentado a la opinión pública un panorama en el cual los temas de seguridad y la lucha contra el terrorismo son vistos como incompatibles con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos y protección internacional de refugiados. Todo esto explica porqué la seguridad es vista hoy como uno de los principales retos de la protección internacional de los refugiados, al igual que los flujos migratorios mixtos, el racismo, la intolerancia y la xenofobia<sup>1</sup>.

---

*Ver las notas del texto a partir de la página 136.*

La seguridad es ciertamente un interés legítimo de los Estados. El Estado tiene derecho a protegerse y a adoptar políticas y medidas para la protección de su población, incluyendo a todos los habitantes bajo la jurisdicción de un Estado, ya se trate de nacionales o no nacionales. Igualmente los Estados han asumido de buena fe obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, incluyendo la protección internacional de refugiados. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 señala el derecho de toda persona en caso de persecución de solicitar asilo y disfrutar de él. En el continente americano, este derecho humano fundamental está consagrado en términos más generosos al señalar, tanto la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 como la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, que **toda persona tiene derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución**, de acuerdo a los convenios internacionales y la legislación nacional.

Sin embargo, es importante indicar que el interés legítimo de los Estados en materia de seguridad es compatible con la protección internacional de refugiados, y ha de darse dentro del marco de respeto de los derechos humanos. En efecto, la seguridad y la lucha contra el terrorismo, al igual que la protección internacional de refugiados son igualmente temas de derechos humanos, y no deben ser vistos como antitéticos u opuestos. Los refugiados son muchas veces las primeras víctimas de la falta de seguridad y del terrorismo. En consecuencia, resulta relevante ver en qué medida ambos temas se complementan mutuamente y cómo la adopción de políticas públicas y de marcos normativos e institucionales para la protección internacional de los refugiados viene a reafirmar y fortalecer la seguridad de los Estados.

Este artículo señala los vínculos existentes entre la seguridad de los Estados y la protección internacional de refugiados, y subraya la compatibilidad de ambos temas.

Como veremos a continuación, los Estados, al momento de adoptar la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, han hecho un balance entre sus legítimas preocupaciones en materia de seguridad y las necesidades humanitarias de quienes necesitan y merecen protección internacional como refugiados. Los intereses legítimos en materia de seguridad igualmente han sido salvaguardados por los Estados en Latinoamérica al momento de adoptar instrumentos regionales para la protección de refugiados, tales como la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994, y la Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina de 2004.

Las necesidades humanitarias de quienes necesitan protección internacional, y que hoy continúan siendo víctimas de la persecución, la intolerancia, las violaciones masivas de derechos humanos, la violencia generalizada y los conflictos internos, no son ajenas a las legítimas preocupaciones nacionales y regionales en materia de seguridad de los Estados. Sin embargo, es importante crear la conciencia de que los refugiados son víctimas de la inseguridad y del terrorismo, y no sus causas<sup>2</sup>, y de que los Estados cuentan con un régimen internacional de protección de refugiados que igualmente tiene presente sus legítimas preocupaciones de seguridad.

## II. La Seguridad Como Derecho Fundamental de los Refugiados y de los Estados

Es necesario comenzar diciendo que la seguridad es vital tanto para el respeto y goce efectivos de otros derechos humanos como para el fortalecimiento del Estado de Derecho. La seguridad es un derecho tanto del individuo como del propio Estado. La seguridad posibilita preservar el derecho humano de solicitar asilo y la integridad misma de esta institución de protección para las víctimas de la persecución. En efecto, los refugiados buscan la seguridad y la protección que no tienen o a la que no pueden acceder en sus países de nacionalidad o de residencia habitual. Los Estados tienen la obligación de proteger a sus nacionales y a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción.

La seguridad como derecho fundamental de los solicitantes de asilo y refugiados influye y está presente en todo el **ciclo del desplazamiento forzado**. Al respecto es importante señalar cómo su goce puede ser un factor determinante en la **prevención** del desplazamiento forzado, al mismo tiempo que su carencia, se constituye en una de las causas fundamentales que genera éxodos de refugiados. En consecuencia, en determinadas situaciones, puede existir un **nexo causal** entre la falta o carencia de seguridad como derecho fundamental de todos individuos, y la subsiguiente persecución o amenaza de persecución, y la necesidad de protección internacional. Por lo tanto, la impunidad y la inseguridad son factores desestabilizadores del Estado de Derecho, y pueden contribuir a generar desplazamientos forzados.

Por otra parte, los solicitantes de asilo y los refugiados en tanto seres humanos bajo la jurisdicción de un Estado, tienen derecho a disfrutar de la seguridad, como derecho humano de todo individuo. Los refugiados son también **sujetos** de derechos fundamentales, y por ende, les asisten los derechos básicos establecidos en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, así como los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales, tanto universales como regionales. En este sentido, puede afirmarse que la seguridad como derecho inherente del ser humano incide directamente en la **calidad del asilo** que se otorga a los refugiados. Ciertamente si no se disfruta de seguridad en el país de asilo, resulta cuestionable hablar de protección efectiva del refugiado, y por lo tanto, es muy posible que éste se vea en la necesidad de buscar protección en otro país.

Finalmente, la seguridad juega un papel preponderante en la búsqueda de **soluciones duraderas** para los refugiados. El restablecimiento y fortalecimiento de este derecho puede propiciar la repatriación voluntaria<sup>3</sup>. Igualmente, su vigencia y respeto posibilita y promueve la integración local, dando la oportunidad a los refugiados de reiniciar una nueva vida en las comunidades receptoras en los países de asilo. En oposición, la falta de seguridad en los países de asilo puede hacer que un refugiado se vea en la necesidad de ser reasentado o de buscar protección efectiva en un tercer país.

En un contexto mundial en el cual la seguridad como expresión de

los legítimos intereses de los Estados influye en la definición y adopción de políticas públicas, es necesario que los Estados hagan un debido balance entre sus legítimos intereses de seguridad nacional y sus obligaciones internacionales en materia de protección de derechos humanos<sup>4</sup>. En la actualidad, se invocan motivaciones de seguridad nacional para adoptar políticas restrictivas en materia de asilo, dando preeminencia a los controles migratorios, sin que se establezcan suficientes garantías para identificar y garantizar protección a solicitantes de asilo y refugiados.

La seguridad personal no es sólo un derecho fundamental de los individuos, reconocida por los distintos instrumentos de derechos humanos, sino que en determinadas circunstancias los Estados en aras de la seguridad nacional pueden válidamente suspender el ejercicio de determinados derechos y garantías.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece en su artículo XXVIII que los derechos de la persona están limitados por los derechos de los demás, **por la seguridad de todos** y las justas exigencias del bienestar general y el desenvolvimiento democrático. En consecuencia, la seguridad personal está supeditada a la seguridad de los otros individuos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos igualmente posibilita la suspensión de garantías en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o **seguridad** del Estado, siempre y cuando la suspensión de garantías sea en la medida y por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación, dicha disposición no sea incompatible con otras obligaciones del derecho internacional, y no exista discriminación alguna (Artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1987). Sin embargo, la propia Convención Americana enumera una serie de derechos que no son susceptibles de suspensión (Artículo 27.2), incluyendo las garantías judiciales para la protección de estos derechos.

En este sentido, la Corte Interamericana ha indicado:

*un Estado “tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad” (nota de pie omitida), aunque debe ejercerlos dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1999).*

Finalmente, es necesario indicar que la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos igualmente establece la posibilidad de restringir el goce y ejercicio de derechos y libertades reconocidas en la misma, siempre y cuando dicha restricción se base en la ley dictada por razón de interés general y con el propósito para el cual ha sido establecida (Artículo 30, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1986).

Si bien es cierto que es posible suspender o restringir el goce y ejercicio de ciertos derechos y libertades, dichas medidas tienen límites establecidos en los propios instrumentos de derechos humanos. En este mismo orden de ideas, la Corte Interamericana ha indicado que es un derecho soberano de los Estados adoptar sus políticas migratorias, pero que éstas han de ser compatibles con las normas de protección de derechos humanos establecidas en la Convención Americana (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2000). En opinión del ACNUR, estos límites al poder soberano de los Estados de adoptar políticas migratorias igualmente están dados en otros instrumentos de derechos humanos, y entre ellos, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.

### **III. Implicaciones de la Seguridad en la Protección Internacional de Refugiados**

La creciente preocupación de los Estados por los temas de seguridad y la lucha contra el terrorismo ha venido a exacerbar las políticas restrictivas en materia de asilo y protección de refugiados; políticas ya aplicadas en muchos países, incluso muchos años antes de los trágicos sucesos del 11 de septiembre de 2001. La ecuación perversa entre refugiados y terroristas pasa por el hecho de desconocer los criterios para la determinación de la condición de refugiado, al igual que ignora que el terrorismo y la violencia generan éxodos de refugiados, y por ende, que éstos son sus víctimas y no sus causas.

Las preocupaciones de seguridad de los Estados han venido afectando la protección de refugiados<sup>5</sup>, particularmente en 3 áreas específicas, a saber:

1. Acceso al territorio,
2. El proceso para determinar la condición de refugiado,
3. El ejercicio de derechos y la búsqueda de soluciones duraderas.

Respecto del acceso al territorio, hoy las personas necesitadas de protección se enfrentan a la aplicación indiscriminada de mayores controles migratorios, a crecientes medidas de interceptación en países de origen, países de tránsito y alta mar, así como a sospechas en función de su nacionalidad, religión o país y región de procedencia. Estas situaciones representan limitaciones adicionales para que un refugiado pueda ingresar a un territorio en busca de protección.

Adicionalmente, se recurre con mayor frecuencia al uso de la detención administrativa de solicitantes de asilo, aplicándose en algunos países la detención automática en razón de la nacionalidad, el origen o la religión de la persona, o respecto del carácter irregular o indocumentado del ingreso al país, todo lo cual viola el carácter excepcional de la detención, el principio de no discriminación (Artículo 3, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951), y la no

sanción por ingreso ilegal (Artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951).

Las consideraciones de seguridad igualmente están impactando negativamente la interpretación de la definición de la condición de refugiado a través del uso de criterios cada vez más restrictivos de las cláusulas de inclusión. A pesar de que a partir de la adopción de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, los refugiados no se definen en función de su nacionalidad sino que el elemento clave es determinar si existe o no un “temor fundado de persecución” por uno de los motivos protegidos<sup>6</sup>, hoy en algunos países se toma en cuenta la forma de ingreso al país, la nacionalidad, el origen étnico o la región de la que proviene el solicitante.

No obstante que la definición de refugiado de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 establece quienes no pueden beneficiarse de la protección internacional, ya sea porque no la necesitan o porque no la merecen (cláusulas de exclusión), el ACNUR ha notado que en algunos países se opta por aplicar de manera restrictiva los criterios de inclusión, de tal forma que resulte innecesario hacer un análisis sobre las cláusulas de exclusión.

En aras de la seguridad, y respecto de las cláusulas de exclusión propiamente dichas, nos preocupa que se pretenda analizar su aplicación incluso antes de llegar al convencimiento de que la persona reúne los requisitos de la definición de refugiado de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. En consecuencia, el ACNUR reitera que para salvaguardar el derecho de asilo y el régimen de protección internacional de refugiados es necesario primero aplicar las cláusulas de inclusión y con posterioridad, analizar la aplicación de las cláusulas de exclusión. Primero hay que establecer que la persona tiene un perfil de refugiado al reunir los elementos de la definición de refugiado y luego analizar **si la persona necesita o merece protección internacional**.

No obstante el carácter taxativo y restrictivo de las cláusulas de exclusión de la definición de refugiado, algunos países han incorporado términos laxos e incluso nuevos motivos para su aplicación. Así, nos preocupa que en algunos países se pretenda utilizar el concepto de “seguridad nacional” como si se tratara de una nueva cláusula de exclusión y se recurra a nuevas causales para denegar la condición de refugiado, en contravención del artículo 1.F. de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

Las legítimas preocupaciones de seguridad de los Estados no fueron ajenas a los redactores de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, y precisamente por ello, establecieron que en determinadas circunstancias algunas personas **no necesitaban o no merecerían protección internacional**. En tanto las cláusulas de exclusión son taxativas y de interpretación restrictiva, los Estados que invocan la “seguridad nacional” para denegar la condición de refugiado, o como si se tratara de una nueva “cláusula de exclusión”, en realidad están violando el espíritu y las disposiciones de la Convención de 1951.

En el mismo sentido, ACNUR reitera que la excepción prevista en el párrafo segundo artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de

1951, respecto de la excepción del principio de no devolución, no es una causal adicional de exclusión sino una medida de carácter estrictamente excepcional que en determinadas circunstancias puede ser invocada por un Estado.

Por último, es claro que las consideraciones de seguridad pueden afectar tanto el ejercicio de derechos fundamentales de los refugiados como la búsqueda de soluciones duraderas para su problemática. En efecto, una opinión pública desinformada o la manipulación de la información con afanes populistas puede generar xenofobia y discriminación respecto de refugiados de una cierta nacionalidad, un determinado origen étnico o una religión específica, y esto igualmente incide en la integración local de refugiados y en las cuotas que establecen los Estados para recibir refugiados reasentados.

#### IV. Los Intereses Legítimos de Seguridad y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951

Puesto que la seguridad es un derecho tanto del Estado como del refugiado, es importante considerar cómo ha sido reflejada esta doble vinculación en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

Como veremos a continuación las legítimas preocupaciones de seguridad de los Estados no son incompatibles con la protección internacional de refugiados sino que se encuentran debidamente contempladas en varias disposiciones específicas de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951<sup>7</sup>, a saber:

##### 1. La definición de refugiado

*(art. 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados).*

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 establece la definición de refugiado, los derechos y obligaciones de las personas refugiadas y el marco general para su tratamiento y protección. Al señalar los elementos o criterios de la definición de refugiado, el artículo 1 de la Convención de 1951 nos recuerda que **los refugiados no sólo necesitan protección internacional sino que deben merecerla**. El artículo 1.F salvaguarda las legítimas preocupaciones de los Estados en materia de seguridad al establecer quienes no obstante tener un perfil de refugiado, no merecen protección internacional. En este sentido, el artículo 1.F. de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, señala:

*“Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar<sup>8</sup>:*

- a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;*
- b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser*

*admitida en él como refugiada;*

*c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.*

En consecuencia, un Estado tiene todo el derecho de velar porque quienes reúnen los elementos de inclusión de la definición de refugiado, no estén incursos en alguna de las causales de exclusión; o lo que es lo mismo que quienes tienen un perfil de refugiado igualmente merezcan protección internacional. **Precisamente por ello, para garantizar la seguridad del Estado y el pleno respeto del derecho de asilo, es en el propio interés de los Estados contar con mecanismos operativos, justos y eficientes para la determinación de la condición de refugiado que les permitan identificar a quienes necesitan y merecen protección internacional.**

Igualmente para salvaguardar la integridad del asilo y su carácter pacífico, apolítico y humanitario de esta institución de protección internacional, los Estados pueden en determinadas circunstancias **cancelar o revocar la condición de refugiado**. Puede darse el caso de que el Estado se haya equivocado o haya sido inducido a error al momento de tomar una decisión sobre la determinación de la condición de refugiado. Igualmente, un refugiado podría cometer ciertos actos en el país de asilo o en un tercer país cuya gravedad podría ocasionar que el Estado le retire la condición de refugiado, válidamente otorgada. Procede la **cancelación** de la condición de refugiado, cuando el Estado llega al convencimiento que el refugiado ha cometido fraude o ha mentado al momento de presentar los hechos en que se fundamenta su solicitud, o que de haberse conocido todos los hechos relevantes de su caso, se hubiera aplicado una cláusula de exclusión. Igualmente, un Estado puede válidamente **revocar** la condición de refugiado en aquellos casos en los que la persona una vez obtenido el reconocimiento comete un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, o se hace culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas<sup>9</sup>.

Asimismo, el Estado tiene todo el derecho de sancionar al refugiado que cometa un delito en su territorio. **La condición de refugiado no implica inmunidad ni tampoco puede favorecer la impunidad**. Si un refugiado no respeta o viola las normas del país de asilo está sujeto a la aplicación de las mismas medidas y sanciones previstas para los nacionales o cualquier otro extranjero bajo la jurisdicción de un Estado.

En consecuencia, una interpretación coherente y consistente de la definición de refugiado permite hacer un balance entre los legítimos intereses de los Estados en materia de seguridad y las necesidades humanitarias de quienes necesitan y merecen protección internacional. La aplicación rigurosa de las cláusulas de inclusión y exclusión de la definición de refugiado salvaguarda los legítimos intereses de los Estados, en tanto les permite identificar a quienes necesitan y merecen protección internacional y a quienes no. En consecuencia, reiteramos que es en el propio interés de los Estados contar con normativa interna en materia de refugiados así como procedimientos operativos, justos y eficientes para la determinación de la condición de refugiado.

## 2. *Medidas provisionales*

*(art. 9 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951).*

El artículo 9 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 faculta al Estado para que, en tiempo de guerra o en otras **circunstancias graves y excepcionales**, adopte provisionalmente respecto de una persona, las medidas que estime indispensables para la seguridad nacional mientras se determina que es un refugiado e incluso la continuación de dichas medidas respecto de un refugiado reconocido cuando sea necesario para la seguridad nacional.

La detención administrativa de un solicitante de asilo o refugiado siempre debe ser la excepción y no la regla. Este carácter excepcional de la detención está reafirmado en el artículo 9 anteriormente indicado, pero nótese que los intereses legítimos de los Estados han sido debidamente salvaguardados en tiempos de guerra o ante circunstancias graves y excepcionales en aras de la seguridad nacional. Este artículo permite el internamiento y la detención de una persona mientras se determina su condición de refugiado, e incluso una vez determinada dicha condición, siempre y cuando las medidas adoptadas sean necesarias para la seguridad nacional.

En consecuencia, en aquellas circunstancias válidas en que el Estado pueda invocar motivaciones de seguridad nacional respecto de un solicitante de asilo o refugiado, se podrá proceder a su detención. Reiteramos que se trata de una medida excepcional y no debe ser utilizada como excusa o justificación legal para proceder a la detención de solicitantes de asilo y refugiados<sup>10</sup>.

## 3. *Documentos de viaje*

*(art. 28 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951).*

El artículo 28 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 faculta a los Estados partes la no expedición de documentos de viaje a los refugiados para que se trasladen fuera de su territorio cuando medien razones imperiosas de seguridad nacional o de orden público.

Nuevamente reiteramos que se trata de una medida excepcional en tanto es claro que la expedición de documentación personal, incluyendo el documento de viaje del refugiado, va en el propio interés y la seguridad del Estado, a efectos de conocer e identificar plenamente a quienes tienen dicha condición en su territorio.

## 4. *Expulsión de refugiados*

*(art. 32 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951).*

De conformidad con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951

y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 13), en aras de la seguridad nacional un Estado puede expulsar un refugiado que se encuentre legalmente en su territorio, siempre que medie una decisión tomada conforme a su ordenamiento interno. El mismo artículo 32 de la Convención de 1951 al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 13) establece excepciones a las garantías de debido proceso en un procedimiento de expulsión cuando medien razones imperiosas de seguridad nacional<sup>11</sup>. Sin embargo, siempre deberá garantizarse al refugiado un plazo razonable para gestionar su ingreso legal a un tercer país.

En oposición, la Convención Americana sobre Derechos Humanos no establece la seguridad nacional como causal de expulsión de extranjeros que se encuentren legalmente en el territorio de un Estado ni admite excepciones a las garantías de debido proceso en un procedimiento de expulsión<sup>12</sup>.

### *5. Prohibición de expulsión y de devolución*

*(art. 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951).*

El principio de no devolución es la piedra angular del derecho internacional de refugiados y se funda en el hecho de un Estado debe abstenerse de poner en modo alguno, por expulsión o devolución, a un refugiado en las fronteras de un territorio donde su vida o su libertad esté en riesgo debido a su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas.

Sin embargo, el principio de no devolución admite excepciones previstas en la misma Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, respecto del refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra.

Es importante reiterar una vez más que se trata de una medida excepcional solamente aplicable en situaciones realmente graves, y nunca de una cláusula adicional de exclusión. Asimismo, aún si el Estado puede aplicar válidamente la excepción al principio de no devolución contemplada en el párrafo segundo del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, podrían igualmente resultar relevantes y aplicables otras disposiciones de otros instrumentos de derechos humanos<sup>13</sup>.

Como reseñado, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 hace un debido balance entre los intereses legítimos de seguridad de los Estados y las necesidades humanitarias de protección de los refugiados. En la medida que se fortalezca la implementación efectiva de este instrumento internacional a través de la adopción de normativas nacionales en materia de refugiados y el establecimiento de mecanismos operativos, justos y eficientes para la determinación de la condición de refugiado, los Estados contarán con mejores herramientas para garantizar su seguridad y el pleno respecto de sus obligaciones internacionales en materia de protección de refugiados.

## V. La Seguridad y los Instrumentos Regionales

Los temas de seguridad y protección de refugiados no se excluyen entre sí sino que más bien se complementan y refuerzan mutuamente. Los vínculos existentes entre los legítimos intereses de seguridad de los Estados y las necesidades humanitarias de protección de los refugiados han sido subrayados, tanto en las distintas resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas respecto de la lucha contra el terrorismo. En efecto, dichas resoluciones resaltan el hecho que la lucha contra terrorismo se enmarca dentro del respeto del derecho internacional, y en particular, del derecho internacional de los refugiados, derecho internacional humanitario y derecho internacional de derechos humanos. Lo propio sucede en el ámbito regional y en consecuencia, la Asamblea General de la OEA en sus resoluciones ha puesto de manifiesto la necesidad de que la lucha contra el terrorismo se dé dentro del respeto del derecho internacional y de los derechos humanos.

En este sentido, resulta relevante indicar que la propia Convención Interamericana contra el Terrorismo establece importantes salvaguardias para la protección internacional de los refugiados. Así su artículo 12 establece lo siguiente:

*Cada Estado Parte adoptará las medidas que corresponda, de conformidad con las disposiciones pertinentes del derecho interno e internacional, para asegurar que la condición de refugiado no se reconozca a las personas respecto de las cuales haya motivos fundados para considerar que han cometido un delito establecido en los instrumentos internacionales enumerados en el artículo 2 de esta Convención (el destaque es nuestro).*

Por su parte el artículo 15 de dicha Convención Interamericana indica:

- 1. Las medidas adoptadas por los Estados Parte de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con pleno respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales.*
- 2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención se interpretará en el sentido de que menoscaba otros derechos y obligaciones de los Estados y de las personas conforme al derecho internacional, en particular la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados.*
- 3. A toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo a la presente Convención se le garantizará un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y las disposiciones pertinentes del derecho internacional (el destaque es nuestro).*

Los *instrumentos regionales* para la protección de refugiados en América Latina igualmente han salvaguardado los legítimos intereses de seguridad de los Estados. Al respecto es interesante indicar que la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, inspirada en disposiciones específicas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se constituye en un instrumento flexible y práctico que articula las **legítimas preocupaciones de seguridad nacional y estabilidad regional**, y las **necesidades humanitarias de protección de las personas**. Su énfasis es la **protección y la búsqueda de soluciones duraderas, partiendo del reconocimiento que existen personas que requieren y merecen protección internacional**.

Son precisamente las legítimas preocupaciones de seguridad nacional y estabilidad regional, en un contexto donde se dan distintos esfuerzos de paz, y ante la necesidad de brindar protección a un creciente número de refugiados con nuevos perfiles, las que propician el diálogo, la voluntad política, la concertación, con el apoyo decidido de la comunidad internacional, para que se adopte la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984.

La Declaración de Cartagena reitera el carácter civil, apolítico y estrictamente humanitario de la concesión del asilo y el reconocimiento del estatuto de refugiado, que no debe ser considerado un acto inamistoso entre los Estados. Asimismo, subraya la importancia del respeto irrestricto del principio de non-refoulement como principio de ius cogens. Igualmente incluye una definición regional de refugiado, que incorpora el elemento seguridad como derecho protegido. En este sentido, se recomienda que “...la **definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que** además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, **considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público**”<sup>14</sup>.

Por su parte, la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994, adoptada al conmemorarse el Décimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, por un lado reitera la importancia de la seguridad para que los refugiados puedan gozar y ejercer sus derechos fundamentales, así como la importancia de que **los temas de refugiados sean discutidos en los foros regionales de seguridad**. Se recomienda que los temas de la protección internacional de refugiados sean parte de la agenda de los foros regionales de seguridad, al igual que los temas de otros desplazamientos forzados y las migraciones<sup>15</sup>.

Finalmente, las legítimas preocupaciones de seguridad de los Estados han sido contempladas en la Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados de 2004, adoptados al conmemorarse el Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984.

En este sentido, la Declaración y Plan de México de 2004 reiteran la importancia de la seguridad como derecho fundamental de quienes necesitan y merecen protección internacional como refugiados, e igualmente reafirma que “las políticas de seguridad y lucha contra el terrorismo deben enmarcarse dentro del respeto de los instrumentos nacionales e internacionales de protección de los refugiados y de los derechos humanos en general”<sup>16</sup>.

Asimismo, la Declaración señala que es necesario “tomando en cuenta los legítimos intereses de seguridad de los Estados”, propiciar un diálogo amplio y abierto con los Estados con miras a la sistematización de la práctica estatal y la doctrina respecto de la aplicación de la definición regional de refugiado, y en particular la aplicación de las cláusulas de exclusión.

En consecuencia, es claro que los instrumentos regionales para la protección de refugiados en América Latina han hecho un debido balance entre los legítimos intereses de seguridad de los Estados y las necesidades humanitarias de quienes necesitan y merecen protección internacional como refugiados.

## VI. Consideraciones Finales

El fenómeno del desplazamiento forzado ha cambiado en nuestro continente, pero subsiste como un hecho contemporáneo. Hoy se estima que existen en nuestra región más de 3 millones de personas que necesitan y merecen protección internacional. Las nuevas tendencias del desplazamiento forzado en el continente dan cuenta de nuevas formas de persecución, particularmente referidas al accionar de agentes no estatales de persecución, en situaciones donde la protección nacional resulta inexistente o ineficaz. Igualmente, reconocemos como ACNUR que el contexto en el cual se brinda la protección internacional ha cambiado, frente a crecientes preocupaciones en materia de seguridad y terrorismo, el manejo de los flujos migratorios, y el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y la intolerancia.

La seguridad es un derecho tanto de los refugiados como un legítimo interés de los Estados. En consecuencia, resulta importante entender que la seguridad de los Estados y la protección de refugiados son dos temas que se complementan y refuerzan mutuamente. En este sentido, en la medida que los Estados adopten normativa interna en materia de refugiados y cuenten con procedimientos operativos, justos y eficientes para la determinación de la condición de refugiado, dispondrán de herramientas útiles para asegurar y fortalecer su protección. La aplicación coherente y consistente de la definición de refugiado permite a los Estados identificar a quienes necesitan y merecen protección internacional y a quienes no. Precisamente por ello, los controles migratorios no deben aplicarse indiscriminadamente sino que deben contar con salvaguardias específicas que permitan la identificación de quienes requieren protección internacional como refugiados.

El ACNUR comprende las legítimas preocupaciones de seguridad de

los Estados y apoya decididamente la lucha contra el terrorismo, y reitera la importancia de preservar la integridad del asilo como instrumento de protección para el perseguido. Los terroristas al igual que los delincuentes no pueden y no deben beneficiarse del reconocimiento de la condición de refugiado, en virtud de la aplicación de las cláusulas de exclusión. Sin embargo, la preservación de la integridad del asilo como instrumento de protección presupone una correcta interpretación de la definición de refugiado dentro de un procedimiento que satisfaga todas las garantías de debido proceso y el respeto de los estándares básicos de derechos humanos.

Como reseñado los legítimos intereses de seguridad de los Estados y la protección de refugiados no son temas antagónicos, o excluyentes. La propia Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 incluye dentro de sus disposiciones medidas específicas para salvaguardar la seguridad nacional y los legítimos intereses de los Estados. Igualmente, los instrumentos regionales de protección de refugiados han hecho un debido balance entre las legítimas preocupaciones de seguridad de los Estados y las necesidades humanitarias de quienes necesitan y merecen protección internacional.

No obstante lo anterior, es motivo de preocupación para el ACNUR que la seguridad y lucha contra el terrorismo puedan restringir aún más las políticas de asilo en el continente, y la interpretación coherente y consistente de la definición de refugiado. Por ello, les reiteramos nuestro interés de apoyar a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales de tal forma que la seguridad y la protección de los refugiados se complementen y refuercen mutuamente.

Finalmente, permítannos concluir con las palabras de nuestro ex Secretario General de las Naciones Unidas: “Ninguna persona, ninguna región y ninguna religión deben ser condenados a causa de los actos abominables de unos individuos” (ANNAN, 2001).

## BIBLIOGRAFIA

---

- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. (ACNUR). 1998. **Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo.** Disponible en: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1929.pdf>>. Visitado el: 19 de mayo de 2009.
- . 2001. “Cómo abordar el tema de la seguridad sin perjudicar la protección de los refugiados: La perspectiva del ACNUR”. Ginebra, Noviembre. Disponible en: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1760.pdf>>. Visitado el: 19 de mayo de 2009.
- . 2003. **Directrices sobre Protección Internacional. La Aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.** Documento HCR/GIP/03/05. Ginebra, 4 de septiembre.
- ANNAN, Kofi. 2001. Fighting Terrorism on a Global Front. **The New York Times**, Nueva York, 21 de setiembre. Disponible en: <<http://www.un.org/News/press/docs/2001/20010921.stories/articleFull.asp?TID=23&Type=Article>>. Visitado el: 19 de mayo de 2009.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2002. **Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Terrorismo y Derechos Humanos**, Washington, Octubre. Disponible en: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1991.pdf>>. Visitado el: 19 de mayo de 2009.
- COMITÉ EJECUTIVO DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. 1980. **Conclusión No. 18 (XXXI).**
- . 1985. **Conclusión No. 40 (XXXVI).**
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). 1986. **La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos.** Opinión Consultiva OC-6 del 9 de mayo, Serie A No. 6.
- . 1987. **El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana de Derechos Humanos).** Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero, Serie A No. 8.
- . 1999. **Caso Castillo Petruzzi y otros.** Sentencia de 30 de mayo, Serie C No. 52.
- . 2000. **Caso Haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana.** Resolución de medidas provisionales de 18 de agosto.
- GUTERRES, A. 2005. **Discurso inaugural ante el Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR**, Ginebra, 03 de octubre. Disponible en: <[http://www.acnur.org/paginas/?id\\_pag=4055](http://www.acnur.org/paginas/?id_pag=4055)>. Visitado el 19 de mayo de 2009.
- SCHEININ, M. 2007. **Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el Terrorismo.** Asamblea General de las Naciones Unidas, Documento A/62/263 del 15 de agosto. Disponible en <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5696.pdf>>. Visitado el: 19 de mayo de 2009.

## NOTAS

1. Así lo ha indicado en los últimos años el Alto Comisionado, Sr. António Guterres, en sus discursos inaugurales ante el Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR.

2. Como ha señalado el Alto Comisionado, António Guterres: "Preservar el asilo significa cambiar la noción de que los refugiados y los solicitantes de asilo son los causantes de la inseguridad o del terrorismo, en lugar de ser sus víctimas. Desgraciadamente, en la actualidad se dan numerosas situaciones en las que el concepto de asilo es mal interpretado, e incluso equiparado al terrorismo. Es cierto que el terrorismo debe ser combatido con determinación, pero el asilo es, y debe seguir siendo, un principio central de la democracia". (GUTERRES, 2005).

3. La importancia de la seguridad como elemento fundamental para facilitar y promover la repatriación voluntaria ha sido subrayada respectivamente por el Comité Ejecutivo del ACNUR en la Conclusión No. 18 (XXXI) de 1980, y la Conclusión No. 40 (XXXVI), de 1985.

4. Respecto del debido balance entre la seguridad, la lucha contra el terrorismo y el respeto de derechos humanos, entre ellos el derecho de asilo, y la necesidad de establecer salvaguardias específicas, véase COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2002. Por su parte, la Convención Interamericana contra el Terrorismo, aprobada en Barbados en junio de 2002, establece salvaguardias específicas en materia de derechos humanos y derecho internacional de refugiados.

5. La protección de refugiados no es incompatible con los legítimos intereses de los Estados en materia de seguridad. En este sentido, véase el documento ACNUR, 2001, respecto de cómo la lucha contra el terrorismo ha afectado la protección internacional de refugiados. Véase también el informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, señor Martin Scheinin (SCHEININ, 2007).

6. Los motivos protegidos en el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 son los siguientes: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas.

7. Véanse en este sentido las siguientes disposiciones de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951: El artículo 9 respecto de la adopción de medidas provisionales; el artículo 28 para la expedición de documentos de viaje; el artículo 32 sobre expulsión de refugiados; y el artículo 33 en relación con el principio de no devolución.

8. Es importante indicar que el mismo parámetro "fundados motivos para considerar" previsto en el Art. 1.F de la Convención sobre el Estatuto de

los Refugiados ha sido incluido en la Convención Interamericana contra el Terrorismo (Aprobada en Sesión plenaria de la Asamblea General de la Organización de Estados Interamericanos del 3 de junio de 2002, AG/RES. 1840 (XXXII-0/02). La Convención Interamericana contra el Terrorismo establece salvaguardas específicas para la protección de refugiados en sus artículos 12 y 15. Disponible en: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1638.pdf>>. Visitado el: 18 de mayo de 2009.

9. En materia de exclusión, cancelación y revocación, véase ACNUR, 2003.

10. Respecto de la detención de solicitantes de asilo y refugiados, véase ACNUR, 1998.

11. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos ha reiterado que la revisión de la orden de expulsión forma parte integral de este derecho. Así lo ha señalado en sus observaciones finales respecto de varios países, entre otros: **Bélgica** 12/08/2004 CCPR/CO/81/BEL (párrafos 23-25), **Lituania** 4/05/2004 CCPR/CO/80/LTU (párrafo 7), **Yemen** 12/08/2002 CCPR/CO/75/YEM (párrafo 18), y **Nueva Zelanda** 7/08/2002 CCPR/CO/75/NZL (párrafo 11). Los extractos de las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos por ejes temáticos están disponible en la página web del ACNUR en español, en la siguiente dirección: <http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=222>.

12. Sobre la base del artículo 22.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos un extranjero que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado sólo puede ser expulsado en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley y en ningún caso puede ser expulsado a un país, sea o no de origen donde su vida o libertad personal esté en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

13. La disposición contenida en el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es más amplia y generosa que la formulación del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y no admite excepciones. Precisamente por ello en el caso del continente americano se trata de un derecho de no devolución. Al respecto, véase ACNUR, 2001, p. 5.

14. Véase recomendación tercera de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, en base de datos legal del ACNUR: [www.acnur.org](http://www.acnur.org)

15. Véase recomendación vigésima de la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994, en base de datos legal del ACNUR: [www.acnur.org](http://www.acnur.org)

16. En el mismo sentido, véase COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2002 que incluye un capítulo específico sobre asilo y la protección de refugiados.

## ABSTRACT

---

After the tragic events of September 11, 2001, there has been a strong interest amongst States in matters relating to national security. While every State has a right to ensure security and control borders, it is also necessary to ensure that the legitimate security interests of States are consistent with their international human rights obligations and that immigration controls do not indiscriminately affect those refugees in need of international protection, so as not to undermine the international regime for protection of refugees. This article explores the links between the security of States and the international protection of refugees, focusing on the compatibility of both themes. Security is both a right of refugees and a legitimate interest of States. It is therefore important to understand that the security of States and the protection of refugees are complementary and mutually reinforcing. In this sense, legislation regarding refugees and fair and effective operational procedures for the determination of refugee status can be utilized by States as useful tools to solidify and strengthen their security.

## KEYWORDS

---

Security – Human rights – International refugee protection.

## RESUMO

---

Após os trágicos acontecimentos do 11 de setembro de 2001, observa-se um forte interesse por parte dos Estados por questões relativas à segurança nacional. Mesmo que todo o Estado tenha o direito de garantir sua segurança e de monitorar suas fronteiras, é também necessário garantir que os interesses legítimos do Estado em segurança sejam compatíveis com suas obrigações internacionais em direitos humanos e que o controle migratório não afete indiscriminadamente os refugiados que necessitam de proteção internacional, respeitado, assim, o regime internacional de proteção dos refugiados. Este artigo explora a ligação entre segurança estatal e proteção internacional de refugiados, expondo a compatibilidade entre os dois temas. Segurança é tanto um direito dos refugiados quanto um interesse legítimo do Estado. Consequentemente, é importante ressaltar que a segurança do Estado e a proteção dos refugiados são temas que se complementam e reforçam mutuamente. Nesse sentido, uma legislação concernente a refugiados e medidas justas e efetivas que determinem o status de refugiado podem ser utilizadas como ferramentas a favor do Estado para solidificar e fortalecer sua segurança.

## PALAVRAS-CHAVE

---

Segurança – Direitos Humanos – Proteção internacional dos refugiados.

MANUELA TRINDADE VIANA

Hizo su maestría en el Departamento de Ciencia Política de la Universidad de São Paulo y es editora de la publicación *Pontes - entre o comércio e o desenvolvimento sustentável*, financiada por la Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas y por el *International Centre for Trade and Sustainable Development*.

E-mail: manu\_usp@yahoo.com.br

## RESUMEN

El objetivo de este artículo es comprender la interacción entre el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y el gobierno colombiano en los esfuerzos para mitigar los efectos del desplazamiento interno forzado. Este artículo privilegia la lectura adoptada por los actores antes mencionados, la cual vincula el desplazamiento al conflicto armado por el que atraviesa el país hace más de cuarenta años. Aunque se trate de un problema observado hace décadas, las formulaciones políticas nacionales con miras a su mitigación surgieron tardíamente, más precisamente, a mediados de la década de 1990. De la misma forma, la atención del ACNUR al problema no se intensificó hasta fines de esa misma década. El artículo concluye que existe una gran asimetría entre el desarrollo normativo de atención a los desplazados observado en Colombia y la ejecución de tales normas. Por ejemplo, falta coordinación entre entidades nacionales y subnacionales, así como también entre las nacionales y las internacionales. En lo que atañe a la prevención del desplazamiento interno y a la evaluación del impacto de las políticas, el desafío es todavía mayor en la medida en que son embrionarios los esfuerzos en este sentido. Se sostiene que el ACNUR ha empleado los mismos criterios que el gobierno en la ejecución de sus tareas, cuando estos podrían ser repensados y redefinidos a la luz de la experiencia del Alto Comisionado.

Original en portugués. Traducido por Miriam Osuna

Recibido en marzo de 2009. Aceptado en junio de 2009.

## PALABRAS CLAVE

Desplazados Internos – Colombia – ACNUR – Conflicto Armado – Crisis Humanitaria.



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en <[www.revistasur.org](http://www.revistasur.org)>.

# COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y DESPLAZAMIENTO INTERNO EN COLOMBIA: DESAFÍOS A LA MAYOR CRISIS HUMANITARIA DE AMÉRICA DEL SUR

Manuela Trindade Viana

## 1. Una crisis humanitaria antigua y de soluciones tardías

Actualmente existen cerca de 13,5 millones de desplazados internos en el mundo (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados [ACNUR], 2007). De estos, 3 millones se encuentran en Colombia. Aunque las fuentes difieran en cuanto al número de desplazados colombianos, coinciden en la conclusión de que se trata de una tendencia creciente y preocupante. Además de sufrir violaciones a sus derechos políticos, económicos, sociales y civiles, los desplazados internos ven sus redes sociales de apoyo desarticuladas, lo que afecta su capacidad de construir y sostener una vida en comunidad.

Hay distintas explicaciones para el desplazamiento interno en Colombia. Para algunos autores, la violencia propagada por el conflicto armado – entendido como el enfrentamiento entre guerrillas y paramilitares, y guerrillas y gobierno nacional – explica solamente parte de esos flujos. En efecto, los desplazamientos ya se podían observar en el siglo XIX, cuando las guerras de independencia, las disputas por el poder entre los dos tradicionales partidos colombianos y los movimientos de colonización de nuevas tierras respondieron por gran parte del desplazamiento masivo de individuos.

A pesar de reconocer la pertinencia de las múltiples vertientes explicativas para el desplazamiento forzado en Colombia, este artículo privilegiará la lectura que vincula *directamente* la evolución del desplazamiento forzado al conflicto armado vivenciado por el país. Esta es la interpretación aplicada en las políticas de atención a la población desplazada llevadas a cabo por el gobierno nacional y por las agencias internacionales, actores que constituirán el foco de análisis del presente artículo.

Cabe resaltar que el desplazamiento masivo de individuos tardó a figurar

---

*Ver las notas del texto a partir de la página 159.*

entre las prioridades políticas durante gran parte de la historia del país, lo que hizo que este problema se prolongara a lo largo de décadas y el número de poblaciones en esas condiciones aumentara significativamente. Los primeros delineamientos normativos sobre esta materia tuvieron lugar recién a partir de 1997, año de la promulgación de la Ley 387, referencial sobre el tema. La relevancia del debate sobre el desplazamiento forzado en Colombia reside justamente en el carácter tardío de las respuestas gubernamentales, lo que permitió que el fenómeno adquiriera dimensiones preocupantes.

A fines de la década de 1990, la degeneración del cuadro humanitario en Colombia despertó la atención del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), que, a pedido del gobierno colombiano, instaló una oficina de representación en Bogotá. La actuación del ACNUR se da en dos frentes: de un lado, la capacitación de agencias gubernamentales; de otro, el trabajo con las víctimas del desplazamiento forzado.

El presente artículo busca analizar las principales iniciativas nacionales e internacionales – fundamentalmente las del ACNUR – de atención a la población desplazada. Para ello se presentará un breve análisis sobre las características del desplazamiento interno en Colombia, mediante el cual se pretende identificar, en la sección relativa a las políticas gubernamentales y del ACNUR, si los desafíos relacionados con este problema fueron incorporados a los esfuerzos de su superación. Se espera ofrecer un instrumental capaz de ayudar en la reflexión crítica acerca de las políticas de atención a la población desplazada en lo que atañe a la superación y prevención de este fenómeno.

## **2. Condiciones y características del desplazamiento forzado en Colombia**

El estudio del fenómeno del desplazamiento interno en Colombia ha privilegiado el enfoque que lo vincula directamente a las hostilidades, amenazas y violaciones a los derechos humanos resultantes del conflicto armado. Hay autores que cuestionan este cuadro porque consideran esta interpretación alejada de la complejidad del fenómeno, en la medida en que presenta motivaciones y manifestaciones distintas a lo largo del territorio colombiano. Señalan, en su lugar, cuatro factores condicionantes del desplazamiento interno en Colombia: el conflicto armado; la disputa por territorios de importancia geoestratégica; la disputa por tierras en un proceso de reordenamiento artificial; y motivaciones sociales.

Antes que nada cabe destacar que no se sustenta el argumento de que el conflicto armado no refleja la complejidad del fenómeno del desplazamiento interno. Lejos de constituir un mero enfrentamiento ideológico o de propuestas políticas entre guerrillas y gobierno nacional, el conflicto presenta un telón de fondo social, político y económico considerablemente complejo, con una incidencia aguda sobre la cuestión agraria. O sea, la dinámica del conflicto armado colombiano acaba por englobar muchos de los factores considerados aisladamente por estos autores, como las disputas por territorios de importancia geoestratégica y parte de las motivaciones sociales.

Aunque presente buenos fundamentos empíricos, la crítica a la relación directa y unilateral entre desplazamiento interno y conflicto armado ignora el hecho de que, cuando se trata de desplazamiento *forzado*, el empleo de la violencia desempeña un papel preponderante. Los números presentados por la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES) corroboran este argumento: en el período 2002-2003, las amenazas respondían por el 47,5% de los motivos más evocados del desplazamiento; los enfrentamientos armados por el 19,9%; y los asesinatos y masacres por el 13%.

La defensa de un enfoque más amplio del desplazamiento interno atrae la atención, sin embargo, sobre algunos puntos interesantes. Uno de ellos es en relación a la participación del Estado y de grupos económicos sobre la dinámica del desplazamiento. En efecto, los estudios y debates académicos han evolucionado en el sentido de explorar la responsabilidad del Estado en la trayectoria del conflicto armado, sea por la falta de planeamiento de sus operaciones, en las que muchas veces las bombas caen sobre no combatientes<sup>1</sup>; o por su omisión en garantizar protección física e institucional a esas personas.

La participación del Estado en la producción de desplazados internos es todavía más notoria y directa en el caso de las fumigaciones. En efecto, sólo en el primer semestre de 2008 se registró el desplazamiento masivo de 13.134 individuos debido a las fumigaciones en los departamentos de Antioquia y Vichada (CODHES, 2008). Desde el gobierno de César Turbay Ayala (1978-1982), el gobierno utiliza las fumigaciones como principal medio de combate a los cultivos ilícitos. Esta opción ignoró el conocimiento difundido por estudios técnicos que demostraban los efectos nocivos de los componentes químicos utilizados en las fumigaciones (*paracuat* y *glifosato*) para la salud humana y el medio ambiente. También es importante resaltar que las fumigaciones tuvieron continuidad pese a la ausencia de resultados duraderos en la reducción del área cultivada de coca. Si en 1995 el cultivo de esta materia prima ocupaba poco más de 50.000 hectáreas, en el período comprendido entre 1997 y 2008, la menor área registrada fue de 78.000 hectáreas<sup>2</sup> (OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL CRIMEN [UNODC por las siglas en inglés], 2009a, 2009b). La creciente militarización y la fumigación han contribuido a un aumento de la inseguridad y consecuentemente, al desplazamiento de poblaciones en diversas regiones del país.

El desplazamiento puede también producirse por influencia de grupos económicos. Falto de un planeamiento y debate capaces de identificar y evaluar los impactos sobre la población y el medio ambiente locales, los intereses relacionados a la agricultura comercial y a implementación de megaproyectos contribuyen en los desplazamientos poblacionales masivos. El caso de los oleoductos construidos en Antioquia, Urabá chochoano, Nariño, Cundinamarca, Norte de Santander y Arauca constituyen ejemplos emblemáticos de esa práctica. El desplazamiento interno es, así, agravado por la lógica con que sectores económicos vinculados a la pecuaria extensiva, a la agroindustria, a la explotación de recursos naturales y al narcotráfico cooperan o financian grupos paramilitares que ven en el desplazamiento forzado el mecanismo más ágil y barato de llevar a cabo un reordenamiento territorial.

Además, las regiones latifundistas resultan atractivas a grupos narcotraficantes

para la expansión de sus cultivos, instalación de laboratorios, construcción de pistas de aterrizaje o incluso para canales de comercialización. Otros grupos armados también tienen interés en ocupar o disputar determinados territorios, con miras a la continuidad y al fortalecimiento de sus acciones armadas, en la medida en que el control sobre el territorio implica el control sobre los recursos geoestratégicos, de gran importancia para el financiamiento de la guerra.

El departamento<sup>3</sup> de Chocó, donde se observó una dinámica bastante intensa de desplazamiento en los últimos años, es un ejemplo emblemático: aunque es una de las regiones más pobres del país, su posición estratégica para el tráfico de drogas y armas – cercana al Pacífico y al Mar Caribe – y su riqueza en recursos minerales, despiertan el interés económico de los actores armados. Lo mismo sucedió con la región del Bajo Putumayo (cercana a la frontera con Ecuador), escenario de enfrentamientos entre las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y grupos paramilitares, en disputa por recursos para el desarrollo de actividades ilícitas.

En general, las poblaciones más afectadas por el fenómeno del desplazamiento interno son los campesinos; de acuerdo con el Defensor del Pueblo colombiano, la expulsión de individuos que habitan las zonas rurales del país responde por el 63% del desplazamiento individual (OFICINA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO COLOMBIANO, 2003, pp. 25-6). Sin embargo, dentro de esa población vulnerable, existen dos grupos considerados particularmente más sensibles al fenómeno del desplazamiento: las comunidades afrocolombianas e indígenas<sup>4</sup>. Entre enero de 2000 y junio de 2002, el 17,72% de la población desplazada correspondía a la población negra (OFICINA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO COLOMBIANO, 2003, p.26) y el 3,75% a la indígena. En términos proporcionales<sup>5</sup>, la incidencia del desplazamiento forzado sobre estos segmentos llega a ser diez veces más fuerte en esas poblaciones que en el resto de los grupos poblacionales.

La lógica de expulsión de esas comunidades conlleva el asesinato de sus líderes y el reclutamiento forzado de jóvenes y se encuentra directamente relacionada con la existencia de recursos estratégicos en sus territorios<sup>6</sup>. Cabe destacar que, “a raíz de su cosmovisión particular y de sus prácticas cotidianas de relación con la tierra, (...) el desplazamiento genera pérdida y ausencia tanto de lugar, autonomía en su territorio y alimentos, como de identidad, historia, espiritualidad y sus formas de organización social como pueblos, etc” (JACANAMIJOY, 2004, p. 206)<sup>7</sup>. Esto es así porque la tierra constituye el *locus* dedicado a la realización de los ritos sociales o religiosos de la comunidad, de modo que la dispersión producto del desplazamiento forzado afecta al colectivo en torno del cual esos usos y costumbres son transmitidos. Debido a los motivos antes expuestos, muchas veces esos grupos no dejan sus tierras sino que optan por la resistencia.

Aquí es interesante mencionar que, aunque se espere que las ciudades representen para las familias desplazadas mayor protección o, por lo menos, anonimato – lo que hace que se sientan a salvo de amenazas – y más informaciones y servicios sociales en comparación con las áreas de donde fueron expulsadas, los desplazados desconocen ese sistema de informaciones y servicios y no logran tener acceso a las oportunidades de progreso individual ofrecidas por la ciudad. Y si se

considera que sólo el 20% de la población desplazada se inserta en un cuadro de “desplazamiento masivo” – más de diez hogares<sup>8</sup> o 50 personas –, siendo el 80% correspondientes a desplazamientos individuales o unifamiliares, se verificará que esos desplazados que llegan a las ciudades disponen de pocas redes sociales de apoyo, o ninguna. O sea, aunque los datos señalen un flujo de desplazamiento interno del campo hacia las ciudades, y más específicamente, de las regiones con menor desarrollo relativo hacia las grandes ciudades, esa mejora no se incorpora a la vida de los desplazados.

Hay aún dos características sobre las cuales vale a pena detenerse: el número elevado de municipios afectados por el desplazamiento forzado y los índices decrecientes de retorno. En 2008, 785 de los 1.140 municipios que componen el territorio colombiano (es decir, el 68,86%) fueron afectados por la expulsión o recepción de desplazados internos (CODHES, 2008), número considerablemente superior a los 480 municipios afectados en 2000 (OFICINA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO COLOMBIANO, 2003, p. 36).

En lo concerniente a la tasa de retorno, en 2000, ese índice correspondía a 37%; mientras que en 2002 cayó al 11% de la población total desplazada. Considerando que el retorno depende fundamentalmente de las garantías ofrecidas por el Estado para la protección permanente de la población amenazada por los diferentes grupos armados, la tendencia decreciente de la tasa de retorno, asociada a la expansión territorial del fenómeno del desplazamiento interno puede contribuir, primero, a la saturación de las ciudades, principal destino de esas poblaciones; y, en segundo lugar, a la degeneración del cuadro humanitario – ya evaluado como muy grave – en Colombia.

Es interesante observar que una misma amenaza se expresa de diferentes formas en territorios distintos, es decir, que la misma amenaza produce cantidades diferentes de desplazados. Esa diferencia se puede atribuir, entre otras cosas, a la distancia del municipio del cual partió la amenaza en relación a la capital del departamento; al nivel relativo de pobreza y miseria en la zona rural del municipio donde se reportó el evento, en relación al nivel de pobreza de la capital del departamento correspondiente, uno de los destinos más comunes; a diferencias en la calidad de vida entre municipios expulsores y receptores; a menor o mayor presencia institucional<sup>9</sup> (los municipios que están generando cerca del 97% de los desplazados poseen un nivel de presencia institucional inferior o cercano a la media nacional; mientras que los 20 municipios que reciben el 66% de todos los desplazados presentan un nivel de presencia institucional substancialmente superior a la media nacional); y al capital social<sup>10</sup> perdido y buscado por los desplazados.

En esos lugares donde la presencia del Estado es más frágil se busca suplir las necesidades a través de gestiones preinstitucionales, las cuales normalmente están asociadas a alguna forma de asociación informal, que articula los pocos recursos de que disponen (mano de obra, tierras baldías, bosques libres, etc.). Con el desplazamiento forzado, esas comunidades pierden los vínculos de cooperación de los cuales dependían críticamente sus oportunidades de progreso, proceso que corresponde a lo que los analistas denominan “rompimiento del tejido social”.

Como ya fue dicho, gran parte de la discusión se dará en los términos de

la interpretación de las agencias gubernamentales e internacionales, las cuales restringen la relación del desplazamiento *forzado a la violencia del conflicto armado*. No es, sin embargo, pretensión de este artículo cerrar las puertas a un tratamiento más amplio del problema, en definitiva, “el desajuste de las relaciones sociales y políticas durante el período reciente fue demasiado profundo como para que se pueda creer que la violencia pueda desaparecer por la mera decisión de los actores organizados (PÉCAUT, 2006)”. Por el contrario: en las preocupaciones aquí presentadas, reside la necesidad de desarrollar un cuerpo normativo que aborde el desplazamiento interno en su perspectiva más completa, contemplando políticas de desarrollo humano y económico en las regiones que se han configurado como “expulsoras” de colombianos en dirección a las ciudades.

### 3. Políticas Nacionales de Atención a la Población Desplazada

El desplazamiento interno ha aumentado de forma aguda en Colombia: en 2002, a raíz del recrudecimiento del conflicto armado, el desplazamiento llegó a afectar a 411.779 personas, 20% más que en 2001. Aunque números de esa magnitud no se hayan repetido en los años siguientes, la tendencia ha sido de aumento en el período entre 2003 y 2007, pasando de 207.607 a 305.966 el número de individuos afectados (CODHES, 2003; 2007). El cuadro, considerado grave por muchas agencias nacionales e internacionales, afecta derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales previstos en la Constitución colombiana. Uno de los más evidentes es el derecho a la protección física, que debe ser ofrecida igualmente a todos los ciudadanos por el Estado (Artículo 13)<sup>11</sup>.

Pese a que el desplazamiento interno como consecuencia de la violencia del conflicto armado haya sido observado como un fenómeno sistemático desde la década de 1980, no es hasta mediados de la década de 1990 que el Estado colombiano dio inicio a la formulación de un cuerpo normativo para el tratamiento del problema<sup>12</sup>.

El CONPES<sup>13</sup> 2804, aprobado en 1995, buscó definir el concepto de desplazado interno con el cual el Estado pasaría a trabajar, además de disponer sobre acciones de prevención, protección y atención humanitaria de emergencia y acceso a los programas del gobierno. En 1997, el gobierno aprobó el CONPES 2924, encargado de definir una nueva estructura institucional, involucrando a todas las organizaciones públicas y privadas volcadas a atender a la población desplazada por la violencia. Además, este último documento propuso crear el Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia (SNAIPDV), el Plan Nacional, el Fondo Nacional para la Atención a la Población Desplazada y la Red Nacional de Información.

Ese mismo año se aprobó la Ley 387, uno de los instrumentos normativos referenciales para la cuestión del desplazamiento interno en Colombia. Su importancia deriva del hecho de haber sido causante de la inserción del desplazamiento interno en el marco normativo colombiano. De acuerdo con la Ley 387, el Estado colombiano entiende como *desplazado interno* “toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional, abandonando su localidad

de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o su libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas a los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público” (Ley 387, Artículo 1).

La Ley 387 de 1997 reconoce expresamente los derechos de la población desplazada y señala, por primera vez, la responsabilidad del Estado en la formulación de políticas y en la adopción de medidas para la prevención<sup>14</sup>, atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de la población desplazada. El desplazado interno pasa a gozar, a partir de la promulgación de la Ley, de los derechos dispuestos en el artículo 2, entre ellos: al acceso a soluciones definitivas a su situación; al regreso a su lugar de origen; a no ser desplazado forzosamente; y a que su libertad de movimiento no esté sujeta a más restricciones que las previstas en ley.

Para ello, atendiendo a las recomendaciones del CONPES 2924, el gobierno crea el SNAIPDV y el Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia (CNAIPDV). Creado por la Ley 387 (Artículo 6), el Consejo surge como la institución responsable de la formulación de políticas y de la organización presupuestaria de los programas destinados a la población desplazada. Estos programas, a su vez, son implementados en el ámbito del SNAIPDV (creado por la misma Ley, artículo 5), institución encargada de la *ejecución* de las políticas de atención a la población desplazada.

El 12 de diciembre de 2000 se aprueba el Decreto 2569, que reglamenta la Ley 387 y determina que la Red de Solidaridad Social (RSS) sea la entidad del gobierno vinculada directamente a la Presidencia de la República y con capacidad de acción en todo el país, y pase a coordinar los programas nacionales, departamentales y municipales del SNAIPDV (Artículo 1). La Red de Solidaridad Social es una agencia dentro del sistema de bienestar colombiano sobre la cual el presidente tiene responsabilidad directa. La RSS tiene capacidad de acción a nivel nacional y coordina las medidas sociales, económicas, jurídicas, políticas y de seguridad adoptadas por el gobierno nacional para la superación y prevención del desplazamiento interno. Cabe destacar que el referido Decreto define también la creación del Sistema Único de Registro de la Población Desplazada (SUR), que será discutido más adelante.

El Decreto 2569 también especifica los criterios para el fin de la condición de desplazado. De acuerdo con el Artículo 3, el Estado colombiano deja de reconocer un individuo como desplazado frente a una de las siguientes condiciones: retorno<sup>15</sup>, reasentamiento o reubicación de la persona, logro en el acceso a una actividad económica (“estabilización socioeconómica”, prevista en la Ley 387); exclusión del SUR, en conformidad con las causas previstas en el artículo 14 del Decreto, o por solicitud del interesado.

Hay un tipo específico de política formulada por el gobierno colombiano que merece especial atención. Se trata de la ayuda humanitaria de emergencia:

ayuda temporal e inmediata destinada a acciones de socorro, asistencia y apoyo a la población desplazada, a fin de ofrecer condiciones básicas de alimentación, salud, atención psicológica, alojamiento y transporte de emergencia. Los desplazados tienen derecho a la atención humanitaria de emergencia por, como máximo, tres meses, prorrogables por el mismo período. La inversión para alojamiento transitorio, asistencia alimentaria y elementos de limpieza personal es de, como máximo, 1,5 salario mínimo (Artículos 20 a 24).

Una institución que ha desempeñado un papel de relevancia creciente en la defensa de los derechos de los desplazados internos es el Defensor del Pueblo, que posee una oficina dedicada exclusivamente a la población desplazada. Con el apoyo del ACNUR, el Defensor implementa el proyecto “Defensores comunitarios”, especialmente en regiones con asentamientos indígenas (como Bajo Atrato, Medio Atrato, costa del Cacarica, costa vallecaucana, costa nariñense, Tierralta, Sierra Nevada de Santa Marta, Catatumbo y nordeste antioqueño). El objetivo del proyecto es, por un lado, fortalecer la presencia del Defensor en esas regiones y, por otro, prevenir el desplazamiento forzado por medio de su presencia y de la implementación de una política de prevención *in locus*.

Órgano máximo de control del ejercicio de la función pública, la Procuraduría General de la Nación tiene por objetivo salvaguardar los derechos humanos e intervenir en defensa del patrimonio público. La representante de la Procuraduría para la Prevención en materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, por medio de la Coordinación de Atención al Desplazamiento Forzado, cuenta con un Modelo de Monitoreo y Evaluación de las entidades del SNAIPDV. La propia Procuraduría dispone de un *software* capaz de auxiliar en la tarea de control preventivo y de monitoreo de las actividades de los actores directamente involucrados en las políticas de atención a la población desplazada.

Según evaluaciones de la Defensoría y del ACNUR, el cuerpo normativo implementado a mediados de la década de 1990 en Colombia con miras a la mitigación y a la prevención del desplazamiento forzado es considerablemente completo. Además, la legislación adoptada está en conformidad con los principios de derecho internacional humanitario y de los refugiados, promovidos por entidades como el ACNUR y el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Sin embargo, la aplicación de políticas de atención a la población desplazada coincidió con el agravamiento de la crisis humanitaria en Colombia. Esto se debe fundamentalmente al hecho de que, a pesar de ser bien desarrollado, el cuerpo normativo presenta fallas estructurales en su proceso de implementación<sup>16</sup>. Particularmente, el desempeño del país en la ejecución del diseño institucional y programático ha sido mal evaluado por la Defensoría y por el ACNUR. Es justamente esa asimetría entre el avance en el cuerpo normativo y las deficiencias observadas en la implementación de la política de atención a la población desplazada lo que motivó una manifestación más contundente de la Corte Constitucional el 22 de enero de 2004. Por medio de la sentencia T-025, la Corte sostuvo que diversas inconsistencias observadas en la política de atención integral a la población desplazada configuraban lo que la corporación denominó un “estado inconstitucional de las cosas” (COLOMBIA, 2004).

Entre 1997 y 2004, la Corte Constitucional emitió 17 sentencias con órdenes específicas a las entidades responsables de la política de atención a la población desplazada<sup>17</sup>, órdenes que no condujeron a que se corrigieran las violaciones de los derechos de la población desplazada. La Corte fundamenta su determinación en la identificación de niveles insatisfactorios de protección a los desplazados, a saber: i) la vulnerabilidad extrema en que se encuentra la población desplazada y específicamente, el grave deterioro de su situación de alimentación y salud; ii) la omisión de la protección oportuna y efectiva por parte de las distintas autoridades encargadas de atención a la población desplazada<sup>18</sup>; y iii) la insuficiencia de los resultados en cuanto a la cobertura de las políticas de salud de la población desplazada y de acceso a la educación por parte de los menores de edad desplazados (COLOMBIA, 2004, pp. 24-6). En el entendimiento de la Corte, ese cuadro resulta, principalmente, de la insuficiencia de recursos, cuyo monto no acompañó el agravamiento del fenómeno y de la incapacidad institucional del Estado colombiano para responder de manera eficaz a la necesidad de la población desplazada, puntos sobre los cuales coinciden las exigencias de la Corte frente a las autoridades responsables. En este sentido, la Corte ordenó que las autoridades nacionales y territoriales encargadas de atender a la población desplazada aseguraran la coherencia entre sus obligaciones y el volumen de recursos efectivamente destinados a proteger los derechos de los desplazados (COLOMBIA, 2004, p. 89).

En agosto de 2006, la Corte Constitucional concluyó que

*a pesar de que se hayan comunicado a la Corte importantes avances en áreas críticas de la política de atención a la población desplazada, no se demostró que el estado inconstitucional de las cosas – declarado en la sentencia T/025 de 2004 – haya sido superado, y tampoco que se esté avanzando de forma acelerada y sostenida en la dirección de la superación” (COLOMBIA, 2006, p. 3)*

, posición esta mantenida en el Auto N° 008 de 26 de enero de 2009 (COLOMBIA, 2009). Además de criticar con vehemencia el contenido de los informes<sup>19</sup> enviados a la Corte Constitucional por las entidades responsables, en respuesta a la Sentencia T-025, la Corte identificó diez áreas en las que el Estado proporcionó una protección insatisfactoria a la población desplazada, incluyendo: i) falta de coordinación del sistema de atención a los desplazados; ii) problemas en las actividades de registro y en la caracterización de la población desplazada; iii) insuficiencia presupuestaria de la política de atención a la población desplazada en su proceso de formulación y ejecución material; iv) falta de especificidad en la política de atención a la población desplazada, en sus diferentes manifestaciones; v) desprotección de los grupos indígenas y afrocolombianos, especialmente afectados por el desplazamiento interno en los últimos meses; vi) escasa seguridad para los procesos de retorno de la población desplazada a sus tierras durante el traslado físico y la permanencia en la localidad de retorno; y vii) ausencia de un enfoque de prevención en la política de atención a la población desplazada, particularmente en las operaciones de seguridad conducidas por el Estado. Abajo nos concentraremos en algunos de estos puntos en particular.

La descentralización – ciertamente uno de los pilares centrales de la política de atención a la población desplazada – está directamente relacionada a gran parte de los puntos antes mencionados. Esto es así porque la descentralización permite responder a la complejidad del desplazamiento forzado en sus diferentes manifestaciones en el territorio colombiano y en las comunidades. Además, la descentralización de la política pública en cuestión permitiría que autoridades locales y departamentales colaboraran con el gobierno nacional por medio de una mayor protección a las poblaciones más afectadas por el desplazamiento forzado e informaciones técnicas de mayor precisión.

Sin embargo, conforme lo observado por la Corte Constitucional, la forma desordenada en que se ha dado la descentralización compone un cuadro de fragmentación política que dificulta su implementación, que consiste en la evaluación de los resultados de tales políticas, impidiendo, consecuentemente, el desarrollo de estas. En gran medida, esto resulta de: (i) falta de voluntad política por parte de las administraciones locales y departamentales para atender a la población desplazada, lo que se vuelve todavía más grave de cara al carácter de urgencia de la materia; (ii) escasez, en el ámbito subnacional, de programas específicos de atención y de recursos suficientes para hacer frente al problema; (iii) esquema jerárquico que opera en las entidades nacionales descentralizadas, cuyas funciones dependen más de mandatos institucionales, y por tanto de la administración central, que de las necesidades regionales; (iv) exclusión de la población en el proceso de formulación y evaluación de políticas de atención; y (v) falta de conocimiento técnico sobre la problemática, así como de claridad sobre las funciones de cada una de las entidades por parte de los funcionarios de los comités locales y departamentales (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2003, pp. 112-3).

Uno de los efectos de las fallas encontradas en el proceso de descentralización de las políticas de atención a la población desplazada es la inexistencia de programas destinados a fortalecer la autogestión comunitaria. De este modo, las debilidades antes mencionadas conducen al fracaso de los programas volcados a la producción de capital social y acaban por alimentar la dependencia de esas comunidades de programas sociales formulados por el Estado.

La situación de vulnerabilidad excepcional en la que se encuentran los desplazados internos ya fue reconocida por la Ley 387 y por las sentencias de la Corte Constitucional. Aunque estas recomienden la formulación de políticas *especiales* y la destinación específica de recursos para la población desplazada, el gobierno todavía adopta una postura reticente a la idea. De acuerdo con la Defensoría del Pueblo, el Programa Especial está reducido a la atención humanitaria coordinada por la Red de Solidaridad y a la reglamentación de vivienda y tierras para desplazados, ninguna de las cuales se encuentra en proceso de implementación (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2003, p. 104)

Tal conducta camina en el sentido contrario a la mitigación del problema, en la medida en que los desplazados internos pasan a ser incorporados al sistema de atención de los programas sociales del gobierno. Como fue dicho anteriormente, los desplazados internos que llegan a las ciudades (cerca de 80%, según la Defensoría del Pueblo), destituidos de las redes sociales de apoyo de que disponían en su lugar

de origen – algunos sin documentación –, desconocen el sistema de informaciones y servicios que opera en las ciudades y no logran competir por recursos con la población pobre de los centros urbanos.

Asimismo, la reincorporación a la vida productiva – una de las condiciones básicas para el retorno o la reubicación del desplazado – se hace más difícil a medida que aumenta el período dentro del cual el desplazado permanece distante de su localidad de origen. Más aún, el mismo tiene el derecho de elegir adónde desea ir, y en caso de que quiera regresar a su lugar de origen, es deber del Estado ofrecerle informaciones sobre la situación de seguridad en la localidad, así como la debida protección.

Con todo, aunque existan dispositivos legales que determinan la responsabilidad de las entidades nacionales y locales en el proceso de restablecimiento de la población desplazada<sup>20</sup>, estas todavía no cuentan con programas claros y regulares dentro de sus instituciones para tratar el problema.

Claro ejemplo de esto es el vacío normativo en cuanto a la reparación de los derechos violados, punto directamente relacionado a las condiciones y posibilidades del retorno de la población desplazada. No existe en Colombia una legislación específica para el castigo de los actores causadores del desplazamiento forzado, tampoco jurisprudencia relacionada al tema de la reparación material y moral<sup>21</sup> de las personas desplazadas por la violencia.

Además de las fallas antes señaladas, son inexistentes los mecanismos de evaluación del impacto de los programas de atención a la población desplazada. En palabras del Defensor del Pueblo, “mucha preocupación con los productos, y poca con los impactos” (2003, p. 113). En lo tocante a este punto, la Corte Constitucional expresa preocupación con relación a la existencia de conjuntos de indicadores diversos en cada una de las entidades que integran el SNAIPDV. Se cree que tal deficiencia podría superarse por medio de una mayor participación de las agencias locales y departamentales en su desarrollo, condición que tropieza con la ya mencionada deficiencia del proceso de descentralización de la política de atención a la población desplazada.

Es igualmente preocupante la falta de atención política al desarrollo de programas de prevención al desplazamiento, lo que garantizaría la real mitigación del fenómeno y del sufrimiento y trauma consecuencia del mismo. La Corte Constitucional destaca que ni siquiera las operaciones de seguridad o de fumigación emprendidas por el gobierno colombiano son acompañadas de análisis previos acerca de sus posibles impactos sobre la población local. Hasta hace poco, el Sistema de Alertas Tempranas, proyecto de la Defensoría del Pueblo que permite detectar con antelación casos de potencial desplazamiento poblacional, tampoco presentaba un funcionamiento adecuado, en gran medida por cuenta de su dependencia del éxito de la descentralización y coordinación de la política de atención a la población desplazada. De acuerdo con la Defensoría del Pueblo, el país necesita un grupo técnico en gestión de crisis, capaz de anticipar y evaluar cotidianamente las implicaciones de las incursiones armadas – incluidas aquí las de las Fuerzas Armadas – sobre la población civil.

En lo que respecta al registro de la población desplazada, existen actualmente

dos subsistemas de organización de las informaciones, ambos circunscriptos a la Red Nacional de Información: el SUR y el Sistema de Estimación por Fuentes Contrastadas (SEFC). El SUR permite cuantificar, en términos territoriales y poblacionales, la *demand*a por las políticas del Estado colombiano de atención a los desplazados. Esto sucede porque contabiliza como *desplazado interno* únicamente a aquel que se registra en el SUR en el término de un año tras el evento que lo forzó a abandonar su hogar. Este constituye el *único* canal mediante el cual el desplazado puede tener acceso a los programas de atención formulados por el gobierno.

El SEFC, por otro lado, constituye un modelo de estimación global del desplazamiento, que registra informaciones relativas a eventos de expulsión, llegada, retorno y reasentamiento a nivel nacional, en las 35 unidades territoriales en que está presente la RSS. El SEFC procura identificar el volumen *total* de personas y familias que se desplazan debido a la violencia, independientemente de que se registren o soliciten ayuda del Estado.

Las cifras divulgadas por medio de estos sistemas del gobierno nacional – según los cuales existían 2.649.139 millones de desplazados colombianos hasta agosto de 2008 – difieren, en gran medida, de los números del ACNUR, que registró 3 millones de desplazados hasta diciembre de 2007, y de organizaciones no gubernamentales como la CODHES, según la cual existían, hasta junio de 2008, 4.361.355 desplazados colombianos. Entre los factores que explican esa divergencia, se destaca el hecho de que las cifras divulgadas por el gobierno son acumulativas desde 1999 – al contrario de los datos de la CODHES, acumulativos desde 1985 –, además de no incluir el desplazamiento intraurbano y desplazamientos producto de fumigaciones. Asimismo, como los desplazados tienen un año tras el desplazamiento para registrarse, este período constituye una laguna en los datos divulgados por el gobierno. Más que divergencias entre referenciales para la base de cálculo, es particularmente problemática la existencia de sistemas de registro de naturaleza no gubernamental cuyas cifras de desplazados internos sobrepasan las divulgadas por el gobierno en centenas de miles de individuos. Es evidente que el SUR subdimensiona la crisis humanitaria vivida por Colombia, lo que proyecta efectos directos sobre las formulaciones políticas del gobierno nacional para el problema. Al respecto, afirma la Corte Constitucional: “Como consecuencia, la totalidad de la política pública para la atención al desplazamiento interno se encuentra formulada sobre presupuestos que no corresponden a la dimensión real del problema que se pretende atender” (COLOMBIA, 2006, p. 9).

#### 4. Cooperación con agencias internacionales

La protección de las víctimas de conflictos armados internacionales es preocupación del derecho internacional humanitario desde la década de 1970, cuando fue aprobado el Protocolo II a los Convenios de Ginebra (1977). Con miras a proteger a la población no combatiente, el artículo 13 determina que “ni la población civil, ni los civiles serán objeto de ataques militares” y que están “prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil”. Bien, no es difícil constatar que el desplazamiento

forzado de poblaciones en Colombia viola claramente este y otros principios del derecho internacional humanitario.

Aunque ya en esa época se reconociera la gravedad del problema del desplazamiento interno, esto se dio en ausencia de un tratado o convención de derechos humanos que garantizara *explícitamente* los derechos de los desplazados internos. Como destaca Kalin, “por supuesto que, como seres humanos, los desplazados internos no pierden sus derechos cuando son desarraigados, pero no era claro lo que significarían esos derechos específicamente en el contexto del desplazamiento”(REVISTA MIGRACIONES FORZADAS, 2005, p. 4).

A principios de la década de 1990 esa preocupación surge con un enfoque más específico. En 1992 la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) creó el cargo de representante del Secretario General de la ONU para Personas Internamente Desplazadas<sup>22</sup> y nombró a Francis Deng como responsable. Una de sus primeras tareas consistió en elaborar un estudio sobre las causas y consecuencias del desplazamiento interno en el mundo, el estatuto de las personas internamente desplazadas de acuerdo con el derecho internacional, los arreglos institucionales destinados al tratamiento del problema y la forma de mejorar la protección y asistencia ofrecidas a ese grupo.

A partir de este análisis, Deng buscó elaborar marcos normativos e institucionales adecuados y aplicables para la protección y asistencia de los desplazados internos. De ese trabajo resultó el documento titulado *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos*, que constituye “una herramienta de carácter persuasivo que proporciona una orientación práctica y es, al mismo tiempo, un instrumento de política educativa y de concientización”<sup>23</sup>.

A primera vista, la promoción de los *Principios Rectores del Desplazamiento Interno* tiene en Colombia uno de sus casos de éxito. Los *Principios* se difunden no solamente entre entidades del gobierno nacional, sino también de administraciones locales y departamentales, además de ONG y organizaciones coordinadas por la población desplazada. Reflejos de ello se pueden encontrar en algunas decisiones recientes de la Corte Constitucional de Colombia que consideran tales principios parte integrante del cuerpo normativo que confiere constitucionalidad al caso de los desplazados internos. La decisión T327 de 2001, por ejemplo, es clara al respecto:

*La interpretación más favorable a la protección de los derechos humanos de los desplazados hace necesaria la aplicación de los Principios Rectores del Desplazamiento Interno (...), los cuales son parte del cuerpo normativo supranacional que integra el bloque de constitucionalidad de este caso. En consecuencia, todos los funcionarios involucrados en la atención a los desplazados (...) deberían ajustar su conducta, además de las normas constitucionales, a lo que está previsto en los referidos Principios (COLOMBIA, 2001, p. 17).*

Es pertinente destacar, sin embargo, que el éxito de la implementación de tales normas depende de la estructura de coordinación del Estado. Sucede que muchas veces esos problemas emergen a raíz de la fragilidad institucional del mismo, como vimos en el caso de Colombia. Además de eso, el Estado colombiano desempeña un papel

condicionante – en algunos casos por su protagonismo; en otros por su omisión – en el surgimiento y agravamiento de este cuadro. Así, más allá de la formulación de tales principios, en muchos casos es patente la necesidad de cooperación internacional en los esfuerzos de superar el fenómeno del desplazamiento interno forzado.

En este sentido, el Estado colombiano buscó, en 1997, asistencia técnica y humanitaria del ACNUR. Con el consentimiento del Secretario General de la ONU, fue instalada la oficina del ACNUR en Bogotá en junio de 1998<sup>24</sup>, la cual pasó a ocuparse de la capacitación de las agencias del Estado y organizaciones no gubernamentales y de la cooperación técnica en relación a las etapas del desplazamiento, incluyendo las políticas de prevención. Asimismo, de acuerdo con el mandato del ACNUR, este “colocará a disposición del gobierno la experiencia y el conocimiento en materia de protección, atención humanitaria y procesos de soluciones duraderas que se mostraron efectivos en otras situaciones de desplazamiento forzado” (ACNUR, 1999, p. 2).

En términos más específicos, el ACNUR trabaja con cuatro líneas de acción: (i) promoción y actualización del marco legal de protección; (ii) promoción del fortalecimiento institucional y de políticas públicas; (iii) promoción de la organización social, capacitación y participación de la población desplazada en la defensa de sus derechos; y (iv) promoción y fortalecimiento de los mecanismos nacionales de control. Más recientemente, el ACNUR desarrolló el “enfoque integral” (*cluster approach*), abordaje que implica la coordinación de diversas agencias especializadas en temas como agua, alimentación, salud y logística<sup>25</sup>.

Las actividades comprendidas por las líneas de acción antes destacadas se llevan adelante en cooperación con otros actores, nacionales e internacionales. En el ámbito nacional, los principales interlocutores del ACNUR son la Agencia Presidencial para la Cooperación Internacional (Acción Social), la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación. En términos generales, la cooperación del ACNUR con esos interlocutores está mediada por la Unidad Técnica Conjunta (UTEC), creada en 1999, por el Memorando de Entendimiento firmado entre el ACNUR y Acción Social. La función principal de la UTEC es proporcionar apoyo a esas entidades gubernamentales en la sistematización, análisis, monitoreo y divulgación de las políticas públicas de atención a la población desplazada. Además de esto, se prevé, entre las atribuciones de la UTEC, el trabajo en conjunto con las organizaciones de la propia población desplazada con miras al fortalecimiento de su participación en el CNAIPDV y a la formulación de sistemas de representación a nivel local.

En lo que toca a la cooperación del ACNUR con Acción Social, cabe destacar el proyecto “Protección de Tierras y Patrimonio”, financiado por el Fondo Post Conflicto del Banco Mundial, por la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo, la Organización Internacional para las Migraciones y los gobiernos de los departamentos del Norte de Santander, Bolívar, Antioquia y Valle. Tal proyecto busca promover la protección de los derechos sobre las tierras de los campesinos y colonos, así como territorios étnicos de poblaciones bajo riesgo de desplazamiento, con el objetivo de implementar efectivamente las medidas de protección previstas en los Decretos 2007/01 y 250/05.

El ACNUR posee un interesante proyecto, denominado “Implementación”, con miras a la capacitación de la Defensoría del Pueblo en la defensa de los derechos de la población bajo riesgo de desplazamiento a nivel nacional, regional y local. En este proyecto, se aplican sistemas e instrumentos de medida, monitoreo y evaluación de las oficinas regionales de la Defensoría, con el objetivo de evaluar la efectividad de su papel en la promoción y protección de los derechos de las poblaciones consideradas en situación de mayor vulnerabilidad o exclusión de los programas de atención a la población desplazada, como mujeres, niños, indígenas y afrocolombianos.

Asimismo, el ACNUR colabora con la Procuraduría en la divulgación del uso del *software* de implementación de los Modelos de Monitoreo y Evaluación, que se encuentran en etapa de implementación en los diez departamentos con mayor índice de expulsión y recepción de la población desplazada. Ese programa de seguimiento permite desarrollar análisis acerca de la evolución de las políticas de prevención y atención a esas poblaciones.

Las constantes transformaciones por las que pasa el problema de las poblaciones desplazadas hacen del monitoreo permanente un punto crucial para que las políticas produzcan resultados positivos. Algunas características nuevas del desplazamiento forzado, en este sentido, merecen mayor detenimiento. Un caso emblemático es el cruce temporario de fronteras en busca de protección. Recientemente se observó que muchos colombianos que habitan las regiones próximas a la frontera venezolana trabajan durante el día en su plantación en Colombia y, a la noche, cruzan la frontera en busca de mayor tranquilidad. ¿Qué carácter jurídico atribuir a esos individuos? La respuesta más adecuada a tal dinámica, que combina mecanismos de atención a la población desplazada con principios internacionales relativos a refugiados, parece residir en las llamadas “convenciones tripartitas”, formadas por los países involucrados en el flujo de personas mencionado y por el ACNUR. De acuerdo con la Defensoría del Pueblo, “aunque la consolidación y el desarrollo de este mecanismo haya presentado muchos altibajos (...) constituye el instrumento ideal – y casi único – para atender el drama de los movimientos poblacionales fronterizos” (OFICINA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO COLOMBIANO, 2003, pp. 40-1). Nótese, pues, que la acción del ACNUR en Colombia incide sobre algunos puntos de debilidad de la política de atención a la población desplazada del gobierno nacional. El apoyo a la Defensoría del Pueblo y a oficinas locales y regionales en el ámbito del SNAIPDV, por ejemplo, busca fortalecer el aspecto relativo a la descentralización de esas políticas. Con el aumento de su presencia territorial en Colombia, el ACNUR espera contribuir a la inclusión de las poblaciones desplazadas en los procesos de consulta y de formulación de políticas de atención y prevención al desplazamiento interno.

La experiencia del ACNUR también ha sido empleada, en colaboración con entidades gubernamentales y no gubernamentales, para el desarrollo de mecanismos de monitoreo del gobierno colombiano. Como ya fue visto, este ha sido un aspecto central de la crítica al proceso de formulación e implementación de políticas de atención a la población desplazada, críticas estas que tienen como portavoz principal a la Defensoría del Pueblo.

En respuesta a la sentencia T-025 de 2004, el ACNUR identificó en el presupuesto la principal dificultad enfrentada por el Alto Comisionado y por el gobierno nacional en la ejecución de la política de atención a la población desplazada (ACNUR, 2005). En su Balance de la Política Pública de Prevención, Protección y Atención al Desplazamiento Forzado en Colombia (agosto de 2002 – agosto de 2004), el ACNUR declara que los avances jurisprudenciales desarrollados por la Corte Constitucional y, en particular, por la Sentencia T-025 de 2004, constituyeron elementos fundamentales para la elaboración de parámetros de evaluación de los resultados de la política pública (ACNUR, 2005, p. 2). Más allá de esto, según el ACNUR, la sentencia T-025 produjo una serie de impactos positivos en la política de protección a la población desplazada, entre ellos, motivó el reencuadramiento del tema del desplazamiento en las prioridades estatales y un mayor compromiso por parte del gobierno hacia la crisis humanitaria, además de haber propiciado avances iniciales con autoridades locales (ACNUR, 2005, pp. 3-13).

Como la presencia del ACNUR en Colombia es reciente se hace difícil evaluar críticamente el impacto de sus líneas de cooperación. De cualquier forma, la ausencia de una política de evaluación constituye una falla *estructural* en el diseño de las políticas del gobierno, la cual ha sido tratada sin la debida urgencia. Lógicamente, la gravedad del cuadro humanitario en Colombia exige respuestas eficientes, lo que nos lleva a creer que los desafíos relacionados al desplazamiento interno pasan necesariamente por la cuestión de la *coordinación*.

## 5. Consideraciones finales

Coordinación, descentralización, monitoreo, prevención, captación y destinación de recursos son los temas que aglutinan gran parte de las reflexiones destinadas a la formulación y revisión de las políticas de atención a la población desplazada en Colombia.

Aunque el debate se haya iniciado hace poco más de diez años en el país, el constante monitoreo y revisión de los programas volcados al problema permanecen prácticas pertinentes. Como se muestra en este artículo, se trata de un fenómeno resultante de procesos históricos de larga duración. Sin embargo, el carácter tardío con que han emergido las respuestas del gobierno colombiano hace que las poblaciones desplazadas busquen, cada vez más, soluciones propias. De ahí la constante transformación de los flujos migratorios, en sus características, destinos y víctimas.

Además, muchos de los enfoques aquí destacados presentan la conducta del Estado colombiano frente a la resolución del conflicto armado como problemática, ya que fueron determinantes para el empeoramiento observado en el cuadro del desplazamiento interno. La creciente militarización y el aumento desmedido de las fumigaciones, asociados a la falta de planeamiento, ha relegado a segundo plano lo que se combinó en llamar *seguridad humana*. En efecto, es por acción del Estado que muchas veces se viola el derecho a la neutralidad de la población no combatiente. Y esto sucede lejos de la posibilidad de que el Estado ofrezca protección física e institucional a esos individuos, ya que esta protección se entiende como el resguardo

de sus derechos y el acceso a servicios básicos asegurados por la Constitución.

La lectura aquí privilegiada acerca del desplazamiento interno estuvo unida a la interpretación directamente asociada a las políticas nacionales de atención al fenómeno, o sea, el desplazamiento *forzado como consecuencia de la violencia*. De modo alguno, sin embargo, esta opción implica la negación de la necesidad de un tratamiento más amplio del problema. Se defiende, por el contrario, el desarrollo de políticas que aborden el desplazamiento interno en su complejidad.

No es necesario mucho esfuerzo para concluir que la situación actual del desplazamiento interno en Colombia y la forma con que viene siendo tratado por el gobierno colombiano se encuentran alejada de la propuesta de incorporación de los *Principios Rectores* y de la línea de cooperación con el ACNUR. Aunque el desarrollo *normativo* para dar tratamiento al problema haya sido elogiado por actores nacionales e internacionales, lo mismo no sucedió con la evaluación de la ejecución de las políticas de atención a la población desplazada.

Si, por un lado, la formulación e implementación de programas de atención a las población desplazada, así como la cooperación con el ACNUR, son recientes; por otro, hay algunos puntos *estructurales* problemáticos, lo que compromete todo el desarrollo de políticas en ese sentido. Este es el caso de la debilidad de la descentralización de tales programas, que ha sido objeto de preocupación por parte del ACNUR. La descentralización constituye una característica esencial para el tratamiento del desplazamiento forzado, si se tiene en cuenta la heterogeneidad con que se manifiesta el conflicto armado y el desplazamiento en diferentes regiones del país. La descentralización fue pensada, también, como herramienta para un mayor acercamiento en relación a las poblaciones consideradas más vulnerables, por ejemplo, las comunidades indígenas y afrocolombianas especialmente sensibles a la crisis humanitaria. Las particularidades inherentes a estos grupos podrían estar reflejadas en políticas específicas si existiera un proceso efectivo de consulta a esas poblaciones. Aunque el ACNUR y la Defensoría, principalmente, se hayan dedicado al fortalecimiento de la descentralización, esto se dio únicamente en los últimos años, de forma que todavía sería prematura cualquier evaluación más crítica.

Ciertamente, la participación de agencias internacionales en el tratamiento del problema del desplazamiento interno fue un aporte de fundamental importancia, en la medida en que complementó los esfuerzos del gobierno colombiano con experiencia y recursos. De acuerdo con la Defensoría del Pueblo, sin embargo, el ACNUR ha empleado los mismos criterios que el gobierno en la ejecución de sus tareas, cuando estos criterios podrían ser repensados y redefinidos a la luz de la experiencia del Alto Comisionado.

En ese sentido, se cree que el bagaje técnico y humanitario del ACNUR podría ser mejor aprovechado por el gobierno colombiano en algunos puntos, por ejemplo, en el diseño de un mecanismo de evaluación de los impactos de las políticas de atención a los desplazados. Como fue discutido anteriormente, el ACNUR parece desarrollar algo en esa línea junto con la Procuraduría de la Nación y a la Defensoría del Pueblo. Sin embargo, es importante que esa lógica de monitoreo y evaluación sea también practicada por las agencias en el ámbito del SNAIPDV.

Directamente relacionada con el buen funcionamiento de los mecanismos

de evaluación, la descentralización debe también ser incorporada a ese proceso, a fin de permitir una observación más próxima, bien como la consulta a la población desplazada, puntos esenciales para evaluar de un modo más abarcador el impacto de esas políticas. Además, es necesario que los principales actores involucrados en el proceso de formulación e implementación de las políticas de atención a la población desplazada dirijan sus esfuerzos al perfeccionamiento de los canales y de las prácticas de coordinación.

Las políticas de prevención, a su vez, se encuentran en estado incipiente, siendo prematura cualquier evaluación. Es importante destacar, sin embargo, que se trata de una necesidad urgente, en la medida en que el fenómeno, lejos de ser mitigado, ha demostrado una tendencia de aumento en el número de desplazados internos en el período 2003-2007. La política de prevención parece depender directamente de la ampliación del espectro de análisis del problema del desplazamiento interno por parte de los dirigentes políticos colombianos. A partir del momento en que se pase a considerar tal fenómeno como resultante de una complejidad de variables de distintas naturalezas – y no solamente las derivadas del conflicto armado –, la seguridad humana podrá ser parte fundamental de las formulaciones políticas.

## BIBLIOGRAFÍA

---

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR). **Memorando de intención entre la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y el Gobierno de la República de Colombia, relativo al suministro de cooperación para el tratamiento del problema del desplazamiento forzado**, 28 enero 1999. Disponible en <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1530.pdf>>. Consultado el 3 de octubre de 2008.

———. 2009. **Los desplazados internos en el mundo**. Ginebra, 2007. Disponible en <[http://www.acnur.org/paginas/index.php?id\\_pag=169&id\\_sec=>](http://www.acnur.org/paginas/index.php?id_pag=169&id_sec=>)>. Consultado el 28 de junio de 2009.

———. **Apreciaciones del ACNUR sobre el cumplimiento de la sentencia**. 18 de marzo de 2005. Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3909.pdf>>. Consultado el 29 de junio de 2009.

COLOMBIA. **Ley 387** de 18 de julio de 1997. Disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dbd4c6b5.html> Consultado el 29 de junio de 2009.

COLOMBIA. **Decreto 2569**, de 12 de diciembre de 2000. Disponible en <[http://www.accionsocial.gov.co/documentos/Decreto\\_2569\\_2000.pdf](http://www.accionsocial.gov.co/documentos/Decreto_2569_2000.pdf)>. Consultado el 10 de junio de 2009.

COLOMBIA. **Corte Constitucional**. Sentencia T-327/01. Violación a derechos

fundamentales que conlleva el desplazamiento forzado. Configuración de facto del desplazamiento forzado y derechos derivados de tal situación. Presunción de Buena Fe y necesidad de trato digno en el trámite de inscripción en el Registro Nacional de Desplazados. Expediente T-366589. Relator: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá, 26 de marzo de 2001. Disponible en <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1315.pdf>>. Consultado el 29 de junio de 2009.

COLOMBIA. **Corte Constitucional**. Sentencia N° T-025 de 2004. Acción de tutela instaurada por Abel Antonio Jaramillo, Adela Polanía Montaña, Agripina María Nuñez y otros contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Protección Social, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el INURBE, el INCORA, el SENA, y otros. Expediente T-653010 y acumulados. Relator: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 22 de enero de 2004. Disponible en: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2501.pdf>>. Consultado el 29 de junio de 2009.

COLOMBIA. **Corte Constitucional**. Auto N°. 218 de 2006. Verificación de las medidas adoptadas para superar el estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004 sobre el problema del desplazamiento interno. Sentencia T-025 de 2004 y Autos 176, 177 y 178 de 2005. Relator: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 11 de agosto de 2006. Disponible en: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/472208822.html>>. Consultado el 29 de junio de 2009.

COLOMBIA. **Corte Constitucional**. Auto N° 008 de 2009. Persistencia del estado de cosas inconstitucional declarado mediante sentencia T-025 de 2004. Sentencia T-025 de 2004. Relator: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 26 de enero de 2009. <http://www.unhcr.org/refworld/docid/49cbacd2c.html>>. Consultado el 29 de junio de 2009.

#### CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS.

Intensificación de la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de la Comisión (E/CN.4/1998/53/Add.2). 11 de febrero de 1998. Disponible en <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0022.pdf>>. Consultado el 29 de setiembre de 2008.

#### CONSULTORÍA PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y EL

**DESPLAZAMIENTO**. Número de Personas Desplazadas por Departamento (Recepción) por trimestre año 2003 – Cifra Codhes. CODHES, mayo de 2005. Disponible en [http://www.codhes.org/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=55&Itemid=51](http://www.codhes.org/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=55&Itemid=51). Consultado el 28 de junio de 2009.

Departamento de Llegada – años 2006-2007. CODHES, 13 de febrero de 2008.

Disponible en <[http://www.codhes.org/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=55&Itemid=51](http://www.codhes.org/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=55&Itemid=51)>. Consultado el 28 de junio de 2009.

———. Tapando el sol con las manos: informe sobre el desplazamiento forzado, conflicto armado y derechos humanos - enero-junio de 2008. Boletín Informativo CODHES, Número 74, 25 de set. de 2008. Disponible en: <[http://www.codhes.org/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=60&Itemid=50](http://www.codhes.org/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=60&Itemid=50)>. Consultado el 28 de junio de 2009.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. **El desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Nacional de Colombia, 2003.

JACANAMIJOY, Gabriel Muyuy. Conflicto armado y desplazamiento forzado de los pueblos indígenas. In: BELLO, M. N. (Org.) In: **Desplazamiento forzado: dinámicas de guerra, exclusión y desarraigo**. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2004.

MURCIA, Luis Eduardo Pérez. Desplazamiento forzado en Colombia 1995-1999: una aproximación empírica a las relaciones entre desplazamiento, conflicto armado y desarrollo In: Universidad Nacional de Colombia-Organización Internacional para las Migraciones (OIM)-Red de Solidariedad Social-Asociación Colombiana de Universidades (Ascun)-CODEES-AFS **El desplazamiento forzado en Colombia: compromisos desde la universidad**. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2003.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL CRIMEN. **Informe del Monitoreo de Cultivos de Coca en Colombia**. UNODC, 19 de junio. 2009a. Disponible en: <<ftp://190.144.33.2/unodc/censo2008es.pdf>>. Consultado el 28 de junio de 2009.

———. **Informe mundial sobre las drogas – 2009**. UNODC, 24 de junio de 2009b. Disponible en: <[http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR\\_2009/Executive\\_summary\\_Spanish.pdf](http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR_2009/Executive_summary_Spanish.pdf)>. Consultado el 28 de junio de 2009.

PÉCAUT, Daniel. **Crónica de cuatro décadas de política colombiana**. Bogotá: Norma, 2006.

PRADA, Diego Otero. **Las cifras del conflicto colombiano**. Bogotá: Indepaz y Uniciencia, 2007.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. Informe sobre Desarrollo Humano. Nueva York: PNUD, 1994. Disponible en <<http://indh.pnud.org.co/files/rec/nuevasdimensionesSH1994.pdf>>. Consultado el 8 de junio de 2009.

**Revista Migraciones Forzadas**. Entrevista con Walter Kälin. No. 23, octubre de 2005, pp. 4-6. Disponible en <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3999.pdf>>. Consultado el 11 de junio de 2009.

RUIZ, Henry Salgado. El Plan Colombia, una política de (in)seguridad humana para las poblaciones de Putumayo In: CONSULTORÍA PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DESPLAZAMIENTO – CODHES (Org.). **El Desplazamiento forzado en Colombia: compromisos desde la universidad**. Bogotá: Servigraphic, 2002, p. 265.

## NOTAS

1. En el período comprendido entre 1984 y 1994, las Fuerzas Armadas (incluyendo la policía) llegaron a figurar como responsables del 25% de los desplazamientos internos. Para más informaciones, ver: PRADA, 2007, p.131.
2. En esas observaciones cabe destacar dos momentos importantes. El primero de ellos, el período crítico comprendido entre 1999 y 2001, cuando el área cultivada de coca giraba en torno de las 150.000 hectáreas. El segundo momento se vincula al informe publicado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen (UNODC, sigla en inglés) en 2009, el cual, por primera vez sostiene que, en 2008, la superficie mundial dedicada al cultivo de coca disminuyó el 8% debido a una reducción significativa en Colombia de 18%. Para más informaciones ver: OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL CRIMEN, 2009.
3. Los departamentos son unidades federativas análogas a los estados en Brasil.
4. De 2002 a 2008, se registró el desplazamiento de 52.000 indígenas. En julio de 2008, la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) alertó sobre la posibilidad de extinción de 32 pueblos indígenas en consecuencia del conflicto armado (CODHES, 2008, p. 3)
5. De acuerdo con el Censo de 1993, esas poblaciones correspondían al 3,34% de la población colombiana.
6. Para citar algunos ejemplos: corebajú (Caquetá), puinaves (Guaviare), emberás (Alto Sinú, Chocó y Antioquia), paeces, yanaconas, guambianos, entre otros en Cauca, tules (Chocó), kankuamos (Sierra Nevada), diferentes pueblos del Putumayo, awás (Nariño).
7. En el caso de las comunidades indígenas, este trecho también revela algunos de los derechos garantizados no solamente por la Constitución colombiana sino también por la Declaración Universal de Derechos Humanos. Así, el desplazamiento forzado de comunidades indígenas implica directamente la violación de derechos colectivos reconocidos nacional e internacionalmente, por ejemplo: (i) derecho al territorio; (ii) derecho a la autonomía; (iii) derecho a la identidad cultural; y (iv) derecho a la seguridad y protección por parte del Estado. JACANAMIJOY, 2004, p. 206).
8. El Artículo 12 del Decreto 2569 entiende por hogar el grupo de personas (parientes o no) que vive bajo un mismo techo, comparte alimentos y está afectado por el desplazamiento forzado por la violencia. El concepto está, por lo tanto, íntimamente relacionado con aquel de “redes de apoyo social” del individuo.
9. Más que la ausencia del Estado, es la inoperancia de las instituciones estatales (vacíos del Estado), lo que deja espacio para que agentes privados defiendan sus intereses sin enfrentar resistencia alguna de las instituciones que se califican como representativas de los intereses colectivos de la región. De ahí la importancia de asociar a los índices de presencia institucional, el índice de impunidad: los municipios receptores presentan, en media, un 59% más de presencia institucional que los municipios expulsos. Además, presentan índices medios de impunidad superiores en torno del 33% (Murcia, *idem*, p. 71).
10. El capital social puede definirse, grosso modo, como la medida combinada de la disposición subjetiva a relacionarse productivamente con los demás.
11. Para citar otros: Artículo 24, sobre el derecho a la libre circulación; Artículo 40, sobre el derecho a la participación política, afectado por el abandono de documentos de identidad en el momento de la fuga. Artículo 44, que trata de los derechos del niño (48% de los desplazados son menores de edad); Artículo 49, relativo al deber del Estado de ofrecer acceso a la salud y al saneamiento; Artículo 51, sobre el derecho a la vivienda digna; Artículos 58 y 59, que garantizan la propiedad privada; y el Artículo 64, sobre la propiedad de la tierra (estos tres últimos serán abordados en mayor profundidad a continuación).
12. Es interesante observar que, en la academia, ese interés por el desplazamiento interno también surgió tardíamente. El primer seminario de alcance nacional sobre el tema se llevó a cabo recién en 1991. Esta iniciativa permitió identificar las principales corrientes teóricas interpretativas de los orígenes y de los flujos de desplazamiento. Pero es el seminario de 1997, sin embargo, el que marca una evolución significativa en la interpretación del desplazamiento interno. De acuerdo con Murcia, “A partir de este y otros esfuerzos, como el encuentro organizado por CISP en Antioquia, el seminario de desplazamiento, migraciones internas y reestructuraciones territoriales (1999), la compilación de boletines CODHES Informa (1999) y el seminario internacional [sobre] desplazamiento, conflicto, paz y desarrollo, realizado en Bogotá, en mayo de 2000, comenzó un proceso de construcción de hipótesis que permitió reconocer en el desplazamiento una estrategia de guerra de los actores armados que tienen referentes políticos y económicos” (2003, p. 29).
13. CONPES es la sigla que designa los documentos producidos por la institución de nombre correspondiente: Consejo Nacional de Política Económica y Social.
14. Para consultar los elementos que deben ser presentados por los programas de prevención, consultar los artículos 20 a 24 del Decreto 2569/2000.
15. Los Artículos 25, 27 y 28 definen los términos en los que se desarrollan las políticas de retorno de la población desplazada.
16. Se trata de una explicación parcial, ya que el conflicto armado atraviesa, a fines de la década de 1990, un período de recrudescimiento, lo que repercute

directamente sobre el problema del desplazamiento forzado.

17. En especial para el Consejo Nacional para el CNAIPDV – compuesto, entre otros, por la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y la Red de Solidaridad Social – y gobiernos locales en los niveles municipal y departamental.

18. Según los informes adjuntados a la Sentencia, el 57% de los individuos registrados como desplazados no recibían ayuda humanitaria de emergencia; y el 80% no poseía acceso a programas de generación de ingresos que permitieran su subsistencia digna y autónoma.

19. En lo tocante a los informes, la principal crítica de la Corte Constitucional es que estos reportan como avances en el proceso de implementación de la políticas lo que, en realidad, son propósitos, planes y programas que todavía no fueron desarrollados, además de corresponder al cumplimiento parcial de las obligaciones legales y constitucionales destacadas en la Sentencia T-025

20. Ver Ley 387, Decreto 2569 y algunas sentencias de tutela como SU-1150/00, T-1635/00, ACU-1662/01, AC-4279/01.

21. Otra debilidad de la política de atención a la población desplazada es el tratamiento psicosocial ofrecido.

22. Walter Kälin asumió la posición de Deng en setiembre de 2004. En esa época, el nombre del cargo había cambiado, y era Representante del Secretario General de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de los Desplazados Internos. En entrevista a la *Revista Migraciones Forzadas*, Kälin

afirma que “[E]l cambio en el título de mi mandato sugiere que el concepto de derechos humanos de los desplazados internos es, al menos en principio, aceptado por la comunidad internacional e indica un cierto re-direccionamiento del mandato, ya que pone más énfasis en la protección de los derechos humanos de ese grupo”. Ver *Revista Migraciones Forzadas*, idem, p. 4.

23. Es importante resaltar que el documento no posee capacidad vinculante, de modo que deja a los Estados la decisión de adoptar o no sus recomendaciones. Ver: Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. **Intensificación de la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de la Comisión** (E/CN.4/1998/53/Add.2). (11/02/1998). Disponible en <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0022.pdf>>. Consultado el 29 de set. de 2008.

24. Como parte de su línea de favorecer la descentralización territorial de las políticas y la inclusión de las poblaciones más vulnerables en los procesos de formulación y consulta acerca de las políticas destinadas a los desplazados, el ACNUR abrió oficinas de representación también en Apartadó, Barrancabermeja, Barranquilla, Bucaramanga, Cúcuta, Quibdó, Mocoa, Pasto y Soacha.

25. En ese sentido, fue reactivado el Grupo Temático sobre el Desplazamiento (TGD, sigla en inglés), el cual, bajo la dirección de ACNUR, apunta a la coordinación de las agencias de la ONU para ofrecer propuestas de enfoque del tema del desplazamiento interno en una mayor sintonía con las necesidades de esa población.

## ABSTRACT

The objective of this article is to understand the interaction between the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) and the Colombian government in their attempts to mitigate forced internal displacement, as well as the main challenges faced in addressing this problem. This article focuses on the interpretation adopted by the forementioned actors, who link this displacement to the armed conflict the country that has endured for more than forty years. Although this issue has been discussed for decades, the formulation of national policies intended to mitigate its effects came late, in the mid-1990s. Similarly, the UNHCR began paying more attention only in the late 1990s. The article concludes that there is a significant disparity between the development of norms regarding the internally displaced and the execution of such norms. For example, there needs to be greater coordination between national and local organizations, and national and international organizations. With respect to the prevention of internal displacement and the evaluation of the impact of these policies, the challenge is even greater; as such efforts are in the beginning stages. The UNHCR has used the same criteria as the Colombian government in executing its tasks; these criteria should be rethought and redefined in light of the High Commissioner's experience.

## KEYWORDS

Internally displaced persons – Colombia – UNHCR – Armed conflict – Humanitarian crisis.

## RESUMO

O objetivo deste artigo é compreender a interação entre o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) e o governo colombiano nos esforços de mitigação do deslocamento interno forçado, bem como os principais desafios enfrentados na abordagem do problema. Este artigo privilegia a leitura adotada pelos atores mencionados acima, a qual vincula o deslocamento interno forçado ao conflito armado vivenciado pelo país há mais de quarenta anos. Embora trate de um problema observado há décadas, as formulações políticas nacionais com vistas a abrandar esta prática surgiram tardiamente, em meados da década de 1990. Da mesma forma, a atenção do ACNUR para o problema foi intensificada somente em finais da mesma década. O artigo conclui que existe uma grande assimetria entre o desenvolvimento normativo dado aos deslocados na Colômbia e a execução de tais normas. Falta coordenação entre entidades nacionais e sub-nacionais, assim como entre as nacionais e as internacionais. No que diz respeito à prevenção do deslocamento interno e avaliação do impacto das políticas para a mitigação de sua prática o desafio é ainda maior, uma vez que são embrionários os esforços neste sentido. Sustenta-se, ainda, que o ACNUR tem empregado os mesmos critérios que o governo colombiano na execução dessas tarefas, quando poderia repensá-los e redefini-los à luz da experiência do Alto Comissariado.

## PALAVRAS-CHAVE

Deslocados Internos – Colômbia. ACNUR – Conflito Armado – Crise Humanitária.



#### JOSEPH AMON

Joseph Amon es el Director del Programa de Salud y Derechos Humanos de Human Rights Watch. Tiene un doctorado en epidemiología y una Maestría en Ciencias de Salud Pública sobre medicina tropical. Ha dirigido investigaciones y acciones de incidencia sobre una amplia gama de enfermedades, haciendo hincapié en el acceso a la atención de la salud para grupos en situación de vulnerabilidad.

Email: [amonj@hrw.org](mailto:amonj@hrw.org)



#### KATHERINE TODRYS

Katherine Todrys es becaria Robert L. Bernstein en el Programa de Salud y Derechos Humanos de Human Rights Watch. Anteriormente se desempeñó como Asesora de Derechos de los Pacientes en el proyecto "Pueblos del Milenio" de la Universidad de Columbia. Se graduó en Derecho en la Universidad de Yale y es Licenciada en Letras por la Universidad de Harvard.

Email: [todrysk@hrw.org](mailto:todrysk@hrw.org)

### RESUMEN

---

Mientras que el derecho internacional de los derechos humanos establece el derecho a la salud y a la no discriminación, pocos países dan cumplimiento con sus obligaciones de proporcionar tratamiento contra el VIH a los no ciudadanos, incluyendo a los refugiados, los migrantes permanentes en situación irregular y migrantes temporarios. Dos países, Sudáfrica y Tailandia, dan ejemplos útiles de cómo las políticas públicas y sus prácticas discriminan a los no ciudadanos y se les niega atención médica. Aunque en Sudáfrica los individuos con estatus migratorio irregular gozan del derecho a la asistencia sanitaria gratuita, incluyendo el tratamiento antirretroviral (TAR), a los no ciudadanos sudafricanos se les niega frecuentemente el TAR en las instituciones de salud pública. En Tailandia, incluso entre los migrantes regulares, sólo las mujeres embarazadas tienen derecho al TAR. A fin de cumplir con las obligaciones internacionales de derechos humanos -que requieren de la provisión de un mínimo básico de servicios de salud sin discriminación- los estados en el sur global y en todo el mundo deben garantizar la disponibilidad y accesibilidad de los medicamentos esenciales para el TAR para los migrantes en las mismas condiciones que para los ciudadanos.

Original en Inglés. Traducido por Laura Royo.

Recibido en enero de 2009. Aceptado en febrero de 2009.

### PALABRAS CLAVE

---

Migrantes – VIH/SIDA – Terapia antirretroviral – Derechos humanos – Derecho a la salud.



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en [www.revistasur.org](http://www.revistasur.org).

# ACCESO A TRATAMIENTO ANTIRRETROVIRAL PARA LAS POBLACIONES MIGRANTES DEL SUR GLOBAL

Joseph Amon y Katherine Todrys

## 1. Introducción

La escala de migración mundial, definida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) (2003) como el desplazamiento de personas de un área a otra durante períodos variables de tiempo<sup>1</sup>, es vasta y está en aumento. La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) ha estimado que 192 millones de personas en todo el mundo, o un 3 por ciento de la población mundial, viven fuera de su lugar de nacimiento.

En 2008, el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA) (2008a) estimó que 33 millones de personas en todo el mundo vivía con VIH. Según la OMS, la migración, a menudo, puede producir consecuencias graves para la salud de los migrantes debido a los retos que entrañan “la discriminación, las barreras lingüísticas y culturales, la situación legal, y otras dificultades económicas y sociales.” (OMS, 2003, pág. 4). De hecho, desde la aparición de la epidemia del VIH en 1980, funcionarios de salud pública han reconocido que las poblaciones migrantes se enfrentan a un riesgo especial de infección por el VIH (WOLFFERS; VERGHIS; MARIN, 2003, pág. 2019-2020).

ONUSIDA, la OIM y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2008, p. 1) han señalado que factores sociales, económicos y políticos - incluyendo la separación de cónyuges, las diferencias culturales, las condiciones de vida y de trabajo marginales, las barreras idiomáticas, el conjunto agravado por la falta de acceso a información relacionada con el VIH y los servicios de salud - afectan a los migrantes trabajadores internacionales en los países de origen y destino y pueden aumentar el riesgo de infección por el VIH. Investigaciones sobre salud pública han demostrado repetidamente la vulnerabilidad de los migrantes y sus familias al VIH (HERNÁNDEZ-ROSETE. et al., 2008, WELZ et al., 2007, FORD;

---

*Ver las notas del texto a partir de la página 186.*

CHAMRATHRITHIRONG, 2007, BANDYOPADHYAY, Thomas, 2002, BROCKERHOFF; BIDDLECOM, 1999), y estudios recientes han confirmado las necesidades de salud específicas de las poblaciones itinerantes y el impacto sobre la salud de cambios en las prácticas sociales y culturales (BANATI, 2007, pág. 210-214). La Declaración de Compromiso sobre el VIH/SIDA del año 2001 compromete explícitamente a los estados del mundo a “elaborar y a comenzar a poner en práctica estrategias nacionales, regionales e internacionales que faciliten el acceso a programas de prevención del VIH/SIDA para migrantes y trabajadores migratorios” (párr. 50).

Las rutas de tránsito han sido reconocidas como facilitadoras tanto del aumento de la población como de propagación de enfermedades. Las rutas nacionales, tales como el Cuadrilátero de Oro de la India han sido llamadas “conducto del virus” (WALDMAN, 2005) y desde principios de la epidemia, la autopista M1, que va desde Egipto a Sudáfrica, ha sido llamada la “Autopista del SIDA”. Carteles en las principales rutas y en las fronteras en todo el sur de África llevan mensajes relacionados con el SIDA y advierten a las personas a usar condones. La principal autopista que une Abidján (Costa de Marfil) a Lagos (Nigeria), es transitada por 47 millones de personas al año, y también incluye mensajes de sensibilización sobre el SIDA y es el foco de una campaña de sensibilización en la vía pública del VIH/SIDA, (IRIN PLUS NEWS, 2008b).

Sin embargo, a pesar del tiempo que hace que se conoce la relación existente entre la migración y la vulnerabilidad a la infección por VIH, donantes y estados han fallado en garantizar a los migrantes acceso al tratamiento del VIH. Aunque los gobiernos se han comprometido a proporcionar “acceso universal” (DECLARACIÓN POLÍTICA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL VIH/SIDA, 2006, párr. 20) al tratamiento del VIH y han asumido obligaciones específicas en el derecho humanitario internacional garantizando que el tratamiento del VIH (específicamente, el tratamiento antirretroviral o TAR) sea proporcionado a los migrantes como parte de su deber de satisfacer el derecho a la salud sin discriminación, el acceso al tratamiento antirretroviral para los migrantes sigue siendo, en gran medida, una cuestión pendiente.

La Asamblea Mundial de la Salud (AMS, 2008) ha solicitado a los Estados miembro que incentiven políticas de sensibilización sobre la salud de los migrantes, promuevan el acceso equitativo a la prevención y asistencia de enfermedades para los migrantes, documenten y divulguen información sobre las mejores prácticas para satisfacer las necesidades de atención de salud de los migrantes, capaciten a los profesionales de la salud para hacer frente a las cuestiones de salud relacionadas con la migración de poblaciones, y cooperen con otros países implicados en procesos migratorios en cuestiones de salud de los migrantes. Sin embargo, pocos estados han reconocido explícitamente la terapia antirretroviral como parte de los servicios de salud mínimos que se deben proporcionar sin discriminación por razón de nacionalidad a los migrantes dentro de sus fronteras.

El desarrollo de los sistemas de tratamiento del VIH para los migrantes es necesario para lograr el acceso universal al tratamiento de esta enfermedad y atender a las necesidades de una población de migrantes significativa y creciente en

el mundo, especialmente en el Sur Global. La expansión del tratamiento contra el VIH en este hemisferio ha sido desigual; mientras que anteriormente, los migrantes seropositivos no podían acceder a la atención de salud ni en sus países (de bajos y medianos ingresos) de origen ni en los de destino, en los últimos años los gobiernos nacionales en algunos países del Sur Global, con asistencia de contribuyentes internacionales, han sido capaces por primera vez de proporcionar ese tratamiento a bajo costo o de forma gratuita (GARRET, 2007).

Además de la desigualdad de recursos entre los distintos países del Sur Global, la desigualdad en el acceso y en la utilización de recursos de los donantes ha creado una enorme disparidad entre los países de ingresos bajos y medios en su capacidad de proporcionar TAR, una disparidad que puede persistir. Actualmente, 15 países de todo el mundo disfrutan de la condición y de la ayuda especial dirigida a “países prioritarios” del Plan de emergencia de la Presidencia de los Estados Unidos de ayuda para el alivio del SIDA (PEPFAR) (ESTADOS UNIDOS, 200-). El dinero del Fondo Mundial de Lucha contra el SIDA, la Tuberculosis y la Malaria también es distribuido de manera inequitativa (más de 1/5 de los fondos gastados en 2007 fueron invertidos en sólo cuatro países) (GARRET, 2007). Para una mayor complicación, en algunos países de bajos y medianos ingresos, la corrupción es frecuente y porciones significativas de la financiación de los donantes nunca llegan a alcanzar los objetivos de salud previstos; la guerra, la falta de liderazgo y la falta de infraestructura de salud dificultan el acceso a los medicamentos en otros países.

Dada la escala global y la frecuencia de la migración en todo el mundo, una estrategia racional de salud pública para la prevención y el tratamiento del VIH/SIDA no puede incluir la discriminación contra los no ciudadanos en la provisión del TAR. Desde el punto de vista de la prevención, negar el tratamiento a los migrantes sólo conduciría a perpetuar la transmisión y frustrar los esfuerzos hacia el control de la epidemia del VIH/SIDA. Desde la perspectiva de una adecuada atención a aquellas personas que ya están infectadas, las interrupciones en el tratamiento del VIH pueden conducir a enfermedades, a desarrollar resistencia a los medicamentos y a la muerte que, en última instancia, puede generar programas de salud pública con gastos mayores de asistencia social (BURNS; FENTON, 2006).

Cabe señalar que el escaso acceso a la atención médica y la discriminación también se da para los migrantes en países de altos ingresos. Human Rights Watch ha examinado casos de migración desde el sur hacia el norte, y los consiguientes retos que enfrentan los migrantes en el acceso al TAR en sus nuevos hogares (Human Rights Watch - HRW, 2009). Este artículo examinará el acceso de los migrantes al TAR en dos países de ingresos medios -Sudáfrica y Tailandia- en el contexto del derecho internacional, y proporcionará recomendaciones generales para la realización del objetivo del acceso universal al tratamiento antirretroviral del VIH para todos.

## 2. Poblaciones

Tres grandes categorías de migrantes pueden ser definidas a efectos de este artículo: los refugiados, los migrantes permanentes en situación irregular, y los migrantes temporales.

## 2.1 Refugiados

Un refugiado es definido como una persona que,

*debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él (CONVENCIÓN DE LA ONU SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS, ART. 1 (A) (2), 1954; PROTOCOLO DE LA ONU SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS, 1967).*

A los refugiados se les concede una protección especial en virtud del derecho internacional. De acuerdo a la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, los refugiados benefician de un trato al menos tan favorable como el de los nacionales de un país con respecto a una variedad de derechos, incluyendo la asistencia pública y la seguridad social (que incluye enfermedades, maternidad, u otras contingencias cubiertas por la seguridad social en virtud de la legislación o reglamentación nacional) (OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS [OACDH], 2006, pp. 28-29). Con la excepción del derecho a la educación pública, los derechos reconocidos en esta Convención se limitan a los refugiados que residen legalmente en el país de acogida, disposición que ha dado lugar a ciertos desacuerdos en cuanto a si los solicitantes de asilo están o no contemplados. (CHOLEWINSKI, 2000, pp. 710-712). Los individuos que tienen una solicitud pendiente de estatuto de refugiado -solicitantes de asilo- tienen algunas protecciones especiales en virtud del derecho internacional, (OACDH, 2006, pp. 28-29), aunque esta protección no contempla específicamente al derecho a la atención de médica.

Los organismos de las Naciones Unidas apoyan la iniciativa de proporcionar el acceso al TAR para los refugiados. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (2008, p. 5) considera que es un objetivo estratégico para garantizar que “el acceso oportuno, eficaz y de buena calidad a la atención, apoyo y servicios de tratamiento incluyendo el acceso al tratamiento antirretroviral [sea proporcionado a los refugiados] a un nivel similar al de las poblaciones nacionales del país de acogida” En efecto, entre los grupos mencionados en este artículo, los refugiados son los que gozan del más amplio acceso al tratamiento antirretroviral gratuito.

## 2.2 Migrantes permanentes en situación irregular

Un migrante permanente en situación irregular ha sido extraoficialmente definido como “[una] persona que se traslada a un país distinto del de su residencia habitual durante un período de al menos un año (12 meses), por lo que el país de destino se convierte efectivamente en su nuevo país de residencia habitual” (HEALTH PROTECTION AGENCY, 2006, p. 5). Este grupo podría incluir a personas que

no han tenido éxito en su solicitud de asilo, pero que han optado por permanecer en el país de todas formas, personas que ingresaron al país con una visa y se quedaron sin obtener una renovación, o personas que han entrado en un país sin estatus migratorio y han permanecido del tal forma. Las leyes y políticas de los gobiernos sobre la prestación de la atención de la salud –especialmente del TAR– a migrantes permanentes en situación irregular son usualmente muy restrictivas.

### *2.3 Migrantes temporales*

Un migrante temporal se ha definido como “una persona que se muda a un país distinto del de su residencia habitual durante un período de al menos 3 meses, pero menos de un año” (HEALTH PROTECTION AGENCY, 2006, p. 5). Estas poblaciones móviles –también definidas como “personas que se desplazan de un lugar a otro temporalmente, estacionalmente o definitivamente por una gran cantidad de razones voluntarias y/o involuntarias” (ONUSIDA, 2001, p. 3) – se enfrentan a retos específicos en el acceso a la asistencia médica. ONUSIDA y la OIM (2001, p. 10) han observado que cada vez más personas son bi-o multi-locales.

La migración puede tener una trayectoria circular, o los individuos pueden utilizar algunos países como “país de paso” en el proceso de migración (JACOBSEN, 2007, pp. 206-208). Los migrantes temporales enfrentan muchos de los mismos problemas que los migrantes permanentes en situación irregular, incluyendo la falta de acceso a los medicamentos de forma gratuita o a bajo costo, pero también se enfrentan a desafíos particulares, incluyendo los diferentes regímenes de tratamiento en varios lugares, distintos sistemas de prescripción a través de las fronteras, la falta de continuidad en la atención médica y la falta de conformidad con las directrices del TAR, que están diseñados para la población permanente.

## **3. Estudios de caso de dos países en el Sur Global**

A pesar del reconocimiento internacional de la vulnerabilidad de las poblaciones migrantes y de la protección específica de los derechos humanos, la experiencia de los migrantes en el acceso a tratamiento para el VIH varía ampliamente. Sudáfrica y Tailandia ofrecen dos ejemplos instructivos y diferentes de los derechos de los migrantes y la realidad del acceso al TAR en el Sur Global.

### *3.1 Sudáfrica*

En Sudáfrica se encuentra el mayor número de personas infectadas con VIH en el mundo, 5,7 millones de personas según una estimación de 2007 (ONUSIDA, 2008a, p. 40). Proporcionar tratamiento antirretroviral a las personas que lo necesitan es una cuestión central y apremiante de interés nacional.

Entre los estados miembros de la Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC, por la sigla en inglés), la migración es frecuente, y el 46 por ciento de los sudafricanos vive en comunidades rurales donde es común el empleo basado en la migración circular (WELZ et al., 2007, p. 1471). La prevalencia del VIH en toda

la región es alta, y un estudio sobre la prevalencia del VIH en KwaZulu-Natal, Sudáfrica, donde la migración es frecuente, encontró que la prevalencia del VIH entre las mujeres migrantes entre 25 y 29 años de edad era del 63 por ciento (WELZ. et al., 2007, p. 1469).

Identificar el número de migrantes en Sudáfrica es en sí mismo controvertido. Las estimaciones varían ampliamente, y llegan tan alto como a seis millones de migrantes no ciudadanos en el país en 2008 (SUDÁFRICA, 2008?, p. 1), con respecto a una población total de 47 millones (FEDERATION INTERNATIONALE DES DROITS DE L'HOMME [FIDH], 2008, p. 8). La mayoría de estos migrantes provienen de otros países de la Comunidad de Desarrollo de África Austral, sobre todo de Zimbabwe, Mozambique y Lesotho. Como resultado de la crisis política y económica en el vecino Zimbabwe, especialmente, los migrantes han llegado a Sudáfrica en grandes números: se calcula que al menos entre 1 y 1,5 millones de zimbabwenses han huido a Sudáfrica desde 2005 (HRW, 2008, p. 23), abandonando un país con acceso insuficiente al tratamiento antirretroviral y al cuidado de la salud en general (HRW, 2006). Cada vez más, los migrantes llegan a Sudáfrica procedentes de todo el continente y del mundo (FIDH, 2008, p. 11).

Sin embargo, la investigación de Human Rights Watch, así como de organizaciones no gubernamentales y medios de comunicación, ha descrito una marcada distancia entre las políticas inclusivas de Sudáfrica y la realidad del acceso a la salud de los refugiados, de los solicitantes de asilo, y en especial de los migrantes indocumentados. Algunas clínicas públicas exigen la presentación de un documento de identificación Sudafricano antes de ofrecer atención de salud, negando el tratamiento a indocumentados (IRIN PLUS NEWS, 2008a). Los solicitantes de asilo han experimentado constantes dificultades para acceder al TAR (CONSORCIO PARA REFUGIADOS E INMIGRANTES EN SUDÁFRICA, 2008; PROYECTO DE LEY SOBRE SIDA et al., 2008). Organizaciones de derechos humanos y periodistas han documentado abusos verbales, tratamientos de inferior calidad, falta de sensibilidad por los prestadores, tiempos de espera inusualmente largos, y la negación categórica de servicios, a los que se enfrentan los migrantes que buscan atención médica (FIDH, 2008, p. 31). Otros les cobran ilegalmente tarifas prohibitivas por el tratamiento o los medicamentos, o les dicen que deben tener una tarjeta verde de ciudadanía de Sudáfrica para poder recibir los servicios básicos. Zimbabwenses indocumentados con necesidades de recibir atención médica han afluído a organizaciones de beneficencia e iglesias de Sudáfrica (HRW, 2008, p. 36), y han sido expulsados de las clínicas públicas al no poder presentar documentos de ciudadanía. Mineros de Basotho infectados con el VIH y la tuberculosis multi-resistente (MDR-TB) se han enfrentado a la deportación y han sido dejados en la frontera de su país de origen sin ningún tipo de tratamiento o indicaciones de servicios de salud locales para su tratamiento (SMART, 2008).

Portavoces de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y de Médicos Sin Fronteras (MSF) confirmaron en julio de 2008 que habían observado casos de ciudadanos extranjeros víctimas de discriminación a los que se les negó el tratamiento del VIH por parte de personal de salud que ignoraba las normas (PALITZA, 2008). En una investigación reciente de

la Universidad de Witwatersrand, los no ciudadanos que necesitan TAR reportaron más dificultades para acceder al medicamento que los ciudadanos sudafricanos. El personal del hospital que discrimina a los migrantes, ya sea a través del abuso verbal o físico, o a través de la negación de la atención médica, es rara vez considerado responsable de tales acciones. Las víctimas de tales abusos frecuentemente no conocen sus derechos en lo que respecta a la asistencia médica, ya que los hospitales públicos no tienen traductores ni proporcionan material informativo lingüísticamente apropiado, por lo que rara vez presentan denuncias formales. Esta investigación sugiere además, que las políticas de la Dirección Nacional de Salud no son aplicadas de manera uniforme en las instituciones públicas y, mientras que los ciudadanos son enviados a centros estatales de TAR, los no ciudadanos son rutinariamente rechazados por las clínicas locales y son enviados hacia ONGs para recibir tratamiento antirretroviral. Esta práctica ha conducido a la creación de un “doble sistema de atención de salud, público y no gubernamental, que proporciona TAR a través de “caminos separados” a ciudadanos y no ciudadanos (VEAREY, 2008b).

ONGs en Sudáfrica han invertido muchas horas realizando tareas de incidencia para la defensa de refugiados y solicitantes de asilo a los que se les niega atención médica en el sector público, escribiendo cartas y acompañando a los pacientes para asegurarse de que sean tratados de acuerdo a la ley. Incluso cuando estos pacientes son capaces de obtener finalmente el diagnóstico y tratamiento del VIH, pueden sufrir de diagnósticos y tratamientos tardíos por los intentos anteriores fracasados y el tiempo que toma organizar las acciones de asistencia. Los migrantes procedentes de países con una menor incidencia de VIH que Sudáfrica, como por ejemplo Somalia, pueden carecer de información sobre el VIH y los recursos lingüísticamente apropiados son escasos. Además, los investigadores han señalado que los médicos sudafricanos no están capacitados para tratar a migrantes que han estado bajo un régimen de TAR diferente en su país de origen y, muchos creen erróneamente que el cambio de régimen hará que se genere resistencia a los medicamentos o que fracase el tratamiento.

Malas condiciones de vida y frecuentes desplazamientos forzados internos dificultan que los migrantes en Sudáfrica tengan acceso a análisis de VIH y a su tratamiento. Miles de zimbabwenses indocumentados viven al aire libre cerca de la frontera, sin acceso a vivienda, alimentos, agua potable ni saneamiento. Miles de personas duermen en refugios hacinados y en los pisos de las iglesias en los centros de la ciudad. La inseguridad alimentaria y el hambre hacen que el cumplimiento del TAR sea un reto. Las frecuentes detenciones, arrestos y deportaciones crean un clima de temor en el que muchos migrantes, especialmente cerca de la frontera de Zimbabwe, se niegan a solicitar atención médica por temor a ser detenidos allí. Para aquellas personas que buscan diagnóstico del VIH y profilaxis después de episodios de abuso sexual, los hospitales públicos representan un riesgo particular, ya que muchos tienen como política llamar a la policía antes de brindar el tratamiento adecuado. Junto con las altas tasas de violencia xenófoba contra extranjeros, estos factores limitan seriamente la realización de una política progresiva hacia la prestación de TAR a los migrantes en Sudáfrica. El ejemplo de este país destaca la importancia del cumplimiento de los derechos humanos de los migrantes a fin de que los regímenes de tratamiento del VIH funcionen tal como fueron diseñados.

### 3.2 Tailandia

En 2004 en Tailandia había 1,25 millones de migrantes registrados y al menos otros tantos no registrados (OIM, 2007). Un gran porcentaje de estos migrantes son birmanos. De hecho, las estimaciones del número de migrantes birmanos en Tailandia van de 2 a 6 millones (YANG, 2007, pp. 488-489). Los migrantes que llegan a Tailandia desde Birmania por motivos relacionados con la devastación económica de su país de origen, las oportunidades económicas en Tailandia y el conflicto y persecución por parte de la junta militar gobernante. El sistema birmano de atención de la salud es asimismo claramente insuficiente para satisfacer las necesidades de la población, y décadas de gobiernos militares represivos, guerra civil, corrupción, falta de inversión, aislamiento y violaciones generalizadas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario han hecho que el sistema de salud de Birmania sea incapaz de responder eficazmente a las enfermedades endémicas e infecciosas emergentes (STOVER. et al., 2007, p. 1).

El gobierno tailandés ha desarrollado un programa para registrar a los migrantes y regularizar su situación. En 2004, el Ministerio de Trabajo de Tailandia registró a 1.280.000 migrantes, de los cuales 814.000 también aplicaron para solicitar permisos de trabajo (YANG, 2007, p. 506). El registro permite a los migrantes tener acceso a los servicios básicos de salud a través del plan nacional de salud (YANG, 2007, p. 507). De hecho, el Ministerio de Salud Pública ha señalado que los migrantes registrados y los que posean permisos de trabajo tienen derecho a acceder a los servicios de salud, incluyendo tratamiento, control de enfermedades, promoción de la salud y rehabilitación, obtener chequeos de salud regulares y una inscripción en el sistema de salud nacional, lo que implica un pago compartido fijo y que el gobierno pague el resto del costo de los servicios (YANG, 2007, pp. 520-521).

Sin embargo, el TAR no es considerado como parte del paquete de atención de salud pública incluido en el registro, excepto para las mujeres embarazadas (IRIN PLUSNEWS, 2007, Physicians for Human Rights [PHR], 2004, p. 45). Los antirretrovirales son distribuidos a los tailandeses a través de un régimen específico de cobertura diferente al de los migrantes registrados, excluyendo efectivamente a los no tailandeses (PHR, 2004, pp. 45-46).

Asimismo, el registro es problemático para los migrantes, a raíz de las excesivas tasas de registro, el hecho de que no pueden cambiar de empleador una vez registrados y no pueden desplazarse fuera de la provincia en la que están registrados (YANG, 2007, pp. 507-511). Los criterios de elegibilidad para el registro cambian anualmente y las restricciones derivadas de la falta de cobertura de las típicas categorías de empleo de los migrantes y el vínculo del registro con lugares específicos de trabajo impide a muchos acceder al programa de registro (PHR, 2004, p. 2). Además, mientras que los migrantes tienen derecho a mantener en su posesión sus documentos de inscripción, su permiso de trabajo y su documentación del seguro de salud, los empleadores suelen quedarse con estos documentos por lo que las copias de éstos resultan insuficientes para poder recibir atención médica (SAETHER et al., 2007, pp. 1004 -1005). La mayoría de los servicios de atención de salud en Tailandia no ofrecen ningún servicio a los migrantes no registrados (YANG, 2007, p. 522).

Un informe de Physicians for Human Rights de 2004 que trata sobre los migrantes birmanos en Tailandia, expresó su preocupación sobre el compromiso del gobierno con “la protección de los derechos humanos y la prevención, atención médica y tratamiento del VIH/SIDA para los migrantes y las poblaciones tribales de las montañas” (PHR, 2004, p. 1). El grupo exige atención médica y tratamiento del VIH para los migrantes en igualdad de condiciones que los ciudadanos de Tailandia, ya que, entre otras barreras

*el acceso a la atención de salud para la población birmana y poblaciones tribales de las montañas es sumamente limitada debido a la amenaza de arresto y deportación, confinamiento forzado, confiscación de documentos, discriminación, falta de recursos financieros, falta de información, y/o las barreras idiomáticas (PHR, 2004, p. 3)*

En los hechos, esta población está esencialmente condenada a vivir y morir de SIDA como consecuencia de la denegación discriminatoria de tratamiento médico (PHR, 2004, p. 4). MSF también ha solicitado al gobierno tailandés que mejore el acceso de los trabajadores migrantes a los servicios de salud, señalando la brecha existente entre las políticas generales de salud del gobierno y la práctica en algunas provincias donde son pocos los migrantes que reciben asistencia sanitaria básica (MSF, 2007).

Además de las barreras legales a la salud gratuita mencionadas anteriormente, desafíos prácticos impiden el tratamiento de migrantes seropositivos en Tailandia. La utilización y el conocimiento sobre todos los derechos a la atención de la salud es baja incluso entre los migrantes registrados (YANG, 2007, p. 521). Además, a raíz de entrevistas con migrantes se ha advertido que graves dificultades financieras (además del costo del tratamiento, se incluyen los gastos de transporte a los centros de salud y el costo de perder el día de trabajo para concurrir a las citas médicas), miedo a la policía, problemas laborales y los retos de la comunicación, son todos factores que limitan el acceso al TAR (SAETHER et al., 2007, pp. 1004-1005). Las investigaciones también han concluido que “el costo de los medicamentos y los servicios de salud representan un gran obstáculo en el intento de ceñirse al TAR” a largo plazo, ya que la medicina es de por vida y su alto costo implicaría que los migrantes se vean privados de acceder a otras necesidades tales como la alimentación (SAETHER et al., 2007, pp. 1004-1005)<sup>5</sup>. Asimismo, las investigaciones han demostrado que los migrantes en Tailandia han experimentado situaciones de discriminación en su búsqueda de tratamiento, que van desde la rudeza o la negación de acceso al tratamiento hasta la atención deficiente (SAETHER et al., 2007, pp. 1004-1005).

Las Directrices sobre la adhesión a medicamentos también pueden ser perjudiciales para algunos migrantes. El régimen del TAR más comúnmente utilizado en Tailandia debe tomarse cada 12 horas, lo cual es difícil para los migrantes que trabajan largas horas, ya que les sería imposible dejar de trabajar para tomar los medicamentos y podrían ser despedidos si se descubriese que son portadores del VIH (SAETHER et al., 2007, pp. 1004-1005). Un médico de un hospital de Tailandia dijo que aunque a los migrantes no se les niega unilateralmente el TAR, muchos no se ajustan a los criterios de admisión, incluyendo la adherencia anticipada a la terapia antirretroviral (SAETHER et al., 2007, pp. 1004-1005). Criterios no médicos para el acceso al TAR tales como “la adherencia previa” se han utilizado para restringir el acceso a los migrantes, así como otras poblaciones de pacientes “no deseables” como los consumidores de drogas.

## 4. Derecho Internacional

El derecho internacional establece el derecho básico al acceso al más alto nivel posible de salud. Este derecho, junto con el derecho a la no discriminación, implica el derecho a acceder a un mínimo conjunto básico de servicios de atención de la salud, incluido el TAR, sin discriminación basada en la nacionalidad.

### 4.1 *Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*

Todas las personas tienen derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud, derecho que está consagrado en tratados internacionales y regionales.

Según la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” (art. XXV(1)). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) también garantiza el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud, y requiere que los estados parte tomen medidas individualmente y a través de la cooperación internacional para alcanzar progresivamente la realización de este derecho a través de la prevención, el tratamiento y el control de enfermedades epidémicas y la creación de condiciones que aseguren asistencia médica y servicios de salud para todos (art. 12). La “realización progresiva” significa que los Estados Partes “tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más eficazmente posible hacia la plena realización [del derecho]” (COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES - CDESC, 2000, párrs. 30-31). Según la OMS y el ACNUDH,

*al considerar el nivel de implementación de este derecho en un Estado en particular, la disponibilidad de recursos en ese momento y el contexto de desarrollo son tenidos en cuenta. Sin embargo, ningún Estado puede justificar el incumplimiento de sus obligaciones en razón de la falta de recursos. Los Estados deben garantizar el derecho a la salud hasta el máximo de los recursos disponibles, incluso si éstos son limitados (ACNUDH, OMS, 2008, p. 5).*

El concepto de los recursos disponibles tiene la intención de incluir la asistencia disponible de la comunidad internacional (CHOLEWINSKI, 2000, p. 714-719).

El derecho a la salud está garantizado además por otros tratados y compromisos internacionales de derechos humanos. La Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados a

*reconocer el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes procurarán asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al acceso a esos servicios sanitarios. (Art. 24:1)*

De hecho, los Estados Partes adoptarán las medidas apropiadas, entre otras cosas, para “asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias

a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud”; (CDN, 1989, art. 24:2(b)) El derecho a la salud también está garantizado por 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 Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus familias, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales (PIDESC, 2000, párr. 2). Además, los gobiernos se comprometieron en la Declaración de Compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA a “promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluido el derecho al nivel más alto posible de salud física y mental” (párr. 37) y

*de manera urgente hacer todo lo posible para: proporcionar de manera progresiva y sostenible, el nivel más alto posible de tratamiento para el VIH/SIDA, incluyendo la prevención y el tratamiento de infecciones puntuales y la utilización efectiva del tratamiento antirretroviral de calidad controlado de manera cuidadosa y monitoreada para mejorar la adherencia y la eficacia y reducir el riesgo de desarrollar resistencias (párr. 55).*

Los tratados regionales también tratan el derecho a la salud. La Carta Africana [de Banjul] de Derechos Humanos y de los Pueblos garantiza el acceso a la salud y obliga a los Estados partes a “adoptar las medidas necesarias para proteger la salud de su pueblo y asegurarse de que reciban asistencia médica cuando están enfermos (art. 16).” Además, la Carta Africana sobre los Derechos del Niño estipula el derecho de todo niño a disfrutar del más alto nivel posible de salud, y obliga a los Estados Partes a que se comprometan a conseguir la plena aplicación de este derecho, incluida la prestación de “asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de la salud” (art. 14:2(b)). También el Artículo 10 de la Carta Social Europea de 1961 reconoce el derecho a la salud, como lo hace el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988.

#### ***4.2 Principios de Igualdad y No Discriminación***

El derecho internacional también establece los principios básicos de no discriminación e igualdad. La Declaración Universal de Derechos Humanos proclama que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (art. 2). Además, en virtud de dicha Declaración, “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley” (art. 7). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) hace eco de las disposiciones de la DUDH contra la discriminación, obligando a los Estados Partes a garantizar a todos los individuos los derechos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra

condición (art. 2(1)). El PIDCP también señala que todas las personas son iguales ante la ley y exige que la ley prohíba la discriminación y garantice protección igual y efectiva contra la discriminación por cualquiera de los motivos anteriormente mencionados (art. 26). El Comité de Derechos Humanos (CDH) (1994b, párr. 1), órgano de vigilancia del PIDCP, ha determinado que la no discriminación, la igualdad ante la ley y la igual protección son los principios básicos para la protección de los derechos humanos.

Por otra parte, siguiendo con este principio, el Comité ha observado que, en general, los derechos garantizados en el Pacto son aplicables a todas las personas, independientemente de su nacionalidad o apatridia. Así pues,

*la norma general es que se garanticen todos y cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto, sin discriminación entre nacionales y extranjeros. Los extranjeros se benefician del requisito general de no discriminación respecto de los derechos garantizados en el Pacto, conforme al artículo 2 del mismo. Esta garantía debe aplicarse por igual a extranjeros y nacionales (CDH, 1994a, párr. 2).*

Con pocas excepciones, e incluyendo el principio de no discriminación, los derechos garantizados en el PIDCP se aplican tanto a los nacionales y como a los extranjeros (CHOLEWINSKI, 2000, pp. 714-719). El Comité ha observado que el Pacto permite a los Estados a distinguir entre ciudadanos y no ciudadanos con respecto a los derechos políticos, los cuales son concedidos explícitamente a los ciudadanos (como el derecho a votar) y la libertad de circular (es decir, no existe un derecho general de los no ciudadanos a entrar a un país, a pesar de que se les deben conceder los derechos garantizados en el Pacto una vez que se les autorizó la entrada en el país) (CDH, 2006, p. 9). El principio general de no discriminación también ha sido proclamado en documentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, art. 2:1) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, a pesar de que esta Convención en sí misma no se refiere a los no-ciudadanos.

Los tratados regionales confirman el principio básico internacional de la no discriminación. La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos garantiza el derecho a la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley (art. 3), y la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño prohíbe la discriminación (art. 3). El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales establece que el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación (art. 14).

Las opiniones difieren en cuanto a si la amplia disposición sobre no discriminación en el artículo 2(2) del PIDESC, puede aplicarse a los extranjeros. El artículo 26 del PIDCP, crea una igualdad sustantiva que proporciona ciertamente a los extranjeros ciertos derechos socioeconómicos y el Comité de Derechos Humanos ha considerado como una discriminación injustificada contra los extranjeros los derechos a la pensión como una violación de esta disposición (OACDH, 2006, p. 9) No obstante, a los extranjeros se les garantiza un núcleo mínimo de derechos

económicos y sociales en el marco de la Convención de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que será tratada en detalle más adelante.

Además, cabe señalar que la distinción entre grupos no está en sí misma prohibida por el principio de no discriminación. De hecho, la Corte Europea de Derechos Humanos ha interpretado como admisibles las distinciones entre grupos, si son establecidas por ley y son estrictamente proporcionales a la consecución de un fin legítimo y, en virtud del PIDCP si están basadas en criterios razonables y objetivos (CHOLEWINSKI, 2000, pp. 714-19). El ACNUDH (2006, p. 7) ha señalado también que a la hora de considerar la discriminación contra los no ciudadanos, hay que tener en cuenta el interés del Estado en determinados derechos, los diferentes tipos de extranjeros y su relación con el Estado, y, finalmente si la razón del Estado para distinguir entre los ciudadanos y no ciudadanos (o entre los no-ciudadanos en sí mismos) es legítima y proporcionada. El ACNUDH también ha observado que “todas las personas deberían, en virtud de su humanidad esencial, poder disfrutar de todos los derechos humanos. Pueden hacerse distinciones excepcionales, por ejemplo entre los ciudadanos y no ciudadanos, solamente si persiguen un objetivo legítimo del Estado y son proporcionales al logro de ese objetivo.” (2006, p. 5)

#### *4.3 La no discriminación en el derecho a la salud*

Numerosos organismos internacionales y regionales, teniendo en cuenta el referido derecho al más alto nivel posible de salud y el principio de no discriminación, se han ocupado específicamente de la prohibición de la discriminación en la oferta de servicios de salud.

Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) (2000), el órgano de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados deben garantizar ciertas obligaciones mínimas como parte del derecho a la salud, incluida la garantía de un acceso no discriminatorio a los servicios de salud, especialmente para grupos vulnerables o marginados; el suministro de medicamentos esenciales, garantizar la distribución equitativa de todos los centros de salud, bienes y servicios; adoptar e implementar una estrategia nacional de salud pública y un plan de acción con objetivos y plazos claros, y tomar medidas para prevenir, tratar y controlar epidemias y enfermedades endémicas. No solo el Comité (2000, párr. 30) en su Observación General N° 14 da cuenta de la naturaleza progresiva del derecho a la salud, sino que también señala el hecho de que los Estados deben tomar medidas inmediatas para realizar el derecho a la salud, y deben inmediatamente garantizar el ejercicio del derecho sin discriminación de cualquier tipo. Así, el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la no discriminación. En efecto, el Comité estableció que

*el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), orientación sexual y situación política, social o de otra índole [...] En cuanto al derecho a la salud, es preciso hacer hincapié en la*

*igualdad de acceso a la atención de la salud y a los servicios de salud. Los Estados tienen la obligación especial de proporcionar seguro médico y los centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes y, prevenir todo tipo de discriminación basado en motivos internacionalmente prohibidos en la provisión de atención de la salud y servicios de salud, especialmente en lo que respecta a las obligaciones fundamentales del derecho a la salud [...]” (UNDESC, 2000, párr. 18 y 19).*

Más específicamente con respecto a los migrantes, el Comité observa que “los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluyendo los presos o detenidos, las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos” (2000, párr. 34). Así, surgen de las conclusiones del Comité la prohibición de la discriminación contra los no ciudadanos en la atención de la salud y un llamado inmediato a eliminar la discriminación.

Otros órganos han mencionado la obligación de no discriminar a los no ciudadanos en la prestación de servicios de atención sanitaria básica. Mientras que las disposiciones contra la discriminación en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial no se aplican generalmente a los no ciudadanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) (2004), el órgano de supervisión del tratado, en el año 2004 recordó a los Estados su obligación para con los no-ciudadanos. El Comité observó que ninguna distinción basada en motivos de nacionalidad debe “menoscabar, de ninguna forma, los derechos y libertades reconocidos y enunciados en particular en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (CEDR, 2004, párr. 2). Recordaron que si bien algunos derechos

*tales como el derecho a participar en las elecciones, a votar y a presentarse a las elecciones, pueden limitarse a los ciudadanos, los derechos humanos son, en principio, para ser disfrutados por todas las personas. Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar la igualdad entre los ciudadanos y no ciudadanos en el goce de estos derechos en la medida que es reconocida por el derecho internacional (CEDR, 2004, párr. 3).*

Con este fin, el Comité solicitó a todos los Estados Parte que adoptaran medidas, incluyendo aquellas que podrían eliminar los obstáculos que impiden el goce de los derechos económicos, sociales y culturales por los no ciudadanos, especialmente en las áreas de educación, vivienda, trabajo y salud (CEDR, 2004, párr. 29), y aquellas que podrían garantizar que los Estados Partes respeten el derecho de los no ciudadanos a un nivel adecuado de salud física y mental, entre otras cosas, absteniéndose de negar o limitar el acceso a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos (CEDR, 2004, párr. 36).

El Comité de los Derechos del Niño (CDN) ha mencionado específicamente la relación entre el VIH/SIDA y los derechos enunciados en la Convención, para determinar que el derecho a ser protegido contra toda forma de discriminación “debería ser, pues, uno de los temas guía que orienten el examen del VIH/SIDA a todos los niveles de prevención, tratamiento, atención y apoyo” (CDN, 2003, párr. 5). El Comité (2003,

párrs. 7/ 9) ha observado con preocupación el papel que desempeña la discriminación en tanto agudiza la epidemia de VIH/SIDA y concentra a las víctimas de la misma. Y con respecto a los servicios relacionados con el VIH, el Comité exige que

*los Estados Partes deben velar por que se presten a todos los niños sin discriminación que residan en su territorio los mejores servicios posibles y por que tengan en cuenta suficientemente las diferencias de sexo, edad y contexto social, económico, cultural y político. (CDN, 2001, párr. 21).*

Si bien las obligaciones que contraen los Estados Partes en virtud de la Convención comprenden la de velar porque los niños tengan acceso equitativo a tratamientos y cuidados completos sin discriminación, incluidos los antirretrovirales, asimismo, se encarece a los Estados Partes que dediquen atención especial a los factores que en sus sociedades impiden la igualdad de acceso de los niños al tratamiento, la atención y la ayuda. (CDN, 2003, párr. 28).

Los Gobiernos se han comprometido en la Declaración de Compromiso sobre el VIH/SIDA del 2001 a promulgar, fortalecer o hacer cumplir, según proceda, leyes, reglamentos y otras medidas a fin de eliminar todas las formas de discriminación contra las personas que viven con VIH/SIDA y los miembros de grupos vulnerables, en su acceso a los servicios de salud, incluyendo tratamiento y apoyo para el VIH/SIDA (párr. 58). El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado también que

*los Estados deben evitar aplicar estándares distintos de trato con respecto a los ciudadanos y no ciudadanos que pudieran conducir a un disfrute inequitativo de los derechos económicos, sociales y culturales. Los gobiernos deberán tomar medidas progresivas, en la medida de sus recursos disponibles, para proteger los derechos de toda persona, independientemente de su nacionalidad, a la seguridad social, a un nivel de vida adecuado incluyendo alimentación, vestido, vivienda y la mejora progresiva de las condiciones de vida, el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y la educación (OACDH, 2006, pp. 25-26).*

Además, la Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes, que entró en vigor recientemente, garantiza explícitamente los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares a recibir “cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud” en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo. (art. 28). Con respecto a los servicios de salud adicionales, la Convención garantiza a los trabajadores migrantes el acceso a los servicios sociales y de salud en las mismas condiciones de tratamiento que los nacionales, siempre que se hayan cumplido los requisitos establecidos para la participación en los planes correspondientes (art. 43(1)(6))

## 5. Mirando hacia el futuro

Proporcionar el TAR a los migrantes requiere un doble esfuerzo por parte de los estados en el Sur Global y entre los donantes internacionales y las ONGs: la discriminación

basada en la nacionalidad para el suministro del TAR debe ser eliminada, y deben crearse mecanismos de ayuda al migrante.

### *5.1 La discriminación basada en razones de nacionalidad para el suministro del TAR*

Como fuera señalado anteriormente, el Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha dispuesto que los Estados tienen la obligación de proporcionar un cierto “núcleo” mínimo de derechos, tales como garantizar el acceso no discriminatorio a los servicios de salud, especialmente para los grupos vulnerables o marginados; suministrar medicamentos esenciales; garantizar la distribución equitativa de los servicios de salud, bienes y servicios; adoptar e implementar una estrategia nacional de salud pública y un plan de acción con objetivos y plazos claros; y adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar enfermedades epidémicas y endémicas (CDESC, 2000). Además, según el Comité, los Estados tienen la *obligación inmediata* de eliminar la discriminación en el acceso a la atención de la salud, y tomar las medidas necesarias a fin de asegurar la plena efectividad del derecho a la salud.

La obligación básica mínima de proporcionar atención de salud, que el Comité ha señalado de manera explícita, incluye el acceso a medicamentos para el TAR contemplados en la Lista de Medicamentos Esenciales de la OMS<sup>5</sup>. Algunas fuentes han afirmado que los medicamentos esenciales, como parte del contenido mínimo del derecho a la salud, están sujetos a la realización inmediata y no a la progresividad. El Relator especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental ha establecido que el acceso a los medicamentos esenciales es parte “fundamental” del derecho a la salud (HUNT, 2006, pp. 10-11). Los Estados tienen la obligación de hacer que los medicamentos existentes estén disponibles dentro de sus fronteras y deben asegurar que sean accesibles, lo que significa que los medicamentos deben estar disponibles en todo el país, deben ser accesibles económicamente para todos, sin discriminación alguna por motivos prohibidos, y debe haber información confiable sobre los medicamentos para los pacientes y los profesionales de la salud. Los Estados también deben garantizar que sean culturalmente aceptables (HUNT, 2006, p. 13). De hecho, según el Relator Especial,

*los Estados tienen la obligación inmediata de evitar cualquier tipo de discriminación y hacer que los productos farmacéuticos -conocidos como “medicamentos esenciales”- estén disponibles y sean accesibles en todo su territorio. Esas obligaciones mínimas de efecto inmediato no están sujetas a la realización progresiva (HUNT, 2006, p. 14).*

Así,

*en resumen, el derecho a la salud incluye el acceso a medicamentos tanto esenciales como no esenciales. Mientras que el Estado tiene la obligación de realizar progresivamente el acceso a medicamentos no esenciales, tiene una obligación fundamental de efecto inmediato de garantizar la disponibilidad de medicamentos esenciales y su accesibilidad en todo su territorio (HUNT, 2006, p. 15).*

Los gobiernos nacionales, tales como los de Sudáfrica y Tailandia, deben garantizar la accesibilidad a tratamientos TAR a ciudadanos y no ciudadanos con el fin de honrar su compromiso con la no discriminación en los servicios básicos de atención de salud, que incluyen la provisión de medicamentos esenciales. Estos tratamientos deben proveerse en las mismas condiciones, sin discriminación por razón de nacionalidad o estatus migratorio. Asimismo se encuentra incluido en la obligación de los Estados el proporcionar gratuitamente o a bajo costo el TAR con independencia de la nacionalidad, y el deber de ofrecer TAR para la Prevención De La Transmisión Del HIV Madre-Hijo De Mujeres Migrantes Embarazadas Seropositivas (PMTCT por las siglas en inglés).

Además, la posición internacional de donantes como los que suministran la financiación para programas del TAR, los coloca en una posición de cierta autoridad a la hora de influir en la política estatal sobre la entrega de los medicamentos financiados. Los donantes internacionales deberían ejercer su influencia en la formulación de políticas públicas para garantizar que los criterios de elegibilidad nacionales no sean discriminatorios y que las contribuciones que hacen los donantes no sean utilizadas de manera discriminatoria. Los donantes internacionales deberían condicionar el financiamiento del TAR para la población general sobre la base de que se garantice la disponibilidad equitativa de estos medicamentos a los ciudadanos y no ciudadanos, incluyendo a los no-ciudadanos en situación irregular e indocumentados. Una financiación adecuada del TAR que incluya a los extranjeros es también esencial para garantizar el éxito de cualquier política pública.

### *5.2 Mecanismos de tratamiento transfronterizos inclusivos para los migrantes*

Los migrantes, especialmente los temporales itinerantes, requieren atención adicional por parte de los gobiernos nacionales y de la comunidad internacional para la creación de mecanismos que garanticen adecuadamente la continuidad de la atención médica. Las personas que se desplazan con frecuencia que requieren del TAR se enfrentan a múltiples desafíos de tratamiento, como fuera señalado anteriormente. El ejemplo de Estados Unidos y México que han desarrollado un sistema de atención de salud para el tratamiento de la tuberculosis transfronteriza (TB) hacia ambos lados de las fronteras puede servir para ilustrar como garantizar la atención la salud a individuos itinerantes (HARLOW, 1999, p. 1581). En el contexto del VIH, estados vecinos podrían trabajar juntos para estandarizar pasaportes de salud o tarjetas de información sobre salud que puedan ser utilizadas por las personas a ambos lados de la frontera a fin de proporcionar información consistente y hacer que prestadores de servicios de salud en distintos lugares puedan reconocer información sobre la salud de un paciente, el estado de su tratamiento, y las medidas siguientes necesarias. Así, los Estados podrían discutir con los estados vecinos con rutas de migración en común, los regímenes de tratamiento recomendados a fin de estandarizar los regímenes de medicamentos y asegurarse de que los pacientes pueden recibir fácilmente tratamiento en una clínica en un lado de la frontera como del otro. Además, si bien podría ser difícil, los Estados podrían considerar la posibilidad de trabajar a través de las fronteras para generar un registro internacional o una base de datos estadística para recoger datos de los pacientes en un formato accesible y confidencial. Asimismo, los Estados

podrían proporcionar traductores en las clínicas a lo largo de la frontera en común que hablen los idiomas generalmente utilizados por los migrantes de la zona.

Las organizaciones internacionales y los donantes podrían ayudar a los Estados en la creación del tratamiento transfronterizo. ONUSIDA ha exigido “un protocolo regional para la estandarización del tratamiento del VIH, así como un sistema regional y los recursos necesarios para garantizar el tratamiento de los individuos afectados” (2008a, p. 6). Junto con los gobiernos estatales, organizaciones internacionales y los donantes pueden desempeñar un papel en asegurar que los pasaportes de salud, los regímenes de tratamiento y las directrices del TAR, que ya son aplicadas por los gobiernos, sean ajustados a fin de lograr uniformidad a lo largo de la frontera. Estos agentes también podrían ser parte crucial en el establecimiento de un registro internacional o de una base de datos para recopilar datos confidenciales de pacientes de forma accesible.

Además, recursos internacionales podrían contribuir a contratar traductores para las clínicas y así ayudar a los migrantes con la orientación, en la prestación de transporte desde los asentamientos de migrantes o centros de refugiados a las clínicas, y en la prestación de asistencia nutricional y otros suplementos a los regímenes del TAR para mejorar la salud de los migrantes. Ofrecer información en un formato que sea más accesible para los migrantes -ya sea a través de una línea telefónica directa, folletos, o el asesoramiento verbal- sobre la ubicación de las otras clínicas a lo largo de las rutas de migración y en el próximo destino del migrante, podría servir para ayudar a las poblaciones itinerantes a garantizar su acceso a los servicios de salud. ONUSIDA (2008a, p. 6) también ha recomendado el desarrollo de centros de recepción en cada país que puedan suministrar información general sobre servicios de salud a los migrantes, incluyendo las recomendaciones para el cuidado de la salud.

## 6. Conclusión

ONUSIDA ha solicitado que se adopten medidas que garanticen que

*países de origen, de tránsito y países de acogida tengan programas de acceso a la salud conjuntos/tripartitos a fin de poder abordar en todo momento y en todos los lugares posibles el movimiento continuo de ciudadanos/trabajadores migrantes, incluyendo el momento antes de la partida, la migración en sí misma, el período inicial de adaptación, la adaptación exitosa, la migración de retorno y la reintegración en la comunidad de origen* “(ONUSIDA, OIM, 2001, p. v y 39).

El derecho a la salud, a la igualdad y la no discriminación crea un compromiso de los Estados de proveer un mínimo de servicios de asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los ciudadanos, para los no ciudadanos aunque estén en situación irregular. Esta declaración de buenas prácticas y esta obligación del derecho internacional, en la práctica, no se han cumplido. El resultado es que millones de personas no logran acceder al tratamiento contra el VIH que necesitan y se enfrentan al riesgo de complicaciones de salud innecesarias y a la muerte prematura.

Las ventajas de permitirle a los migrantes que accedan a atención temprana y obtengan medicación para una enfermedad tratable, y las consecuencias de fracasar

en el suministro de esta atención, son considerables. Estudios han demostrado que los migrantes tienden a estar en mejor estado de salud a su llegada que los nativos. (McDONALD; KENNEDY, 2004, p. 1613-1627). Sin embargo, la falta de estatuto legal migratorio, el miedo a ser detenido y las restricciones legales para acceder a los servicios de salud conllevan la falta de utilización de los servicios de salud y los retrasos en la búsqueda de atención. Este artículo ofrece sugerencias para avanzar con el objetivo de aumentar el acceso al TAR a los migrantes en los países del Sur global, incluyendo a temporales, permanentes y refugiados. Solamente a través de un esfuerzo global concertado por parte de los Estados, organizaciones internacionales y donantes, el derecho a la salud de los migrantes y en particular al TAR, se hará plenamente efectivo. La necesidad de adoptar medidas legislativas y acciones programáticas para eliminar la discriminación basada en la nacionalidad y mejorar el acceso de los migrantes al TAR no están impuestas por consideraciones de salud pública, sino que son requeridas en forma inmediata por el derecho internacional.

## BIBLIOGRAFÍA

---

- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR). 2008. **Plan Estratégico del ACNUR para VIH/SIDA: 2008-2012**, 1 de Julio. Disponible en: <<http://www.unhcr.org/publ/PUBL/488495642.pdf>>. Visitado el: 7 de Diciembre de 2008.
- AIDS Law Project (ALP). et. all. 2008. **Vulnerable Groups: Refugees, Asylum Seekers, and Undocumented Persons - the Health Situation of Vulnerable Groups in South Africa**, 4 de Marzo. Disponible en: <<http://www.pmg.org.za/files/docs/080326sanac.pdf>>. Visitado el: 29 de Enero de 2008.
- BANATI, P. 2007. Risk Amplification: HIV in Migrant Communities. **Development Southern Africa**, v. 24, n. 1, pág. 205-223.
- BANDYOPADHYAY, M.; THOMAS, J. 2002. Women Migrant Workers' Vulnerability to HIV Infection in Hong Kong. **AIDS Care**, v. 14, n. 4, pág. 509-521.
- BROCKERHOFF, M.; BIDDLECOM, A. E. 1999. Migration, Sexual Behavior and the Risk of HIV in Kenya. **The International Migration Review**, v. 33, n. 128, pág. 833-856.
- BURNS, F.; FENTON, K. A. 2006. Access to HIV Care Among Migrant Africans in Britain. What Are the Issues? **Psychology, Health & Medicine**, v. 11, n. 1, pág. 117-125.
- CHOLEWINSKI, R. 2000. Economic and Social Rights of Refugees and Asylum Seekers in Europe. **Georgetown Immigration Law Journal**, v. 14, pág. 709-755.
- CONSORCIO PARA REFUGIADOS E INMIGRANTES EN SUDÁFRICA (CoRMSA). 2008. **Protecting Refugees, Asylum Seekers, and Immigrants in South Africa**. Disponible en: <<http://www.cormsa.org.za/wp-content/uploads/2008/06/cormsa08-final.pdf>>. Visitado el: 7 de Diciembre de 2008.
- CONSEJO DE EUROPA, 1950. **Convenio Europeo para la Protección de los**

- Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales**, adoptado el 4 de Noviembre de 1950, 213 U.N.T.S. 222, entrada en vigor: 3 de Septiembre de 1953.
- ESTADOS UNIDOS. [200-]. **Plan de emergencia de la Presidencia de los Estados Unidos de ayuda para el alivio del SIDA (PEPFAR)**. Disponible en: <<https://www.pepfar.gov/countries/index.htm>>. Visitado el: 21 de enero de 2009.
- FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (FIDH). 2008. **Surplus People? Undocumented and Other Vulnerable Migrants in South Africa**. Disponible en: <<http://www.fidh.org/spip.php?article5166>>. Visitado el: 7 de Diciembre de 2008.
- FORD, K.; CHAMRATHRITHIRONG, A. 2007. Sexual Partners and Condom Use of Migrant Workers in Thailand. **AIDS and Behavior**, v. 11, n. 6, pág. 905-914.
- GARRET, L. 2007. The Challenge of Global Health. **Foreign Affairs**, New York, v. 86, n. 1.
- HARLOW, T. 1999. Notes from the Field: TB Net Tracking Network Provides Continuity of Care for Mobile TB Patients. **American Journal of Public Health**, v. 89, n. 10, pág. 1581- 1582.
- HEALTH PROTECTION AGENCY. 2006. **Migrant Health: Infectious Diseases in Non-UK Born Populations in England, Wales, and Northern Ireland: A Baseline Report - 2006**. Londres. Disponible en: <[http://www.hpa.org.uk/web/HPAwebFile/HPAweb\\_C/1201767922096](http://www.hpa.org.uk/web/HPAwebFile/HPAweb_C/1201767922096)>. Visitado el 7 Diciembre de 2008.
- HERNÁNDEZ-ROSETE, D. et al. 2008. Migration and Ruralization of AIDS. **Rev. Saúde Pública**, v. 42, n. 1, pág. 131-138.
- HUMAN RIGHTS WATCH (HRW). 2006. **No Bright Future: Government Failures, Human Rights Abuses and Squandered Progress in the Fight against AIDS in Zimbabwe**, v. 18, n. 5(A). Disponible en: < <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/zimbabwe0706webwcover.pdf>>. Visitado el: 14 de Julio de 2009.
- . 2007. **Deadly Denial: Barriers to HIV/AIDS Treatment for People Who Use Drugs in Thailand**, v. 19, n. 17(C). Disponible en: < <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/thailand1107.pdf>>. Visitado el: 14 de Julio de 2009.
- . 2008. **Neighbors in Need: Zimbabweans Seeking Refuge in South Africa**. Disponible en: <[http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/southafrica0608\\_1.pdf](http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/southafrica0608_1.pdf)>. Visitado el: 14 de Julio de 2009.
- . 2009. **Access to Antiretroviral Therapy for Migrant Populations**, próximamente.
- HUNT, Paul. 2006. **Informe del Relator Especial sobre el derecho a la salud O.N.U.** Doc. A/61/338, 13 de Septiembre.
- IRIN PlusNews. 2007. **Thailand: Burmese Migrants Excluded from AIDS Treatment**, 15 de Enero. Disponible en: <<http://www.irinnews.org/Report.aspx?ReportId=64389>>. Visitado el: 8 de Diciembre de 2008.
- . 2008a. **South Africa-Zimbabwe: No Documents? No Treatment**, 28 Mar. Disponible en: <<http://www.irinnews.org/Report.aspx?ReportId=77493>>. Visitado el: 7 de Diciembre de 2008.
- . 2008b. **West Africa: A Life-Changing Highway**, 17 de Septiembre. Disponible en: <<http://www.plusnews.org/Report.aspx?ReportId=80439>>. Visitado el: 7 de Diciembre de 2008.

- JACOBSEN, K. 2007. Migration within Africa: The View from South Africa. **The Fletcher Forum of World Affairs Journal**, v. 31, pág. 203-212.
- McDONALD, J. T.; KENNEDY, S. Insights into the 'Healthy Immigrant Effect': Health Status and Health Service Use of Immigrants to Canada. **Social Science & Medicine**, v. 59, n. 8, pág. 1613-1627, 2004.
- MÉDICOS POR LOS DERECHOS HUMANOS. 2004. **No Status: Migration, Trafficking & Exploitation of Women in Thailand**. Boston. Disponible en: <<http://physiciansforhumanrights.org/library/documents/reports/report-2004-july-nostatus.pdf>>. Visitado el 8 de Diciembre de 2008.
- MÉDICOS SIN FRONTERAS. 2007. **Migrant Workers Deserve Better Access to Health Care**. Sai Wan. 17 de Diciembre. Disponible en: <[http://www.msf.org.hk/public/contents/news?ha=&wc=0&hb=&hc=&revision\\_id=28029&item\\_id=26843](http://www.msf.org.hk/public/contents/news?ha=&wc=0&hb=&hc=&revision_id=28029&item_id=26843)>. Visitado el: 8 de Diciembre de 2008.
- NACIONES UNIDAS. 1948. **Declaración Universal de Derechos Humanos**, adoptada el 10 de Diciembre, A.G Res. 217A (III), O.N.U. Doc. A/810 at 71.
- . 1951. **Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951**, adoptada el 28 de Julio, U.N. Doc. 189 O.N.U.T.S. 150, entró en vigor el 22 de Abril de 1954.
- . **Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial 1965. (ICERD)**, adoptada el 21 de Diciembre, Dec. A. G. Res. 2106 (XX), annex, 20 O.N.U. GAOR Supp. (No. 14) at 47, O.N.U. Doc. A/6014, 1966, 660 U.N.T.S. 195, entró en vigor el 4 de Enero de 1969.
- . 1966a. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR)**, adoptado el 16 de Diciembre A.G. Res. 2200A (XXI), 21 O.N.U GAOR Supp. (No. 16) at 52, O.N.U Doc. A/6316, 1966, 999 U.N.T.S. 171, entró en vigor el 23 de Marzo de 1976.
- . 1966b **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR)**, adoptado el 16 de Diciembre A.G. Res. 2200A (XXI), 21 O.N.U GAOR Supp. (No. 16) at 49, O.N.U Doc. A/6316, 1966, 993 U.N.T.S. 3, entró en vigor el 3 de Enero de 1976.
- . 1966c. **Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados**, adoptado el 16 de Diciembre. O.N.U. Doc. 606 U.N.T.S. 267, entró en vigor el 4 de Octubre de 1967.
- . 1989. **Convención sobre los Derechos del Niño, (CRC)**, adoptada el 20 de Noviembre. A.G. Res. 44/25, annex, 44 O.N.U. GAOR Supp. (No. 49) at 167, O.N.U. Doc. A/44/49, 1989, entró en vigor el 2 de Septiembre de 1990.
- . 1990. **Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CTM)**, adoptada el 18 de Diciembre de A.G. Res. 45/158, annex, 45 O.N.U. GAOR Supp. (No. 49A) at 262, O.N.U. Doc. A/45/49, 1990, entró en vigor el 1 de Julio de 2003.
- . 2001. **ONU Declaración de Compromiso sobre el VIH/SIDA**, 2 de Agosto A.G. Res. S-26/2, O.N.U. Doc. A/RES/S-26/2.
- . 2006. **Declaración Política sobre el VIH/SIDA**, A.G. Res. 60/262, O.N.U. Doc. A/RES/60/262, 15 de Junio. Disponible en: <[http://data.unaids.org/pub/Report/2006/20060615\\_HLM\\_PoliticalDeclaration\\_ARES60262\\_en.pdf](http://data.unaids.org/pub/Report/2006/20060615_HLM_PoliticalDeclaration_ARES60262_en.pdf)>. Visitado el: 29 de Enero de 2009.

- NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (UNCESCR). 2000. **Observación general N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.** (Cuestiones sustantivas derivadas de la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4.
- NACIONES UNIDAS Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. 2004. *Recomendación General N° 30: no discriminación de los ciudadanos.* Disponible en: <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/e3980a673769e229c1256f8d0057cd3d?Opendocument>>. Visitado el: 8 de Diciembre de 2008.
- NACIONES UNIDAS, Comité de los Derechos Del Niño. 2003. **OBSERVACIÓN GENERAL N° 3: El VIH/SIDA y los derechos del niño.** Disponible en: <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/CRC.GC.2003.3.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/CRC.GC.2003.3.En?OpenDocument)>. Visitado el: 8 de Diciembre de 2008.
- NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Humanos. 1994a. *Observación general N° 15: La situación de los extranjeros en el marco del Pacto*, ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, Vigésimo séptimo período de sesiones, 1986.
- . 1994b. *Observación general N° 18: No discriminación*, ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, Treinta y siete, 1989.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS (OACDH). 2006. **Los derechos de los no ciudadanos.** Nueva York and Ginebra. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/noncitizensen.pdf>>. Visitado el: 14 de Julio de 2009.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS (OACDH); Organización Mundial de la Salud (OMS). 2008. **The Right to Health: Fact Sheet No. 31.** Ginebra. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31.pdf>>. Visitado el: 14 de Julio de 2009.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT); Organización Internacional para las Migraciones (OIM); Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el HIV/AIDS (ONUSIDA). 2008. **Policy Brief: HIV and International Labor Migration.** Disponible en: <[http://data.unaids.org/pub/Manual/2008/jc1513a\\_policybrief\\_en.pdf](http://data.unaids.org/pub/Manual/2008/jc1513a_policybrief_en.pdf)>. Visitado el: 14 de Julio de 2009.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). [200-?]. **About Migration.** Disponible en: <<http://www.iom.int/jahia/Jahia/lang/en/pid/3>>. Visitado el: 7 de Diciembre de 2008.
- . [2009?]. **“Incorporando Poblaciones Migrantes en el Censo Nacional de Tailandia del 2010”, sin fecha.** Disponible en: <<http://www.iom.int/jahia/Jahia/facilitating-migration/migrant-integration/pid/2025>>. Visitado el: 12 de Enero de 2008.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). 2007. **Lista Modelo de Medicamentos esenciales de la OMS, 15ª Lista, Marzo.** Disponible en: <[http://www.who.int/medicines/publications/08\\_ENGLISH\\_indexFINAL\\_EML15.pdf](http://www.who.int/medicines/publications/08_ENGLISH_indexFINAL_EML15.pdf)>. Visitado el 8 de Diciembre de 2008.
- . 2003. **International Migration, Health & Human Rights. Health & Human Rights Publication Series, n. 4,** Diciembre. Disponible en: <<http://www.who.int/hhr/activities/en/FINAL-Migrants-English-June04.pdf>>. Visitado el: 7 de Diciembre de 2008.
- ORGANIZACIÓN PARA LA UNIDAD AFRICANA (OUA). 1981. **Carta africana**

- sobre los derechos humanos y de los pueblos (Carta de Banjul), adoptada el 27 de Junio. OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), entró en vigor el 21 de Octubre de 1986.
- . 1990. **Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño** (OUA) Doc. CAB/LEG/24.9/49, entró en vigor el 29 de Noviembre de 1999.
- PALITZA, K. 2008. South Africa: Refugees Denied Access to Health Care. **Inter-Press Service**, Durban, 1 de Julio. Disponible en: <<http://ipsnews.net/news.asp?idnews=43029>>. Visitado el: 14 de Julio de 2009.
- PARLAMENTO DE LA REPÚBLICA DE SUDÁFRICA. [2008]. **Background Research Report Compiled by the Research Unit for the Task Team of Members of Parliament Probing Violence and Attacks on Foreign Nationals**. Disponible en: <[http://www.parliament.gov.za/content/BACKGROUND\\_RESEARCH\\_REPORT.pdf](http://www.parliament.gov.za/content/BACKGROUND_RESEARCH_REPORT.pdf)>. Visitado el: 12 de Enero de 2008.
- PROGRAMA CONJUNTO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL HIV/AIDS (ONUSIDA). 2001. Population Mobility and AIDS: UNAIDS Technical Update. **UNAIDS Best Practice Collection**, Ginebra, Febrero. Disponible en: <[http://data.unaids.org/Publications/IRC-pub02/JC513-PopMob-TU\\_en.pdf](http://data.unaids.org/Publications/IRC-pub02/JC513-PopMob-TU_en.pdf)>. Visitado el: 7 de Diciembre de 2008.
- . 2008a. **Report on the Global AIDS Epidemic**. Disponible en: <<http://www.unaids.org/en/KnowledgeCentre/HIVData/GlobalReport/2008/default.asp>>. Visitado el: 14 Jul. 2009.
- . 2008b. **RST-ESA Position Paper: HIV in the Context of Zimbabwean Migrant Populations**. 28 de Julio.
- PROGRAMA CONJUNTO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL HIV/AIDS (ONUSIDA); ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). 2001. El derecho a la salud de los migrantes. **UNAIDS Best Practice Collection**, Ginebra, Marzo. Disponible en: <[http://data.unaids.org/Publications/IRC-pub02/jc519-migrantsrighttohealth\\_en.pdf](http://data.unaids.org/Publications/IRC-pub02/jc519-migrantsrighttohealth_en.pdf)>. Visitado el: 7 de Diciembre de 2008.
- REPÚBLICA DE SUDÁFRICA. 1996. **Constitución de la República de Sudáfrica**, 4 de Diciembre. Disponible en: <<http://www.info.gov.za/documents/constitution/index.htm>>. Visitado el: 29 de Enero de 2008.
- . 2007. **Revenue Directive by Department of Health to all Provincial Health Managers and HIV/AIDS Directorates**, 19 de Septiembre.
- SAETHER, S. T. et al. 2007. Migrants' Access to Antiretroviral Therapy in Thailand. **Tropical Medicine and International Health**, v. 12, n. 8, pág. 999-1008.
- Sexagésimo primer período de la Asamblea Mundial de la Salud, **La salud de los Migrantes**, Tema de Agenda 11.9, 24 de Mayo de 2008.
- SMART, T. 2008. Migrants with MDR-TB in Southern Africa Being Dumped Off at Borders Without Referrals to Care. **Aidsmap**, 31 de Octubre. Disponible en: <<http://www.aidsmap.com/en/news/F776AAFE-AB53-42B7-81BA-85C3E6426171.asp>>. Visitado el: 7 de Diciembre de 2008.
- SOUTEYRAND, Y.P. 2008. Free Care at Point of Service Delivery: A Key Component for Reaching Universal Access to HIV/AIDS Treatment in Developing Countries. **AIDS**, v. 22 Suppl. 1, pág. S161-168.

STOVER, E. et al. 2007. **The Gathering Storm: Infectious Diseases and Human Rights in Burma**. Disponible en: <[http://www.soros.org/initiatives/bpsai/articles\\_publications/publications/storm\\_20070628](http://www.soros.org/initiatives/bpsai/articles_publications/publications/storm_20070628)>. Visitado el: 14 de Julio 2009.

UNITED NATIONS INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE ADVANCEMENT OF WOMEN (UN-INSTRAW); South African Institute of International Affairs (SAIIA). 2007. **Gender, Remittances and Development: Preliminary Findings from Selected SADC Countries**. Disponible en: <<http://www.un-instraw.org/en/downloads/final-reports/index.php>>. Visitado el: 7 de Diciembre de 2008.

VEAREY, J. 2008a. Q & A: Denying Antiretrovirals to Migrants Hurts Us All. **Inter-Press Service**, Johannesburg, 15 de Julio. Disponible en: <<http://ipsnews.net/news.asp?idnews=43191>>. Visitado el: 14 de Julio de 2009.

———. 2008b. The Right to Health: Assessing Non-Citizen Access to Antiretroviral Treatment in Inner-City Johannesburg, **AAAO Newsletter**, 29 de Mayo.

WALDMAN, A. 2005. On India's Roads, Cargo and a Deadly Passenger, **New York Times**, New York, 6 de Diciembre.

WELZ, T. et al. 2007. Continued Very High Prevalence of HIV Infection in Rural KwaZulu-Natal, South Africa: A Population-Based Longitudinal Study. **AIDS**, v. 21, n. 11, pág. 1467-1472.

WOLFFERS, F.; Verghis, S.; Marin, M. 2003. Migration, Human Rights, and Health. **The Lancet**, v. 362, pág. 2019-2020.

YANG, F. 2007. Life and Death Away from the Golden Land: The Plight of Burmese Migrant Workers in Thailand. **University of Hawaii Asian-Pacific Law & Policy Journal**, v. 8, pág. 485-535.

## NOTAS

1. Véase que, sin embargo, no hay un acuerdo internacional sobre la definición de "migrante". (Programa conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA - ONUSIDA, Organización Internacional para las Migraciones - OIM, 2001, pág. 1).

2. De hecho, el libre acceso al tratamiento del VIH/SIDA en cuanto a la prestación de servicios ha sido determinado por la OMS como componente de acceso universal (Souteyrand et al., 2008).

3. Para un análisis sobre las barreras que enfrentan los consumidores de drogas en Tailandia para el acceso a los análisis del VIH, apoyo y tratamiento, ver Human Rights Watch, 2007.

4. En virtud del derecho internacional, los Estados tienen derecho a controlar sus fronteras y decidir a quién admitir o expulsar, siguiendo los procedimientos apropiados y limitados por los principios de no discriminación, la prohibición de

tratos inhumanos, el respeto de la vida familiar, y otros derechos humanos así como el derecho de protección de los refugiados (Comité de Derechos Humanos, 1994, párr. 5). Los derechos de los extranjeros a la no discriminación en materia de derechos fundamentales -como el derecho a la atención de la salud- descritos en este documento no interfieren con el derecho fundamental de una nación de controlar sus fronteras donde, de otra manera, estaría justificado por el derecho internacional.

5. Lista Modelo de Medicamentos Esenciales de la OMS incluye antirretrovirales de tres clases - Inhibidores nucleosídicos de la transcriptasa inversa, Inhibidores no nucleosídicos de la transcriptasa inversa y los Inhibidores de la proteasa, como los medicamentos esenciales para el tratamiento y prevención del VIH (Organización Mundial de la Salud, 2007).

## ABSTRACT

---

While international human rights law establishes the right to health and non-discrimination, few countries have realized their obligations to provide HIV treatment to non-citizens—including refugees, long-term migrants with irregular status, and short-term migrants. Two countries, South Africa and Thailand, provide useful illustrations of how government policies and practices discriminate against non-citizens and deny them care. In South Africa, although individuals with irregular status are afforded a right to free health care including antiretroviral therapy (ART), non-South African citizens are frequently denied ART at public health care institutions. In Thailand, even among registered migrants, only pregnant women are entitled to ART. In order to meet international human rights law—which requires the provision of a core minimum of health services without discrimination—states in the Global South and worldwide must make essential ART drugs available and accessible to migrants on the same terms as citizens.

## KEYWORDS

---

Migrant – HIV/AIDS. Antiretroviral therapy – Human rights – Right to health.

## RESUMO

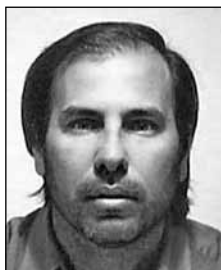
---

Embora o direito internacional dos direitos humanos estabeleça o direito à saúde e à não discriminação, poucos países cumpriram com sua obrigação de oferecer tratamento de HIV para não cidadãos – incluindo refugiados, migrantes permanentes em situação irregular e migrantes transitórios. Dois países, África do Sul e Tailândia, ilustram como políticas e práticas governamentais discriminam não cidadãos negando-lhes o tratamento. Na África do Sul, ainda que indivíduos em situação irregular tenham direito a tratamento de saúde gratuito, incluindo a terapia antiretroviral, as instituições públicas de saúde frequentemente negam o tratamento antiretroviral àqueles que não são cidadãos sul-africanos. Na Tailândia, até mesmo entre migrantes regularizados, somente as mulheres grávidas têm direito à terapia antiretroviral. A fim de atender o direito internacional dos direitos humanos - que garante o fornecimento de um conjunto mínimo de serviços de saúde sem discriminação – os Estados do Sul Global e de todo o mundo devem disponibilizar drogas antiretrovirais e torná-las acessíveis aos migrantes nas mesmas condições que a seus cidadãos.

## PALAVRAS-CHAVE

---

Migrante – HIV/AIDS – Terapia antiretroviral – Direitos humanos. Direito à saúde.



PABLO CERIANI CERNADAS

Abogado (*Universidad de Buenos Aires*). Doctorando en Derechos Fundamentales, *Universidad de Valencia*. Experto Jurídico sobre Migraciones Internacionales, Extranjería y Personas en Movimiento Transnacional (*Universidad Europea de Madrid*, 2003-2004). Profesor de la Maestría en Derechos Humanos, *Universidad Nacional de Lanús* (UNLa). Investigador del Centro de Derechos Humanos de la UNLa, donde coordina estudios sobre niñez, migración y derechos humanos encargados por UNICEF. Desde 2000, integra el *Centro de Estudios Legales y Sociales* (CELS), al que representa en el Comité Directivo de *Migrants Rights*

*International* (MRI), y donde ha sido Director del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y Coordinador Clínica Jurídica Derechos de Inmigrantes y Refugiados (CELS-CAREF-UBA). Consultor en migraciones y DDHH del Programa para las Américas de la *Federación Internacional de Derechos Humanos* (FIDH). Integrante del Instituto Universitario de Derechos Humanos, *Universidad de Valencia*, y el Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans, *Universidad de Barcelona*. Coordinador legal del proyecto *Justice Without Borders* (2009-2010), auspiciado por *Open Society Initiative for West Africa* (OSIWA), sobre derechos humanos y acceso a la justicia en casos de deportación de migrantes africanos desde territorio europeo. Ha escrito diversos trabajos y ha dado numerosos seminarios y cursos sobre derechos humanos, mayormente acerca de derechos de migrantes. Co-editor (junto a Ricardo Fava) del libro "Política Migratoria y Derechos Humanos", Universidad Nacional de Lanús, Provincia de Buenos Aires, 2009.

Email: pablo.ceriani@uv.es, pceriani@unla.edu.ar

## RESUMEN

Los instrumentos normativos adoptados por la Unión Europea (UE) para garantizar la libre circulación en el territorio de los Estados miembros están estrechamente ligados al control de las fronteras exteriores. En los últimos diez años se han creado diversos mecanismos para prevenir, controlar y sancionar la inmigración irregular hacia la comunidad europea, cuyo modelo migratorio se caracteriza por su visión instrumental que regatea los derechos fundamentales y reduce la inmigración a la mano de obra que necesita el mercado de trabajo. De allí se derivan normas que reconocen derechos según la nacionalidad y condición migratoria de la persona. En este contexto, este trabajo analizará, con un enfoque de derechos humanos, lo que supone un "avance" radical de ese proceso de externalización, desde el punto de vista físico, simbólico, político y también jurídico: los operativos creados para impedir la migración de personas en "cayucos" o "pateras" hacia Europa desde las costas de países como Marruecos, Argelia, Senegal o Mauritania.

*Este trabajo, de enero de 2009, es una versión actualizada del trabajo de investigación doctoral del mismo autor (inédito).*

Original en español.

Recibido en enero de 2009. Aceptado en junio de 2009.

## PALABRAS CLAVE

Control Migratorio – Unión Europea – Derechos Humanos – Extraterritorialidad – África.



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en <[www.revistasur.org](http://www.revistasur.org)>.

# CONTROL MIGRATORIO EUROPEO EN TERRITORIO AFRICANO: LA OMISIÓN DEL CARÁCTER EXTRATERRITORIAL DE LAS OBLIGACIONES DE DERECHOS HUMANOS

Pablo Ceriani Cernadas

## 1. Introducción

Los Acuerdos de Schengen y otros instrumentos normativos adoptados por la Unión Europea (UE) para garantizar la libre circulación en el territorio de los Estados miembros, están estrechamente ligados a la otra cara de este proceso: el control de las fronteras exteriores. En los últimos diez años se han creado diversos mecanismos para prevenir, controlar y sancionar la inmigración irregular hacia la comunidad europea. Las normas relativas al visado, la responsabilidad de los transportistas y las operaciones conjuntas de retorno de migrantes (UE. CONSEJO EUROPEO, Reglamento n. 574/1999; Directiva n. 51/2001 y Decisión 573/2004a), o los sistemas de información y vigilancia en fronteras (el Sistema de Información Schengen – SIS, y la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores - FRONTEX<sup>1</sup>), son algunos de esos dispositivos. Entre las prioridades del Programa de La Haya para 2005-2010, se incluyó el reforzamiento de la política de control fronterizo y la llamada “lucha contra la inmigración ilegal”<sup>2</sup>.

Junto a una lógica de control, seguridad y miedo (GIL ARAUJO, 2002; SOLANES, 2005), el modelo migratorio de la UE se caracteriza por su visión instrumental: una óptica unilateral y recortada que regatea los derechos fundamentales y reduce la inmigración a la mano de obra que necesita el mercado de trabajo (DE LUCAS, 2002, p. 32). De allí se derivan normas que reconocen derechos según la nacionalidad y condición migratoria de la persona. Esta desigualdad, supone una exclusión de tal magnitud que ha sido asociada a un sistema de apartheid (BALIBAR, 2003, p. 191-192). La Directiva sobre reagrupación familiar es un fiel ejemplo de esta desigualdad de derechos, al limitar –fijando un doble rasero– el derecho a la

---

*Ver las notas del texto a partir de la página 212.*

vida familiar de inmigrantes de países fuera de la UE (UE. CONSEJO EUROPEO, Directiva n. 86/2003)<sup>3</sup>. Más recientemente, la Directiva de retorno de personas en situación migratoria irregular (UE. PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO EUROPEO, Directiva n. 115/2008) supone un claro retroceso de estándares de derechos humanos, especialmente en cuestiones como la expulsión del país, la privación de la libertad, la detención de niños y las garantías de debido proceso (DE LUCAS, 2009).

A los mecanismos de vigilancia, visado y la agencia FRONTEX, se han añadido nuevos instrumentos para incrementar la eficacia del control migratorio: acuerdos bilaterales de readmisión entre España e Italia con países africanos; iniciativas euro-africanas sobre migración y desarrollo; la política europea de vecindad (PEV); el sistema de identificación dactilar EURODAC; el reforzamiento de vallas fronterizas terrestres (Ceuta y Melilla); desde 2007, las acciones de la European Patrol Network (EPN) en el mediterráneo y el atlántico; los Equipos de Intervención Rápida en las Fronteras (RABIT); etc.<sup>4</sup>. Algunos de estos programas han ido conformando el proceso de externalización del control migratorio<sup>5</sup>.

En este contexto, este trabajo analizará, con un enfoque de derechos humanos, lo que supone un “avance” radical de ese proceso de externalización, desde el punto de vista físico, simbólico, político y también jurídico. Se trata de los operativos creados para impedir la migración de personas en “cayucos” o “pateras” hacia Europa desde las costas de países como Marruecos, Argelia, Senegal o Mauritania<sup>6</sup>. Las acciones consisten en interceptar las embarcaciones y “devolver” a quienes allí viajan al lugar de donde han salido o a otro país que los admita, según los acuerdos que existan con las autoridades europeas<sup>7</sup>. De los múltiples planos en que impactan estas iniciativas, interesa en especial el de sus implicaciones jurídicas, concretamente en los derechos de las personas que se trasladan en esas embarcaciones y las obligaciones de los Estados que intervienen en dichas acciones.

Con tal finalidad, es necesario identificar porqué las autoridades europeas que elaboran y ejecutan estas iniciativas deben asumir la responsabilidad que tiene todo Estado respecto de cualquier persona “bajo su jurisdicción,” deber que excede el marco territorial de un Estado. Es decir, la aplicación extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos. Luego, se examinará cuáles son los derechos que se ponen en juego –en riesgo– en estas medidas de interceptación y devolución en territorio africano. El derecho a la vida, a la integridad física, al asilo, a la libertad ambulatoria, así como las garantías del debido proceso, no están siendo consideradas debidamente durante esos operativos. Las reflexiones finales abordarán cómo estos mecanismos de control suponen un nuevo desafío para un debate postergado: el alcance y el significado del derecho a la libre circulación, que contemplaría el derecho a salir del país (de origen) y el derecho a ingresar a otro.

## 2. Concepto “personas bajo la jurisdicción” de un estado

Antes de ingresar en el análisis de los derechos en juego en estas acciones de control migratorio, es oportuno hacer unos comentarios sobre un principio jurídico: la noción de la “jurisdicción” estatal en los tratados de derechos humanos. Como

es bien sabido, las obligaciones asumidas por los Estados en estos pactos deben asegurarse respecto de todas las personas que se encuentran “bajo su jurisdicción.”

Al respecto, es preciso señalar en primer lugar que el término “jurisdicción” no es sinónimo de “territorio” de un Estado. Por ello, las obligaciones de derechos humanos no se refieren únicamente a las acciones que realice un Estado en su territorio, sino que alude a la responsabilidad del Estado por la afectación de los derechos a una persona mediante cualquier conducta que sus agentes efectúen en ejercicio de sus funciones, sin perjuicio del lugar donde ello ocurra. En este sentido, la –extinta– Comisión Europea de Derechos Humanos señaló que el deber de asegurar los derechos humanos contenidos en el Convenio Europeo, a todas las personas dentro de la jurisdicción del Estado, no está limitado al territorio del Estado parte, sino que se extiende a todas las personas bajo su autoridad y responsabilidad, tanto si la autoridad se despliega dentro del territorio como fuera de él. Por ello, los agentes autorizados no sólo permanecen bajo su jurisdicción cuando prestan funciones en el exterior, sino que arrastran a esa jurisdicción a toda persona sobre la que ejercen su autoridad. Si sus actos u omisiones afligen los derechos de esas personas, entonces puede verse comprometida la responsabilidad del Estado<sup>8</sup>.

Con el mismo criterio, para el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU-CDH) el concepto “individuos sujetos a su jurisdicción” no se refiere al lugar donde ocurre la violación a los derechos sino la relación entre la persona y el Estado. Éste también puede ser responsable de las violaciones cometidas por sus agentes en territorio de otro Estado, sea con la aquiescencia de éste o no. Para el Comité, de acuerdo al artículo 5.1 del PIDCyP, ningún elemento del Pacto puede ser entendido en el sentido de permitir que un Estado cometa en el territorio de otro, violaciones de derechos prohibidas en su propio suelo (ONU-CDH, 1981, §12.2, 12.3). A una conclusión similar han arribado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU-CDESC) (2003, §31) y la Corte Internacional de Justicia (CIJ)<sup>9</sup>. De estos estándares se evidencia que el nexo que establece la jurisdicción del Estado (en materia de derechos humanos) no es el territorio, sino la relación entre un individuo y los representantes de dicho Estado (GIL-BAZO, 2006, pp. 593-595). El concepto de “jurisdicción” resalta el control efectivo que tenga una autoridad estatal sobre una persona, sin perjuicio de si está situada dentro del territorio de su Estado (ONU-CDH, 2004a, § 10; DE SCHUTTER, 2005, p. 10; RIJPM; CREMONA, 2007, p. 17).

Al aplicar los estándares al caso bajo análisis, cabe señalar que no hay dudas sobre el control que ejercen los representantes europeos en sus operativos en territorio africano. La presencia de una o varias personas del gobierno de Senegal, Mauritania, en los barcos y patrullas europeas, no conlleva el reemplazo de esa autoridad. En todo caso, la jurisdicción (y responsabilidad) será compartida, según las autoridades que intervienen en cada acción, pero no es posible negar el rol determinante de las autoridades europeas en la vigilancia y localización de los cayucos y su posterior interceptación y devolución.

La información existente corrobora esta afirmación. Al menos, los datos disponibles, ya que, como han destacado algunos investigadores, ciertos acuerdos bilaterales se mantienen en secreto (CARRERA, 2007, p. 22; MIR, 2007, p. 4), en contra de los principios de legalidad, tipicidad y publicidad del derecho. El caso de las

acciones desarrolladas por España es bien ilustrativo. Los recursos destinados a estos operativos avalan la implicación formal de España, tanto material como humana y, en definitiva, política, en esas operaciones. Tal como indica la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDH),

*España ha destinado cuatro embarcaciones de la Guardia Civil...para vigilar las aguas de Mauritania y Senegal... Sólo en tres países africanos (Mauritania, Senegal y Cabo Verde) hay un total de 64 funcionarios, 14 embarcaciones, dos aviones y dos helicópteros [...] en las embarcaciones españolas que se encuentran en Mauritania y Senegal viajan policías africanos, pero sólo de forma puramente testimonial [...] De hecho en cada patrullera viajan ocho guardias civiles y dos gendarmes mauritanos o senegaleses. (APDHA, 2008, pp. 40-41).*

Cabe agregar que la jurisdicción también se verifica en estos casos en razón de la bandera de los barcos que realizan la interceptación de los cayucos (WEINZIERL, 2007, pp. 40-42).

Esta circunstancia queda aún más acreditada por las propias medidas del Estado español. Así, en la decisión del gobierno que crea una autoridad administrativa a cargo de centralizar las iniciativas de control migratorio hacia las Islas Canarias<sup>10</sup>, se deja constancia que las acciones en aguas africanas constituye la aplicación de una política pública española (y también, europea), al señalar:

*las actuaciones puestas en marcha por el Gobierno en los países origen de los flujos migratorios, mediante la realización de operaciones policiales conjuntas con medios terrestres, aéreos y navales..., constituyen la herramienta básica para hacer frente a la inmigración ilegal por vía marítima y a ello obedece la planificación de operaciones que, bajo el amparo de Proyectos y Mecanismos de Reacción Rápida (MRR) subvencionadas con programas de UE, pretenden fundamentalmente frenar la salida de embarcaciones de las costas de Mauritania...y Senegal (operación Goree<sup>11</sup>). En dichos proyectos bilaterales, además de figurar medios marítimos y aéreos de la Guardia Civil, se integran otros del Cuerpo Nacional de Policía y del DAVA [Departamento Adjunto de Vigilancia Aduanera]<sup>12</sup>. (ISLAS CANARIAS, Orden Presidencial PRE/3108, 2006).*

Es importante tener en cuenta un aspecto sobre el cual volveremos en el siguiente acápite: la prohibición de “no devolución” no se disipa por el hecho de que las fuerzas de seguridad de un Estado actúen por “invitación” de otro (en cuyo territorio se producen los hechos), ni porque la actuación el primero se realice con el consentimiento de este segundo Estado (expresado, por ejemplo, en un acuerdo bilateral) (BORELLI, 2005, pp. 39-68, pp. 57-58). Igualmente, cabe reafirmar que en este caso, aún cuando existe tal consentimiento, la iniciativa, los recursos económicos, los barcos que efectúan el patrullaje, el recientemente implementado satélite para monitorear las pateras que parten de la costa africana<sup>13</sup> y, en definitiva, la decisión y el interés político, responde a los objetivos del control migratorio de los Estados de la UE.

En definitiva, en las operaciones de devolución en aguas africanas se observa con nitidez la reflexión que efectúa Gondek, en el sentido de que en el actual contexto,

marcado por la globalización y el aumento de actividades estatales fuera de sus fronteras, la aplicación extraterritorial de los pactos de derechos humanos se ha vuelto cada vez más relevante (GONDEK, 2005, p. 351). Los estándares en torno al concepto de “jurisdicción” en los tratados de derechos humanos, avalarían expresamente su aplicación en estas circunstancias. Por ello, a continuación observaremos cuáles son algunos de los derechos fundamentales que están en juego en el marco de los operativos de control migratorio diseñados e implementados por autoridades europeas en aguas y tierras africanas.

### 3. Control migratorio, derecho a la vida y a la integridad física

#### 3.1. *El principio de no devolución: la desatención de un principio clave del derecho internacional.*

Uno de los cuestionamientos más serios que se les puede efectuar a los operativos de control migratorio efectuado por autoridades europeas en territorio de países africanos, es el relativo al *principio de no devolución*. Este principio, reconocido de forma expresa e implícita en diversos tratados<sup>14</sup>, constituye una obligación absoluta e inderogable, una norma imperativa del derecho internacional consuetudinario (*Jus Cogens*)<sup>15</sup>, y como tal no puede verse afectada en forma alguna (por acción u omisión). Según la Corte Internacional de Justicia, su incumplimiento no afecta sino fortalece dicho carácter (ALLAIN, 2001, pp. 540-541).

La garantía contra la devolución prohíbe que una persona sea remitida de un Estado a otro cuando existan indicios que revelen que la persona pueda sufrir un menoscabo en su vida o integridad física en el lugar de destino. Para determinar si en cada caso están presentes esos indicios, resulta imprescindible la realización de un examen individualizado que permita verificar si se dan esas circunstancias. Sin embargo, según todas las fuentes de información (oficiales o de otro carácter) que se han podido identificar sobre los mecanismos de interceptación y devolución en aguas y costas africanas, no hay dato que revele la existencia de alguna clase de proceso por el cual, en forma individual, se examinen las circunstancias de cada persona que es coactivamente devuelta. Así, resulta imposible tener la seguridad que, como resultado de esa devolución al país del que salió (no necesariamente su país de origen<sup>16</sup>), no vaya a sufrir un menoscabo en su integridad física o su vida.

El principio de no devolución no se aplica únicamente a casos de solicitantes de asilo, sino que, al estar íntimamente ligado a la protección del derecho a la vida y a la integridad física, rige para cualquier persona que, por el motivo que fuere, pueda ver afectados esos derechos básicos en caso que sea remitido a su país de origen. A su vez, este principio no tiene limitaciones geográficas, se debe respetar por las autoridades de un Estado allá donde ejercen su jurisdicción, sin perjuicio del territorio en que los actos se ejecuten<sup>17</sup>. No sólo rige extraterritorialmente, sino que también es irrelevante la caracterización formal del acto de dicha transferencia (extradición de acusados de delito, expulsión de inmigrantes, devolución etc.) (BORELLI, 2005, p. 64).

Esta posición fue expresamente asumida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en un antecedente que presenta varias similitudes con los actuales controles en costas africanas. En el llamado “Caso de los Haitianos,” referido a las medidas de interdicción y devolución realizadas por autoridades estadounidenses en aguas internacionales y en aguas (y costas) de la República de Haití, con el fin de impedir la salida de personas de ese país con destino hacia Estados Unidos u otros países. EE.UU. alegó que no podía aplicarse el principio de no devolución, ya que las acciones se habían producido fuera de su territorio. La Comisión rechazó esta posición, e indicó que compartía la opinión del ACNUR de que dicho principio “no reconoce limitaciones geográficas”<sup>18</sup>.

Por otra parte, el principio de no devolución se puede infringir de manera indirecta. Esto es, no sólo si un Estado devuelve a una persona a otro en el cual pueda correr peligro su vida e integridad física, sino también si ese segundo Estado, luego, reenvía a la persona a un tercero (su país de nacionalidad) en el cual se vulneran estos derechos. Por ello, la obligación jurídica de un Estado que remite a una persona a otro país (del que no es nacional) contempla también el deber de evaluar que el Estado receptor respete por igual el principio de no devolución. En caso contrario ambos Estados serán responsables de su vulneración, a través del llamado “*indirect removal*” (LAUTERPACHT; BETHLEHEM, 2003, p. 115).

En este sentido se han pronunciado diversos organismos internacionales de protección de los derechos humanos, fijando un importante estándar. El Comité contra la Tortura, en un caso contra Suecia por la expulsión de un extranjero, por una presunta violación del principio de no devolución, impugnó la actuación del Estado en el sentido de que las autoridades migratorias, al resolver la expulsión de la persona (iraquí) a Jordania, se abstuvieron de evaluar el riesgo de que autoridades jordanas pudieran luego deportarla a Irak (COMITÉ CONTRA LA TORTURA, 1998, § 6.5 y 7). En el ámbito europeo, el TEDH también avaló la hipótesis de devolución indirecta, aunque en el caso concretó concluyó que no había violación ya que el Estado intermediario era parte del Convenio Europeo y por ende no podía violar la prohibición del artículo 3<sup>19,20</sup>.

En las acciones de control migratorio bajo análisis, no existe información que permita afirmar con –mínima- certeza de que autoridades de países como Senegal, Mauritania o Gambia estuvieran cumpliendo debidamente con la prohibición de no devolución, una vez que son devueltas las personas interceptadas por autoridades europeas. Pero lo relevante es la ausencia de información que acredite el desarrollo de indagaciones sobre estos aspectos durante procedimientos de retención y devolución. Organizaciones sociales españolas han evidenciado esta situación<sup>21</sup>.

Las iniciativas de la propia UE confirman esta ausencia. En diciembre de 2006, la Comisión Europea expresó que era necesario evaluar la posibilidad de extender las obligaciones de protección internacional de los Estados, como el principio de no devolución, a las situaciones en que los barcos de un Estado implementan medidas de interceptación. En particular, dijo la Comisión, sería apropiado analizar las circunstancias en las cuales un Estado estaría obligado a asumir responsabilidad de examinar una solicitud de asilo, como resultado de la aplicación del derecho internacional de refugiados, durante las operaciones que están teniendo lugar en

aguas de otro Estado o en aguas internacionales (COMISIÓN EUROPEA, 2006, §36). Las palabras de la Comisión son lo suficientemente claras: deberían analizar si no estarían obligados a respetar sus obligaciones internacionales en el contexto de las políticas y medidas que llevan adelante en aguas africanas, con el objetivo de prevenir la migración irregular. La respuesta es bien simple y no requiere una indagación muy profunda. Las normas internacionales, los estándares y los principios básicos del derecho internacional de derechos humanos (como el *non refoulement*), indican con toda nitidez que los Estados deben cumplir estos deberes, sin excepción, en cualquier circunstancia y lugar en que una persona se encuentre bajo su jurisdicción.

Este escenario da lugar a una reflexión: si las fronteras son “la condición absolutamente no democrática o discriminatoria de las instituciones democráticas” (BALIBAR, 2003, p. 176), en este espacio de frontera difusa, ambigua y movediza se llega a un extremo, en el cual no se aplican los derechos básicos que las normas reconocen para las propias fronteras (al analizar las garantías –ausentes– en estos operativos, veremos como esta percepción de “zona de no derecho” se consolida). Por ello, si al contrario de la posición que hemos asumido, se entendiera que la responsabilidad por una eventual violación del principio de no devolución le correspondiera al Estado africano en cuyo territorio ocurren los hechos, cabe preguntarse si no habría también responsabilidad del Estado europeo que participa de esas acciones, provee la asistencia necesaria para su realización y está a cargo del control (político, operativo, material y financiero) sobre estas iniciativas.

### *3.2 El derecho a la vida y las muertes de migrantes en el mar*

Año tras año, en las aguas del mar atlántico y del mediterráneo, se producen miles de fallecimientos de personas que buscan migrar desde África hacia Europa. Es difícil conocer con certeza la totalidad de personas que pierden la vida en este intento por migrar hacia otro país, y es igual o más complejo pronunciarse, jurídicamente, sobre la responsabilidad de los Estados por estas circunstancias. Evidentemente, esta dificultad se desvanece cuando se demuestra una relación causal entre ciertas conductas y tal desenlace, como podría ser en casos en que la muerte ocurre durante el operativo de devolución o expulsión, con la persona bajo custodia de autoridades públicas. Pero respecto de quienes fallecen en el trayecto marítimo, la cuestión es más complicada. En este punto debe distinguirse la responsabilidad penal y la responsabilidad en materia de derechos humanos. Los obstáculos que pueden hallarse en la determinación de personas responsables desde la perspectiva penal, no nos impide realizar unas reflexiones desde una óptica de derechos humanos, centrada en el comportamiento de los Estados. Así como en los demás derechos fundamentales, los Estados deben respetar y satisfacer el derecho a la vida. En el contexto de las políticas de control migratorio, la obligación de respetar se traduce en el deber de abstenerse de adoptar cualquier tipo de medida que pudiera redundar, directa o indirectamente, en la afectación del derecho.

Ante ello, cabe destacar que existen diversos informes que evidencian dos estrechas conexiones relevantes para este análisis. Por un lado, entre las políticas migratorias europeas crecientemente restrictivas, y el aumento de la migración

irregular y de las redes de tráfico de personas (delito cuyas víctimas principales son las personas, no los Estados). Por el otro, entre el incremento y la diversidad de los mecanismos de control de la migración irregular en el mediterráneo y desde las costas atlánticas marroquíes, y la partida de cayucos desde más al sur (Mauritania, Senegal), lo que amplía notablemente no sólo la distancia a recorrer sino también la peligrosidad del viaje<sup>22</sup>. Esta vinculación entre el endurecimiento de las políticas migratorias, el mayor control de la migración irregular y el incremento de personas fallecidas en el mar, exige –al menos- reflexionar y debatir sobre la responsabilidad de los Estados europeos por adoptar medidas que contribuirían (junto a otros factores, claro) en la pérdida de la vida a miles de personas.

Por otra parte, la obligación de satisfacer los derechos humanos contiene el deber de establecer las políticas y medidas necesarias para que las personas puedan gozar efectivamente de esos derechos. En este sentido, se podría decir que, en tanto entre los objetivos anunciados por la Agencia FRONTEX y por los Estados que patrullan las aguas internacionales, africanas y europeas para impedir la migración irregular, está el de prevenir la muerte de migrantes o reducir el riesgo de estos viajes, sus acciones constituyen una forma de intentar garantizar el derecho a la vida. Ello no sería erróneo. De todas maneras, debe decirse, por una parte, que el rescate en el mar constituye una obligación del derecho internacional (CONVENCIÓN SOBRE EL DERECHO DEL MAR, art. 98.1; CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE BÚSQUEDA Y SALVAMENTO MARÍTIMOS, párr. 2.1.10; ENMIENDA DE 2004 al Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar; y ACNUR y ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL - OMI, 2006) y, por la otra, que la finalidad central y prioritaria de la presencia de barcos y aviones en esas zonas es de índole securitaria y, dentro de ella, de control migratorio. Los resultados, las acciones y los recursos serían otros si el fin prioritario fuera, de manera irrefutable, el de asegurar el derecho a la vida<sup>23</sup>. A su vez, esa obligación de satisfacer incluye también el deber de investigar seriamente circunstancias en la que se producen miles de muertes anuales, y consecuentemente modificar las políticas y los mecanismos que pudieran profundizar la protección de este derecho.

La migración, aún la irregular (mejor dicho, especialmente la irregular) es una decisión extrema que se dirige, precisamente, a intentar ejercer de manera efectiva el derecho a la vida en condiciones dignas, así como el derecho a la libre circulación y el derecho a salir del país<sup>24</sup>. La privación de los componentes (derechos) que son interdependientes del derecho a la vida (salud, trabajo, vivienda), del derecho a un nivel de vida adecuado, es justamente una de las principales causas de la migración irregular, de forma más vulnerable y arriesgada. Por ello, con más razón aún es que los Estados deberían abstenerse de continuar con políticas que pueden aumentar esos riesgos y vulnerabilidades, incidiendo en la muerte de personas que buscan gozar una vida más digna para sí y su familia. Estamos ante las circunstancias y consecuencias más extremas de la jerarquización de la movilidad global (BAUMAN, 1999, pp. 93-123). Como afirma De Lucas, el derecho a la circulación no puede ser “un destino fatal, una empresa peligrosa y degradante que aparece como la única opción para [...] escapar de la miseria, de la ausencia de libertad, de oportunidades de vida.” (DE LUCAS, 2006, p. 40).

#### 4. Interceptación y devolución de migrantes: su impacto el derecho a la libertad ambulatoria

Este control migratorio en el norte occidental africano también supone un desafío en el plano de la libertad personal de las personas migrantes que son devueltas, en dos niveles: (1) en la detención inmediatamente posterior a la interceptación; y (2) en el establecimiento de una pena por el intento de migrar de manera irregular.

(1). En el marco de las acciones de interceptación, una de las consecuencias puede ser la privación de la libertad al retornar a la costa. España y otros países de la UE han contribuido (material y políticamente) a la creación de Centros de Detención de personas migrantes en países como Marruecos o Mauritania. Estos centros, como destaca Naïr, son un nuevo fenómeno que se está generalizando fuera de territorio europeo, en ejecución de la política de contención y filtro asignada por la UE a los países vecinos. Se caracterizan, agrega, por la indeterminación del estatuto jurídico de la persona, del plazo de detención y la ausencia de estadísticas e información básica sobre estos Centros<sup>25</sup>.

Organizaciones no gubernamentales y medios de comunicación han descrito en diversas ocasiones cómo luego de la detención de barcos o de cayucos cercanos a la costa de esos países, las personas fueron detenidas en esta clase de centros (APDH, 2007, pp. 19-20). En algunos casos, la situación ha sido más grave. En febrero de 2007, frente a las costas de Mauritania, era detenido el barco *Marine I* con 372 personas (300 de India y Pakistán, y el resto de países como Myanmar, Sri Lanka, Sierra Leona y Liberia). Las autoridades españolas, en el puerto de Nuadibú, luego de un acuerdo con Mauritania, dividió a la personas según el destino que se les daría<sup>26</sup>. Veintitrés personas quedaron allí privadas de su libertad. Según la información difundida (no desmentida por los gobiernos), esas personas estuvieron detenidas en un “hangar de pescados” durante más de dos meses. Es imaginable que las condiciones de detención en ese lugar no podrían cumplir con requisitos exigidos por normas y principios fundamentales (como el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión de la ONU, cf. ONU-AG, Resolución 43/173, 1988). A su vez, y contradiciendo estándares internacionales<sup>27</sup>, durante dicho período no habría intervenido ninguna autoridad judicial (mauritana o española), para revisar la legalidad de esas detenciones administrativas o las condiciones de detención.

Ante ello, y como la detención de estas personas había sido impuesta luego de la intervención de autoridades españolas, y que en dicho hangar habrían sido custodiadas por agentes de seguridad de nacionalidad española, el Centro Español de Ayuda al Refugiado, Médicos el Mundo y Amnistía Internacional denunciaron ante la justicia al Estado español, por la violación del derecho a la libertad, a la integridad física y la tutela judicial efectiva<sup>28</sup>. La Audiencia Nacional (2007a<sup>29</sup>) rechazó la demanda, alegando que no había habido una violación de derechos humanos y que la jurisdicción de los hechos correspondía al Estado Mauritano. Esta argumentación es llamativa, porque según los documentos aportados al proceso judicial por el Estado (un acuerdo entre Mauritania y España), las fuerzas de seguridad de ambos países estarían a cargo de las operaciones a realizar<sup>30</sup>. La sentencia también señaló que la intervención española se había limitado a cumplir con obligaciones humanitarias y de salvamento. Si bien

en parte esto es cierto, desconoce el marco político y normativo de la presencia del Estado en esas aguas, cuyo fin primario no es de carácter humanitario sino de control migratorio y “lucha contra la inmigración ilegal.”

(2) Este escenario de control de migración desde África hacia Europa también ha repercutido en el cambio legislativo (y su aplicación) en países africanos, en perjuicio del derecho a la libertad personal de quienes migran o intentan hacerlo. Al respecto, el Relator Especial de la ONU sobre Derechos de los Migrantes, señaló que las políticas de la UE – aún cuando disminuir la migración irregular pueda ser un objetivo legítimo - han contribuido a la criminalización de la migración irregular, tratándola como un delito penal (ONU. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, 2008, § 19). En efecto, en estos últimos años, países como Marruecos o Senegal han modificado sus leyes o prácticas de control migratorio, estableciendo penas de prisión por el hecho de emigrar en forma irregular. Así, la Ley migratoria 02-03 (aprobada en Marruecos en 2003) impuso las sanciones de multa y de prisión de 1 a 6 meses (art. 50), a las personas que salieran ilegalmente del territorio marroquí y a aquellas que ingresen al país a través de lugares diferentes a los establecidos para dicho propósito.

Los investigadores marroquíes coinciden en las causas de estos cambios. Para Khachani (2006, pp. 48-50), esa normativa parece una respuesta a las presiones externas en materia de seguridad, inscribiéndose en una situación regional e internacional que prioriza la seguridad en detrimento de los derechos humanos, y coloca a Marruecos en el lugar en que la UE desea que tenga en la región para controlar la migración. La función atribuida por la UE a Marruecos, según Belguendouz (2002, p. 42), es la de ser un “cinturón de seguridad o cordón sanitario” de Europa. Al elaborarse el proyecto que luego devendría en ley, sostuvo que se trataba de una “capitulación” hacia los intereses españoles y europeos, una respuesta al “chantaje” y la “presión,” que “schengeniza” la política marroquí y criminaliza a los inmigrantes hacia Marruecos y la UE (BELGUENDOZ, 2003, pp. 33-35).

Otro aspecto que agrava la regresividad del cambio, y su dimensión, es que diez años antes de la nueva ley, Marruecos había hecho un importante gesto en el sentido opuesto. En junio de 2003, había ratificado, a diferencia de todos los Estados de la UE, la Convención para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, cuyo texto, según el Comité que verifica su cumplimiento, impide la sanción de la migración irregular con penas privativas de libertad<sup>31</sup>.

Desde 2006, este giro de la política marroquí también se está dando de manera paulatina en otros países de la costa occidental africana. En este sentido, se ha subrayado cómo España habría convencido a Senegal y Mauritania para que detengan a potenciales emigrantes en sus respectivas costas, y readmitan a quienes lograron ingresar en forma irregular (en este caso, mediante acuerdos de readmisión). Consecuentemente, Senegal habría divulgado su intención de arrestar a 15 mil personas preparadas para partir hacia Islas Canarias, mientras que 116 personas ya habrían sido condenadas a dos años de prisión (SPIJKERBOER, 2007, p. 130). Los medios de comunicación reflejan casos similares, tanto en Senegal<sup>32</sup>, como en Argelia<sup>33</sup>.

De esta manera, la presión europea hacia el control y la sanción de la irregularidad migratoria, ha contribuido al progresivo uso del término “emigración

ilegal.” Así, se estaría apoyando una tendencia que criminaliza el ejercicio del derecho a salir de un país y, en muchos casos, a las propias víctimas de un delito. Al respecto, Bauman presenta la paradoja de este escenario, en el cual el mundo “racional” se enfrenta al desafío de tener que negar al prójimo (en situación de total vulnerabilidad) el derecho a la libre circulación, derecho que es exaltado “como el logro máximo del mundo globalizado” (BAUMAN, 1999, p. 102). En este sentido, cabe destacar que la CIDH, en el caso sobre Haití antes citado, concluyó “que el acto de interceptar a los haitianos en embarcaciones en alta mar constituye una violación del derecho a la libertad”<sup>34</sup>. El derecho a la libertad no sólo se ve ilegítimamente restringido por la privación de libertad sino también por el mero acto de interceptación.

## 5. El derecho al asilo: devoluciones sin posibilidad de solicitar protección internacional

Las interceptaciones que realizan en territorio africano autoridades de países europeos (por ejemplo, la Guardia Civil española en el río Cassamance, al sur de Senegal) se llevan adelante sin iniciar un procedimiento que de manera individual establezca los pasos a seguir, y la decisión a adoptar, respecto de cada una de las personas que se encuentran en los cayucos. De allí se podrían derivar perjuicios para quienes estuvieran en busca de asilo. Ya se ha indicado que la propia Comisión Europea (2006, § 10) se preguntaba si no sería necesario adoptar medidas para verificar si alguna de esas personas requeriría protección internacional.

Actualmente, la eventual realización de un trámite para examinar si una persona de las interceptadas precisaría asilo se efectuaría, una vez finalizado el operativo en el cual intervienen las fuerzas de seguridad europeas, por parte de los funcionarios del respectivo país africano, según la normativa y los procedimientos aplicables en cada caso. Cabe destacar que en varios de estos países no hay legislación ni procedimiento oficial para el reconocimiento del estatus de refugiado (CONSEIL CONSULTATIF DES DROITS DE L'HOMME, 2008; AMNISTIA INTERNACIONAL, 2008).

Pero el problema que nos interesa resaltar es que, en el marco de esos procedimientos de interceptación y devolución diseñados y ejecutados por autoridades europeas, no sería posible invocar el derecho de asilo y solicitar que se inicie un procedimiento para analizar esa petición. Si dicha interceptación se hiciera unos kilómetros más al norte (en aguas internacionales o europeas), todo indicaría que esas mismas autoridades se verían obligadas a iniciar el proceso para determinar la concesión del status de refugiado u otra clase de protección. Pero más al sur dicha obligación se desvanece. Al respecto, el Relator de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas Migrantes, destacó la novedad y gravedad de estas acciones en las costas africanas, y señaló la importancia de que

*los Estados tomen medidas para que los casos de las personas interceptadas y rescatadas en el mar sean tramitados con carácter individual y se otorguen a cada una de las debidas garantías judiciales, y que las personas que reclamen protección internacional puedan tener acceso al procedimiento nacional para la concesión de asilo. (ONU. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, 2008, § 38-40).*

El derecho internacional de refugiados no parece legitimar estas prácticas, ni siquiera en caso que las interceptaciones se realicen en el marco de una acción de salvamento en el mar. La OMI (2001, Annex, §5) ha señalado que cualquier medida que se adopte en esas ocasiones debe estar en conformidad con el derecho del mar y otros instrumentos internacionales, como la Convención de 1951 sobre el Estatuto para los Refugiados. Por su parte, el ACNUR ha afirmado que las

*medidas de intercepción no deben dar como resultado que se niegue a los solicitantes de asilo y los refugiados el acceso a la protección internacional, o que los que necesiten protección internacional sean devueltos, directa o indirectamente, a las fronteras de territorios donde su vida o libertad se vería amenazada por motivos previstos en la Convención, o cuando la persona pueda invocar otros motivos de protección sobre la base del derecho internacional. (ACNUR, 2003, §IV)<sup>35</sup>.*

Asimismo, el TEDH ha establecido que las facultades de un Estado para controlar los intentos de violar las normas migratorias no pueden redundar en la privación a las personas del asilo garantizado en diversos tratados<sup>36</sup>. La CIDH, al evaluar prácticas significativamente similares a los operativos europeos en territorio africano, sostuvo que los controles estadounidenses en aguas haitianas habían significado la violación del derecho al asilo protegido por la Declaración Americana, al no facilitar un procedimiento que pudiera determinar la necesidad de tal protección<sup>37</sup>.

Pese a ello, a que la propia UE y sus miembros son conscientes de las obligaciones que les incumben en estas circunstancias, las prácticas vigentes en el norte africano hace ya unos años parecen dar razón a las críticas que identifican a este proceso de externalización como un intento de satisfacer los objetivos de control y selección de la inmigración, dejando en otros Estados el eventual cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos.

## **6. La ausencia de garantías procesales en los controles europeos en África**

La ejecución de medidas de devolución contrarias a los principios del debido proceso y los componentes mínimos del derecho a la tutela judicial efectiva, se está desarrollando, con particular intensidad y envergadura, en los controles que se realizan en las costas del norte africano. Es el “frente sur,” como explica Naïr (2006, pp. 60-65), donde las políticas de “lucha contra la inmigración ilegal” se llevan adelante por parte de España, Italia y otros países europeos y, en carácter de “subcontratados,” algunos Estados africanos. En estos operativos no se realiza procedimiento alguno que disponga -y fundamente- una medida de devolución (es decir, una “sanción” por una supuesta infracción a las regulaciones sobre ingreso y egreso del país correspondiente).

No hay procedimiento formal. Son *vías de hecho* prohibidas por los estándares internacionales, que suponen la detención coactiva de una persona y, según el lugar de los hechos (mar, costas), su traslado. Es cierto que las medidas de devolución (en caso de intento de ingreso irregular) se ejecutan con base particularmente en el contenido

de acuerdos bilaterales, bien de convenios de alcance general sobre el tema, o bien *ad hoc*, para la resolución de alguna situación particular (como el pacto entre España y Mauritania en el caso del barco Marine I). Pero estos acuerdos, por un lado, no contemplan en su contenido las garantías procesales. Por el otro, se ha subrayado también su carácter “secreto” (CARRERA, 2006, pp. 21-22, 25-28). Este proceder parece ajustarse a lo que Mezzadra (2005, p. 107) alude respecto de “la irrupción de criterios administrativos en ámbitos de relevancia constitucional, con la carga de incertidumbre y arbitrariedad que esto comporta.”

La falta de consideración de las garantías exigidas por los tratados de derechos humanos, aún considerando la restrictiva jurisprudencia del TEDH en materia de las garantías procesales aplicables a procesos de control migratorio<sup>38</sup>, se extiende a la propia normativa de la UE. El artículo 13.3 del llamado Código de Fronteras Schengen estipula que las personas rechazadas de ingresar tienen el derecho de apelar la decisión, debiendo dárseles indicaciones –por escrito- sobre cómo obtener información necesaria a tal efecto (UE. PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO EUROPEO. Reglamento n. 562/2006).

En el citado caso sobre la interdicción de balseros haitianos parte de Estados Unidos, la CIDH concluyó que estas operaciones constituían una violación del derecho a acceder a los tribunales de justicia en defensa de sus derechos<sup>39</sup>, y descartó la defensa del gobierno norteamericano en el sentido de que tales operativos buscaban reducir las muertes en el mar<sup>40</sup>.

En el actual contexto de control de la migración hacia el sur de Europa, se ha ido estableciendo una suerte de valla virtual en las costas y aguas africanas, que al alejar materialmente las fronteras exteriores de la UE, no aplican las escasas garantías establecidas por la legislación migratoria de esos Estados. Si la normativa de los países de la UE puede tener inconsistencias en materia de debido proceso y en la provisión de un recurso efectivo contra medidas de expulsión o devolución, en estas latitudes se va más allá (geográfica y jurídicamente) al omitir, incluso, la aplicación de esas pocas garantías (asistencia jurídica gratuita, acto administrativo o, al menos, un trámite!). Si bien los controles fronterizos y sus mecanismos coactivos se han extendido cientos de kilómetros hacia el sur, esta *externalización* no ha sido completa, ya que las garantías fundamentales han sido “olvidadas” del otro lado, en territorio europeo. Junto a ellas, se ha quedado el principio de universalidad de los derechos humanos y el carácter extraterritorial de sus obligaciones.

Por otra parte, este tipo de operaciones pone en riesgo el principio que prohíbe las expulsiones colectivas, reconocido en el Protocolo 4 al CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (art. 4), la CONVENCION AMERICANA (art. 22.9), la CARTA AFRICANA de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 12.5) y la CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE (art. 19.1). Según la definición dada por el Tribunal Europeo en diferentes sentencias, la expulsión colectiva es una medida que obliga a unos extranjeros, como grupo, a abandonar un país, excepto que dicha medida sea tomada como resultado y con base en un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada persona. Para el TEDH, del hecho de que un número de extranjeros reciban una decisión similar no se concluye que haya una expulsión colectiva, si cada uno tuvo la oportunidad de presentar de forma

individual sus argumentos contra la expulsión ante las autoridades competentes<sup>41</sup>.

Esta prohibición está inseparablemente asociada al derecho a un debido proceso y a la tutela judicial, ya que su finalidad es precisamente que una persona sólo pueda ser deportada de un país como consecuencia de un proceso legal referido a su situación particular y con base en los hechos y pruebas de cada caso. Este proceso incluiría la posibilidad de conocer las razones de tal decisión, las pruebas y el derecho a cuestionar la orden con un recurso efectivo. Por ello, la prohibición actúa como una garantía contra la arbitrariedad y habilita el cuestionamiento de la medida cuando se considere ilegítima, a partir de un proceso con las debidas garantías.

Para advertir si en un caso concreto se está respetando esta prohibición, no sólo debe existir un examen razonable, objetivo e individual en cada medida de repatriación, sino que se deben contemplar las circunstancias que rodean la ejecución de la decisión, según ha señalado el TEDH<sup>42</sup>. En los controles en aguas y costas africanas, no habría evidencia alguna de que se esté evaluando individualmente la situación de cada persona. Así, este principio que ha venido siendo expresamente custodiado por el Tribunal Europeo y por sus organismos equivalentes en los ámbitos americano y africano<sup>43</sup> está siendo sometida hoy a una grave amenaza por parte de políticas de control migratorio que, en ciertas circunstancias, priorizan la “eficacia” y “celeridad” de dicho control, frente a derechos fundamentales de miles de personas.

Como corolario, estas múltiples restricciones a derechos y garantías denotan también un tratamiento discriminatorio. Al ser consideradas “inmigrantes ilegales” antes que personas, se ven desposeídas de un nivel mínimo de protección. Sin perjuicio de si el resultado último en cada caso fuera igualmente la devolución a su país, ello no legitima la eliminación de estos derechos básicos. Ante una mera infracción administrativa, reciben un trato diferencial con base en su estatus migratorio y, en definitiva, aunque de manera oculta, implícita, en su identidad. Así, el resultado es una degradación profunda de la noción de persona como titular de derechos humanos. Detrás de estos mecanismos, o en su justificación, las políticas y prácticas están cargadas de expresiones como “orden público, lucha, emergencia, invasión o amenaza,” como si ello fundamentara (a modo de Estado de excepción) la anulación de las garantías, aún cuando ello no se permite ni siquiera en esas circunstancias. Ante este mensaje de emergencia, desorden e inseguridad, la respuesta que prima es la policial (DE LUCAS, 1994, p. 156) y, como vemos, sin las garantías que guían, incluso, las políticas de “castigo” en una sociedad democrática.

Este tratamiento se ajusta a la doctrina del “derecho penal de excepción,” en la cual, según Ferrajoli, uno de sus elementos es que la infracción se configura a partir de un determinado status más que de un hecho, es decir, de la subjetividad de una persona o un grupo social más que de su conducta. Por ello, en estas circunstancias, la política —que parte del esquema amigo/enemigo— se define como una “lucha contra...” (FERRAJOLI, 1995, pp. 820-822). En igual sentido, en el campo de la política de control migratorio y la limitación de derechos que impone, Zamora (2005, pp. 60-61) entiende que la dicotomía inmigrante bueno/inmigrante sospechoso se construye a partir de un proceso de “producción social de

la emergencia,” de la cual se derivarían los intentos de justificación de una política basada en medidas excepcionales.

La Directiva de Retorno aprobada por la UE constituye el último y más claro ejemplo sobre la negación de las garantías más elementales a las personas que se ven interceptadas en su intento de ingresar por vías no regulares a territorio europeo (CERIANI CERNADAS, 2009b). Lo notable es que el problema no está solamente en los derechos que restringe y las pocas garantías que reconoce, sino que la misma directiva (art. 2) establece que esas limitadas garantías podrían “no” aplicarse respecto de personas interceptadas al intentar cruzar irregularmente las fronteras exteriores de la UE.

## **7. Reflexiones finales: control migratorio, derechos humanos y el derecho a la libre circulación**

El actual contexto político y económico internacional, su impacto en cada país y particularmente en los flujos migratorios dentro y entre las regiones del planeta, así como las múltiples dificultades que enfrentan aquellas personas que buscan ingresar o residir en otro país y ejercer allí sus derechos, ha puesto cada vez más en la mesa de debate la cuestión del derecho a la libre circulación. Los obstáculos al ejercicio de la libertad de circulación son de gran envergadura y están íntimamente conectadas con las desigualdades entre países y regiones, el mantenimiento de nociones restrictivas de la soberanía estatal y ciudadanía y, en definitiva, la negación de la universalidad de los derechos fundamentales.

Según Carens, la ciudadanía y la política de control fronterizo actúan como dispositivos de estratificación y nos remiten a las críticas que el liberalismo efectuaba sobre instituciones feudales en las que el nacimiento era la base de privilegios o miserias (hoy, el lugar de origen -la nacionalidad- determina en buena medida los derechos, oportunidades y necesidades de cada persona). Si las prácticas del “antiguo régimen” eran contrarias a la libertad y la igualdad de la persona, ¿en qué medida están justificadas las actuales? (CARENS, 1992, p. 26). Por ello, numerosos autores han destacado la necesidad y el deber de revisar el alcance del derecho a la libre circulación, sea en reconocimiento del derecho a “inmigrar” (DE LUCAS, 2006, pp. 37-44; AGUELO, CHUECA SANCHO, 2004, pp. 291-292), para modificar las políticas de admisión de extranjeros y el grado de “apertura o porosidad” de las fronteras (BENHABIB, 2005, pp. 151-156; WIHTOL DE WENDEN, 2000, p. 49), en razón de las violaciones a derechos humanos en los controles fronterizos, o bien por las desigualdades estructurales del modelo actual a escala global (PÉCOUD, 2007, pp. 10-11).

El común referente normativo sobre el derecho a la libre circulación, el artículo 13 de la Declaración Universal, es usual o parcialmente ignorado en las políticas estatales, siendo asociado únicamente al derecho a emigrar, y no al de inmigrar. Sin embargo, ante la progresiva restricción de las políticas de control migratorio, y más aún con su externalización, como en el caso analizado en estas páginas, esta posición se ha vuelto tan contradictoria como paradójica. Hace 60 años, el derecho a salir de su país tuvo mucho que ver con la firme presión ejercida

por los países “occidentales.” Incluso tiempo después, en el Acta adoptada en la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa de Helsinki (1975)<sup>44</sup>, el derecho a emigrar fue la principal preocupación de los estados “occidentales,” quienes enfatizaron la necesidad de hacer efectivo ese derecho a través de diferentes medidas, especialmente garantizando la reunificación familiar (HANNUM, 1987, p. 48). Sin dudas, una interpretación del derecho a la libre circulación (y a la vida familiar) sustancialmente diferente del criterio actual de diversos Estados europeos y la propia UE.

A contrario de ello, las medidas de control en costas y aguas africanas suponen en la práctica la imposibilidad de miles de personas de salir de su país por prácticamente la única vía que tienen disponible. Es más, en algunos casos el hecho de intentarlo puede significar la detención (sin garantías básicas) y el posterior sometimiento a un juicio penal por el delito de “emigración ilegal” o como cómplice del crimen de tráfico de personas. Otros miles pierden la vida en ese intento. Las circunstancias que describen esta situación –controles militares, servicios de inteligencia, detenciones, criminalización, muertes- la acercan cada vez más a realidades que parecían superadas, siendo acertada la expresión de Sassen (2006) sobre el *Berlin Wall on Water*.

Junto a la imposibilidad de salir del país por vías formales, la política de Estados europeos, la UE (FRONTEX) y la colaboración (subvencionada) de países africanos ha llevado a que tampoco pueda ejercerse de manera irregular. Nótese, al respecto, que históricamente la relevancia de este derecho ha estado, precisamente, en su especial necesidad de protección en caso que un Estado imponga trabas a la salida del país por canales regulares, y por ende las personas se veían obligadas a recurrir a otras alternativas. En las circunstancias actuales, los controles migratorios en países de origen y tránsito, junto a las restricciones al ingreso, prácticamente impiden que, de una u otra manera, una persona ejerza ese derecho. En los operativos en aguas africanas, el derecho a salir se ve seriamente amenazado (WEINZIERL, 2007, pp. 47-50).

Igualmente, frente al reconocimiento formal del derecho a salir del país, cuando los Estados implementan políticas que restringen o directamente prohíben el ingreso de inmigrantes a su territorio, se alega que no hay un “derecho a entrar” a otro país. Al respecto, se subraya que en tanto los Estados, escudados tras el principio de soberanía, buscan seguir controlando libremente sus fronteras (aunque con poca eficacia), se produce “una crisis moral: la emigración está ampliamente considerada como un tema de los derechos humanos (asilo, no rechazo), mientras que la inmigración se considera como un tema de soberanía nacional (entrada, residencia). Pero si la gente es libre de dejar su país, ¿adónde puede ir?” (WIHTOL DE WENDEN, 2000, p. 49).

El actual escenario, por consiguiente, se caracteriza por su profunda inequidad. Por un lado, las personas que son nacionales de los Estados más desarrollados económicamente – en su mayoría, receptores de flujos migratorios de otras regiones - encuentran muy pocos obstáculos para ejercer el derecho a la libre circulación, en todos sus componentes: el derecho a salir de su país y su lógico correlato, el derecho a ingresar a otro. Así, el derecho a la movilidad parece estar disponible únicamente para quienes tienen determinada nacionalidad o, en otros

países, para los – pocos – que tienen un cierto nivel económico u otros privilegios. Otras personas podrán, luego de superar un sinnúmero de obstáculos, salir de su país e ingresar a otro y residir allí, gracias a vínculos familiares en la sociedad de acogida, o por las necesidades y conveniencias del mercado laboral. Sin embargo, la amplia mayoría de personas están privadas de ese derecho, en uno o ambos sentidos. Esta situación se legitima pese a que quienes se ven privados de la movilidad son particularmente las personas en cuya situación ese derecho representaría una de las pocas –sino, últimas- oportunidades para gozar de otros derechos básicos, como la salud, la alimentación, la integridad física etc.<sup>45</sup>.

Las circunstancias son aún más complejas si incorporamos otras variables de análisis. Hace más de dos décadas, Hannum (1987, pp. 34-40) describía algunos debates de los años '70, en los cuales se evaluaba si era legítimo que los países en vías de desarrollo impusieran restricciones al derecho a salir del país, con el objetivo de evitar la llamada “fuga de cerebros” y contribuir al desarrollo de esa sociedad. Es paradójico que hoy en día sean los países de recepción de migrantes los que impongan esos obstáculos, aunque no a las personas con mayor formación académica sino a quienes sufren diferentes mecanismos de exclusión y privación de derechos en sus lugares de origen. De esta manera, esa “fuga” se acepta o promueve<sup>46</sup> (sin perjuicio de su impacto en el país de procedencia), mientras se restringe fuertemente la salida de quienes no se benefician de un desarrollo desigual y excluyente.

En la coyuntura actual, en especial en el derecho internacional, existe una disputa planteada en términos claros: de un extremo, el ejercicio discrecional de la soberanía estatal, y del otro, el derecho a inmigrar y los derechos de los migrantes. Las facultades de los Estados en materia de admisión de migrantes, que en décadas anteriores casi no encontraba objeción alguna, hoy están siendo cuestionadas permanentemente. El derecho de los derechos humanos no está afuera de ese debate sino al contrario: es un factor particularmente relevante para inclinar la balanza hacia el reconocimiento del derecho a inmigrar (pero tampoco negaría el otro extremo). Principios centrales del derecho internacional de los derechos humanos, como el de no discriminación, progresividad, *pro homine*, universalidad y dinamismo, tienen un rol determinante. La reafirmación y profundización de estos principios es, tal vez, la tarea más importante, no sólo dentro de los Estados sino también en el ámbito internacional.

Sin embargo, políticas y mecanismos de control migratorio como los que llevan adelante Estados y organismos europeos en territorio africano, no sólo evitan el debate sobre el derecho a la libre circulación (e impactan negativamente sobre este derecho), sino que suponen un riesgo preocupante para la protección de diversos derechos fundamentales. En tanto esos operativos son un claro ejercicio de la jurisdicción de cada uno de los Estados europeos que intervienen, resulta ineludible que –de manera extraterritorial- se analice la responsabilidad que les compete en materia de derechos humanos, sin perjuicio de la responsabilidad atribuible a Estados africanos. Estas páginas han tenido como principal objetivo contribuir a dar a conocer esta realidad, reflexionar sobre sus implicaciones y proponer los debates necesarios para un enfoque integral (centrado en los derechos humanos) al complejo fenómeno de la migración internacional, sus causas y consecuencias.

## BIBLIOGRAFÍA

---

- AGENCIA EFE. Interceptado en Senegal un cayuco con 138 personas rumbo a Canarias. *El Día*, Dakar, 27 mar. 2007.
- AGUELO, P.; CHUECA SANCHO, A. El novísimo derecho humano a inmigrar. *Revisa de Derecho Migratorio y Extranjería*, Valladolid, n. 5, p. 291-292, 2004.
- ALGUIEN DELATÓ a la expedición de Cheik. *El País*, Ziguinchor, 12 sep. 2006a.
- ALLAIN, J. The jus cogens nature of non-refoulement. *International Journal of Refugee Law*, Oxford, v. 4, n. 13, p. 533-558, 2001.
- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS [ACNUR]. Interception of Asylum-Seekers and Refugees: the International framework and recommendations for a comprehensive approach. EC/50/SC/CPR.17. Geneva: 9 junio 2000.
- . Comité Ejecutivo. Conclusión sobre las salvaguardias de protección de las medidas de intercepción, n. 97 (LIV), 2003. Disponible en: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2411.pdf>>. Visitado el: 20 ago. 2009.
- . ORGANIZACIÓN MARITIMA INTERNACIONAL [OMI]. **Salvamento en el mar**: guía de referencia sobre los principios y prácticas aplicables a migrantes y refugiados. Ginebra: ACNUR; OMI, 2006. Disponible en: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4495.pdf>>. Visitado el: 20 ago. 2009.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. **Mauritania**: “nadie quiere tener nada que ver con nosotros”: Arrestos y expulsiones colectivas de migrantes a quienes se ha negado la entrada en Europa: AFR 38/001/2008. 2008. Disponible en: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/AFR38/001/2008/en/ad888d90-46c2-11dd-9dcb-1bbf1ead8744/afr380012008eng.html>>. Visitado el: 20 ago. 2009.
- ARGELIA ENCARCELA a 65 'sin papeles' que intentaron emigrar a España. *El País*, Madrid, 22 nov. 2006b.
- ASOCIACIÓN PRO *DERECHOS HUMANOS* DE ANDALUCÍA [APDHA]. **Derechos Humanos en Frontera Sur 2007**. 2008. Disponible en: <[http://www.apdha.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=486&Itemid=45](http://www.apdha.org/index.php?option=com_content&task=view&id=486&Itemid=45)>. Visitado el: 20 ago. 2009.
- BALIBAR, E. **Nosotros, ¿Ciudadanos de Europa?**: las fronteras, el Estado y el pueblo. Madrid: Tecnos, 2003.
- BAUMAN, Z. **La globalización**: consecuencias humanas. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- BELGUENDOUZ, A. Marruecos frontera con España: ¿socio o gendarme de Europa en África del Norte? In: PIMENTEL SILES, M. (coord.). **Procesos migratorios, economía y personas**. Almería: Caja Rural Intermediterránea, n.1, 2002, p. 33-74. (Colección Mediterráneo Económico).
- . **Le Maroc non Africain Gendarme de l'Europe?** Alerte au projet de loi n° 02-03 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières! Rabat: Inter Graph, 2003.

- BENHABIB, S. **Los derechos de los otros**: extranjeros, residentes y ciudadanos. Barcelona: Gedisa, 2005.
- BORELLI, S. Casting light on the legal black hole: international law and detentions abroad in the 'war on terror'. **International Review of the Red Cross**. Ginebra, n. 857, p. 39-68, 2005.
- CARENS, J. Migration and morality: a liberal egalitarian perspective. In: BARRY, B.; GOODIN, R. (eds.). **Free movement**: ethical issues in transnational migration of people and money. Hertfordshire: Harvester Wheatsheaf, 1992, p. 25-47.
- CARRERA, S. The EU Border Management Strategy: FRONTEX and the challenges of irregular immigration in the Canary Islands. **CEPS Working Document**. Bruselas, n. 261, 2007. Disponible en: <[http://shop.ceps.eu/BookDetail.php?item\\_id=1482](http://shop.ceps.eu/BookDetail.php?item_id=1482)>. Visitado el: 20 ago. 2009.
- CARTA AFRICANA de Derechos Humanos y de los Pueblos. Nairobi, 27 jul. 1981.
- CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. 18 dic. 2000. Disponible en: <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf)>. Visitado el: 20 ago. 2009.
- CERIANI CERNADAS, P. El control de la migración irregular en España a la luz de los tratados de derechos humanos: en las fronteras de la legitimidad. Doctorado (Tesina de doctorado) - Universitat de València. València, jun. 2008. 203p.
- . Los derechos de migrantes sin residencia legal en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos: un balance complejo ante la realidad y los retos de la inmigración en la región. In: CERIANI, P.; FAVA, R. (eds.). **Políticas Migratorias y Derechos Humanos**. Universidad Nacional de Lanús, 2009a. [en prensa].
- . La directiva de retorno de la unión europea: apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos. **Anuario de Derechos Humanos**. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, n. 5, 2009b, [s/p]. [en prensa].
- COMISIÓN AFRICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS. Comunicación n. 71/92: **Reencontré Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme c. Zambia**. Decisión. 20ª Sesión, 21-31 oct. 1997a.
- . Comunicación n. 159/96: **Union Inter Africaine des Droits de l'Homme et autres c. Angola**. Decisión. 11 nov. 1997b.
- COMISION ESPANOLA DE AYUDA AL REFUGIADO [CEAR]. **Crisis Marine I: Violación del derecho de asilo de solicitantes de Sri Lanka**. Nota de prensa. Madrid: 27 mar. 2007.
- COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. **Becker c. Dinamarca**. Decisión. 03 oct. 1975.
- . **Alibaks y otros c. Holanda**. Decisión. 16 dic. 1988.
- . **Stocké v. República Federal de Alemania**. Decisión. 12 oct. 2005.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS [CIDH]. Caso 10.675: **Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos**. Informe n. 51/96. Decisión. 13 mar. 1997.

- COMITÉ CONTRA LA TORTURA. **Comunicación No 88/1997**: Suecia. 16 nov. 1998.
- COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y SUS FAMILIARES. **Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes de Conformidad con el Artículo 9 de la Convención**: Observaciones finales del Comité [...]: México. CMW/C/MEX/CO/1. Ginebra, 8 dic. 2006.
- CONFERENCIA SOBRE SEGURIDAD Y COOPERACIÓN EN EUROPA. Acta final. Helsinki: 1 ago. 1975.
- CONSEIL CONSULTATIF DES DROITS DE L'HOMME. **La protection des refugies au Maroc**. Rabat: 2008.
- CONVENCIÓN AMERICANA sobre Derechos Humanos. San José: 22 nov. 1969.
- CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes. Ginebra: 10 dic. 1984
- CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS y sus familias. Ginebra: 18 dic. 1990.
- CONVENCIÓN de las Naciones Unidas SOBRE EL DERECHO DEL MAR. Montego Bay: 1982.
- CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS. 28 jul. 1951.
- CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS y Libertades Fundamentales. 4 nov. 1950.
- CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE BÚSQUEDA Y SALVAMENTO MARÍTIMOS. 1979.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS [CIDH]. **Caso Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana**. Medidas Provisionales. Decisión. 18 ago. 2000.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA [CIJ]. **Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory**. Advisory Opinion. 9 jul. 2004.
- CRAWFORD, J. **Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado**: Introducción, texto y comentarios. Madrid: Dykinson, 2004.
- CUTTITA, P. The changes in the fight against illegal immigration in the Euro-Mediterranean area and in Euro-Mediterranean relations. **Challenge Liberty & Security Working Paper n. 8**. 2006. Disponible en: <<http://www.libertysecurity.org/article1293.html>>. Visitado el: 20 ago. 2009.
- DE LUCAS, J. **El desafío de las fronteras, Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural**. Madrid: Temas de Hoy, 1994.
- . Algunas propuestas para comenzar a hablar en serio de política de inmigración. In: DE LUCAS, J.; TORRES, F. (eds.). **Inmigrantes: ¿Cómo los tenemos?** Madrid: Talasa, 2002, p. 23-48.

- . El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos de los inmigrantes: acerca del derecho a ser inmigrante. In: MARÍN MENÉNDEZ, F. (coord.). **Un mundo sin desarraigo: el derecho internacional de las migraciones**. Madrid: Catarata, 2006, p. 29-56.
- . La UE ante la inmigración: balance de una esquizofrenia jurídica y política. In: CERIANI CERNADAS, P.; FAVA, R. (eds.). **Políticas Migratorias y Derechos Humanos**. Lanús: Universidad Nacional de Lanús, 2009. [en prensa].
- DE SCHUTTER, O. Globalization and jurisdiction: lessons from the European Convention on Human Rights. **CRIDHO Working Paper n. 04**. Louvain: Université Catholique de Louvain, 2005. (Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme).
- ENMIENDA DE 2004 al Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, 1974, enmendado.
- ESPAÑA. Audiencia Nacional. Sala Contencioso-Administrativa. Sección 5ª. N. 01584/2007. 12 dic. 2007a.
- . Guarda Civil. Notas de Prensa. [s.f.]. Disponible en: <<http://www.guardiacivil.es/prensa/notas>>. Visitado el: 20 ago. 2009.
- . Tribunal Supremo. Sala II de lo Penal. STS n. 788/2007. 8 oct. 2007b.
- . Ministerio del Interior. **Balance de la lucha contra la inmigración ilegal**. 2008.
- FERRAJOLI, L. **Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995.
- FRONTERA SUR: nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa. Barcelona: Virus Editorial, 2008.
- GIL ARAUJO, S. Extranjeros bajo sospecha: lucha contra el terrorismo y política migratoria en EE UU y la UE. In: **De Nueva York a Kabul**. Barcelona: Icaria-CIP, Anuario, 2002, p. 127-144.
- GIL-BAZO, M. The practices of Mediterranean States in the Context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension: the Safe Third Country concept revisited. **International Journal of Refugee Law**, Oxford, v. 18, p. 571-600, 2006.
- GONDEK, M. Extraterritorial application of the European Convention on Human Rights: territorial focus in the age of globalization? **Netherlands International Law Review**, Amsterdam, n. 3, p. 349-388, 2005.
- HANNUM, H. **The right to leave and return in International Law and practice**. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1987.
- ISLAS CANARIAS. **Orden Presidencial PRE/3108**. 10 oct. 2006.
- JOHN, A. **Family reunification for migrants and refugees: a forgotten human right? A comparative analysis of family reunification under domestic law and jurisprudence, international and regional instruments, ECHR caselaw and the EU 2003 family reunification Directive**. Coimbra: Universidad de Coimbra, Centro de Derechos Humanos, 2004.
- KHACHANI, M. **La emigración subsahariana: Marruecos como espacio de tránsito**. Barcelona: Fundación CIDOB, 2006.

- LAUTERPACHT, E.; BETHLEHEM, D. The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement. In: FELLER, E.; TÜRK, V.; NICHOLSON, F. (eds.). **Refugee Protection in International Law: UNHCR Global Consultations on International Protection**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 78-177.
- MARRUECOS. Ley migratoria 02-03, du 11 novembre 2003, relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières.
- MEZZADRA, S. **Derecho de fuga: migraciones, ciudadanía y globalización**. Madrid: Traficantes de Sueños, 2005.
- MIR, M. **Managing the EU's external frontiers: Lessons to be learned from FRONTEX's action in the Canary Islands**. Bruselas: Challenge Liberty & Security, 2007. Disponible en: <[http://www.libertysecurity.org/IMG/pdf\\_Managing\\_EU\\_s\\_External\\_Frontiers.pdf](http://www.libertysecurity.org/IMG/pdf_Managing_EU_s_External_Frontiers.pdf)>. Visitado el: 20 ago. 2009.
- NAÏR, S. **Y vendrán...** Las migraciones en tiempos hostiles. Barcelona: Bronce-Planeta, 2006.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General [ONU-AG]. Resolución 43/173: **Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión**. 1988.
- . Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. [ONU-CDESC]. **Observaciones Finales: Israel**. 2003.
- . Comité de Derechos Humanos [ONU-CDH]. Comunicación n. 52/1979: Uruguay. **Caso López Burgos**. Decisión. 29 jul. 1981.
- . ———. **Comentario General n. 31: La índole de la obligación jurídica general impuesta**. 2004a.
- . Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes**. Ginebra: 2008.
- ORGANIZACIÓN MARITIMA INTERNACIONAL [OMI]. **Interim measures for combating unsafe practices associated with the trafficking or transport of migrants by sea**. MSC/Circ.896/Rev.1. 2001.
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. 19 dic. 1966.
- PÉCOUD, A.; DE GUCHTENEIRE, P. Introduction: the migration without borders scenario. In: PÉCOUD, A.; DE GUCHTENEIRE, P. (eds.). **Migration without borders: essays on the free movement of people**. Ginebra: UNESCO; Berhahn Books, 2007, p. 1-30.
- RIJPM, J.; CREMONA, M. The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law. **European University Institute LAW Working Paper 1/07**. 2007.
- SASSEN, S. **Migration policy: from control to governance**. 2006. Disponible en: <[www.opendemocracy.net/people-migrationeurope/militarising\\_borders\\_3735.jsp](http://www.opendemocracy.net/people-migrationeurope/militarising_borders_3735.jsp)>. Visitado el: 15 ene. 2009.
- SOLANES, A. La política de inmigración en la Unión Europea desde tres claves. **Revista Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura**, Madrid, n. 713, p. 81-100, 2005.

SPIJKERBOER, T. The Human costs of border control. *European Journal of Migration and Law*, n. 9, p. 127-139, 2007.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS [TEDH]. *Amuur v. Francia*. Decisión. 25 junio 1996a.

\_\_\_\_\_. *Chahal v. Reino Unido*. Decisión. 15 nov. 1996b.

\_\_\_\_\_. *Andric c. Suecia*. Decisión de Admisibilidad. 23 feb. 1999.

\_\_\_\_\_. *T.I. v. Reino Unido*. Decisión de Inadmisibilidad. 07 mar. 2000.

\_\_\_\_\_. *Conka c. Bélgica*. Decisión. 05 feb. 2002.

UNIÓN EUROPEA [UE]. Sitio electrónico: Towards a common European Union immigration policy. [s.f.]. Disponible en: <[http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/immigration/fsj\\_immigration\\_intro\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/immigration/fsj_immigration_intro_en.htm)>. Visitado el: 20 ago. 2009.

\_\_\_\_\_. Comisión Europea. **Programa de La Haya**. Comunicación De La Comisión: COM/2005/0184. Bruselas: 10 mayo 2005.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Reinforcing the management of the European Union's Southern Maritime Borders**. Communication from the Commission: COM (2006) 733 final. Bruselas: 30 nov. 2006. Disponible el: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0733:FIN:ES:PDF>>. Visitado el: 20 ago. 2009.

\_\_\_\_\_. CONSEJO EUROPEO. **Reglamento n. 574**, 12 de marzo de 1999.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Directiva n. 51**, 28 de junio de 2001.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Directiva n. 86**, 22 de setiembre de 2003.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Decisión 573**, 29 de abril de 2004a.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Reglamento n. 2007**, 26 de octubre de 2004b.

\_\_\_\_\_. PARLAMENTO EUROPEO; CONSEJO EUROPEO. **Reglamento n. 562/2006**. Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras. 15 mar. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Directiva n. 115**. 16 dic. 2008.

WEINZIERL, R. **The Demands of Human and EU fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders**. Berlin: German Institute for Human Rights, 2007.

WIHTOL DE WENDEN, C. **¿Hay que abrir las fronteras?**. Barcelona: Bellaterra - La biblioteca del ciudadano, 2000.

ZAMORA, J. Políticas de inmigración, ciudadanía y estado de excepción. *Revista Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura*, Madrid, n. 713, p. 53-66, 2005.

## NOTAS

1. Creada por el Reglamento n. 2007/2004 del Consejo Europeo.
2. Es incomprensible que los organismos de la UE sigan aludiendo formalmente al concepto inmigración “ilegal,” pese a las numerosas críticas efectuadas a este término, al igual que el planteo de la complejidad del fenómeno migratorio en términos de “lucha” (UE. COMISIÓN EUROPEA, 2005). En igual sentido lo hace el gobierno español (ESPAÑA. Ministerio del Interior, 2008).
3. Al respecto, véase JOHN (2004).
4. Para mayor información sobre los diferentes programas y mecanismos de control migratorio diseñados por la UE (s.f.).
5. Un análisis detallado sobre el proceso de externalización del control migratorio puede hallarse en los diferentes trabajos compilados en FRONTERA SUR (2008).
6. En los últimos años ha aumentado considerablemente el número de migrantes desde estos países hacia suelo europeo. En buena medida, el traslado de los puntos de partida hacia el sur y a las costas del Atlántico se vincula con el incremento de los mecanismos de control europeo en el Mediterráneo.
7. Según FRONTEX, durante la operación llamada Hera II (2006), fueron interceptados 57 cayucos, con un total de 3887 personas (“illegal immigrants,” según la terminología oficial), y en 2008, fueron interceptadas y regresadas 5443 personas.
8. UE. COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Stocké v. República Federal de Alemania*. Decisión. 12 oct. 2005, §166.
9. CIJ. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. Advisory Opinion. 2004. §102-113.
10. Orden Presidencial da publicidad al Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se dispone la creación de la autoridad de coordinación de las actuaciones para hacer frente a la inmigración ilegal en Canarias y se establecen normas para su actuación (ISLAS CANARIAS, Orden Presidencial PRE/3108, 2006).
11. No podemos evitar mencionar la paradoja histórica del nombre atribuido a esta operación (“Goreé”). La Isla de Goreé, frente a Dakar, ha sido durante siglos uno de los principales puntos de partida del tráfico de esclavos desde África hasta América (por este motivo ha sido declarado Patrimonio de la Humanidad por la UNESCO). Por ello, resulta llamativo que el nombre de un lugar que simboliza el traslado por la fuerza de millones de personas (un crimen contra la humanidad), sea ahora invocado para - también de manera coactiva y por barcos europeos - “frenar la salida de embarcaciones.”
12. La información difundida por la Guardia Civil sobre sus operaciones en aguas africanas, también es demostrativa sobre la “autoridad” que ejercen sobre las personas interceptadas y devueltas. Al respecto, véase Guardia Civil española (s.f.).
13. El Programa Sea Horse Network, financiado por la UE y el Estado español, ha iniciado en enero de 2009 un control satelital de cayucos en aguas del Mar Atlántico.
14. Entre éstos, ratificados por España, cabe mencionar: CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS (art. 33); CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (art. 3); CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 3); PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (art. 7).
15. Véase, entre otros: TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH). *Chahal v. Reino Unido*. Decisión. 15 nov. 1996b, § 80.
16. Debe destacarse que en esas embarcaciones no sólo se trasladan personas originarias de los países donde operan las patrullas europeas (es decir, senegaleses, mauritanos, etc.), sino también miles de migrantes provenientes de otros países del África subsahariana (Sudán, Congo, Chad, Guinea Conakry, etc.), o incluso desde Asia (Myanmar, Pakistán, Sri Lanka, entre otros).
17. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) también ha fijado expresamente la vigencia de la obligación de no devolución en caso que los Estados actúen en territorio de otro (ACNUR, 2000, §19, 22, 23).
18. CIDH. Caso 10.675: Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos. Informe n. 51/96. Decisión. 13 mar. 1997, § 157).
19. TEDH. T.I. v. Reino Unido. Decisión de inadmisibilidad. 07 mar. 2000, §15.
20. Para un análisis del caso, y de la devolución indirecta, véase DE SCHUTTER (2005, p. 28).
21. Para la APDHA (2007, p. 19), en e\*ste tipo de repatriaciones masivas los procedimientos no evalúan caso a caso si “existen suficientes garantías de que la repatriación sea al verdadero país de origen, o que no van a sufrir malos tratos o torturas, o que no van a ser abandonados en el desierto, como ha ocurrido en numerosas ocasiones” y denuncia que muchas personas devueltas a Senegal han sido torturadas, o multadas o encarceladas.
22. Entre otros, véanse: SPIJKERBOER (2007, p. 127-139); CUTTITA (2006, p. 4-5); KHACHANI (2006, p. 27-30).
23. Este tipo de acciones de “salvamento” no representan, en muchas ocasiones, una política integral y coherente para garantizar el derecho a la vida y otros derechos fundamentales, si luego –como hemos visto- se devuelve a la persona interceptada

sin siquiera indagar si como consecuencia de ello su integridad física o su vida podría estar en peligro.

24. Sobre el derecho a salir del país, su contenido y alcance, véase HANNUM (1987).

25. Con el simple cambio de ubicación de una palabra, Naïr (2006, p. 153) los llama de manera ajustada a la realidad: son "Centros de Internamiento *Ilegales* para Extranjeros," y no "Centros de Internamiento para Extranjeros *Ilegales*."

26. Véase en detalle en COMISION ESPANOLA DE AYUDA AL REFUGIADO (CEAR) (2007).

27. Entre ellos, el CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (art. 5.3) y el PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (art. 9.3).

28. Unas pocas semanas después, estas personas fueron transferidas al Centro de Internamiento de Migrantes construido en la misma ciudad de Nuadibú (con la cooperación española y de la UE) (APDHA, 2007, p. 19). Si bien ello implicó una "mejora" de las condiciones de detención, no redundó en una intervención judicial (CEAR, 2007).

29. Audiencia Nacional. Sala Contencioso-Administrativa. Sección 5ª. N. 01584/2007. 12 dic. 2007a.

30. Al contrario, el Tribunal Supremo sí reconoció su jurisdicción para el juzgamiento de delitos contra los extranjeros producidos fuera de aguas españolas, a través del traslado en cayucos desde África. Es forzoso deducir que, si la justicia puede intervenir en supuestos delitos contra las personas migrantes, producidas más allá del territorio español y en el marco de políticas de control de la migración irregular, también tendrá jurisdicción para asegurar los derechos y garantías de las víctimas de tales delitos (ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala II de lo Penal. STS n. 788/2007. 8 oct. 2007).

31. El Comité recomendó al Estado Mexicano que ajuste la legislación migratoria a lo dispuesto en la Convención de 1990 y otros tratados internacionales, lo cual incluye el deber de eliminar "como delito penado con privación de libertad la entrada irregular de una persona en su territorio"; (COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y SUS FAMILIARES, 2006, § 15).

32. La AGENCIA EFE (2007) informó que luego de que FRONTEX interceptara un cayuco con 138 personas, sus ocupantes fueron detenidos en la estación de policía de Dakar y podrían ser juzgados por un tribunal por violación de la ley sobre "emigración ilegal." *El País* destacó que el Procurador General de Senegal había revelado la decisión del Ministro de Justicia de reforzar el castigo a los emigrantes. Así, las personas que pagaran para viajar en cayuco no serían consideradas "víctimas" de tráfico, sino autoras del delito (ALGUIEN DELATÓ, 2006).

33. Según *El País*, "[u]n tribunal [...] condenó [...] a 65 argelinos que intentaron emigrar a España a dos meses de cárcel [...] fueron apresados [...] por

una patrullera cuando navegaban rumbo a las costas españolas. Con esta primera condena a prisión de aspirantes a emigrar las autoridades de Argelia intentan disuadir a los jóvenes de que emigren irregularmente." (ARGELIA ENCARCELA, 2006).

34. CIDH. Caso 10.675: Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos. Informe n. 51/96. Decisión. 13 mar. 1977, §169.

35. Para un análisis más detallado sobre las medidas que las autoridades del barco que efectúa la intercepción, a fin de garantizar el derecho al asilo, véase ACNUR y OMI (2006).

36. TEDH. Amuur v. Francia. Decisión. 25 julio 1996a, §43.

37. CIDH. Caso 10.675: Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos. Informe n. 51/96. Decisión. 13 mar. 1977, §163.

38. Al respecto, véase CERIANI CERNADAS (2009).

39. CIDH. Caso 10.675: Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos. Informe n. 51/96. Decisión. 13 mar. 1977, §180.

40. CIDH. Caso 10.675: Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos. Informe n. 51/96. Decisión. 13 mar. 1977, §53)

41. Véanse los siguientes casos: TEDH. Andric c. Suecia. Decisión de Admisibilidad. 23 feb. 1999; TEDH. Conka c. Bélgica. Decisión. 05 feb. 2002; COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Becker c. Dinamarca. Decisión. 03 oct. 1975; y COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Alibaks y otros c. Holanda. Decisión. 16 dic. 1988.

42. TEDH. Conka c. Bélgica. Decisión. 05 feb. 2002, §61-63.

43. CIDH. Caso Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana. Medidas Provisionales. Decisión. 18 ago. 2000; COMISIÓN AFRICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS. Comunicación n. 71/92: Reencontré Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme c. Zambia. Decisión. 20ª sesión, 20-31 oct. 1997a; y COMISIÓN AFRICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS. Comunicación n. 159/96: Union Inter Africaine des Droits de l'Homme et autres c. Angola. Decisión. 11 nov. 1997b.

44. Véase, en particular, la sección "Human Contact."

45. DE LUCAS (2006, p. 40) afirma que el derecho a la circulación no puede ser ni "una opción reservada a unos pocos, los ricos y famosos (un privilegio)."

46. En este sentido, además de la regulación de diferentes países sobre las categorías migratorias, cabe mencionar la Propuesta de Directiva actualmente en debate en la UE, "relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado."

## ABSTRACT

---

The legal instruments adopted by the European Union (EU) to ensure free movement within the territory of the Member States are closely linked to the control of the external borders. Over the past ten years, EU member states have created various mechanisms to prevent, control, and punish irregular immigration to the European community, whose migration model is characterized by an instrumental vision that cheapens the value of fundamental rights and reduces the low-skilled labor migration needed by the labor market. From there, EU states derive laws that recognize rights according to the person's nationality and immigration status. In this context, this paper will analyze, with a focus on human rights and from physical, symbolic, political, and legal points of view, what is supposedly a radical "advance" of this process of externalization: the operations created to impede migration of people in "canoes" or "boats" to Europe from the coasts of countries like Morocco, Algeria, Senegal or Mauritania.

## KEYWORDS

---

Migration Control – European Union – Human Rights – Extraterritoriality – Africa.

## RESUMO

---

Os instrumentos normativos adotados pela União Européia (UE) para garantir a livre circulação entre os territórios de seus Estados-membros estão estreitamente ligados ao controle de suas fronteiras nacionais. Nos últimos dez anos foram criados diversos mecanismos para prevenir, controlar e punir a imigração irregular para a comunidade européia, cujo modelo migratório caracteriza-se por sua visão instrumental que burla os direitos fundamentais e reduz a imigração à mão-de-obra que seu mercado de trabalho necessita. A partir disso, derivam-se normas que reconhecem direitos conforme a nacionalidade e a condição migratória da pessoa. Nesse contexto, o artigo analisará, com um enfoque de direitos humanos, o que se supõe ser um "avanço" radical do processo de exteriorização, do ponto de vista físico, simbólico, político e também jurídico: as operações criadas para impedir a migração de pessoas em "cayucos" ou "pateras" para a Europa a partir das costas de países como Marrocos, Argélia, Senegal e Mauritânia.

## PALAVRAS-CHAVE

---

Controle Migratório – União Européia – Direitos Humanos – Extraterritorialidade – África.

## SUR 1

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

Origen, sentido y futuro de los derechos humanos: Reflexiones para una nueva agenda

FLAVIA PIOVESAN

Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos

OSCAR VILHENA VIEIRA Y A. SCOTT DUPREE

Reflexión sobre la sociedad civil y los derechos humanos

JEREMY SARKIN

La consolidación de los reclamos de reparaciones por violaciones de los derechos humanos cometidas en el Sur

VINODH JAICHAND

Estrategias de litigio de interés público para el avance de los derechos humanos en los sistemas domésticos de derecho

PAUL CHEVIGNY

La represión en los Estados Unidos después del atentado del 11 de septiembre

SERGIO VIEIRA DE MELLO

Redefinir la seguridad Cinco cuestiones sobre derechos humanos

## SUR 2

SALIL SHETTY

Declaración y Objetivos de Desarrollo del Milenio: Oportunidades para los derechos humanos

FATEH AZZAM

Los derechos humanos en la implementación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio

RICHARD PIERRE CLAUDE

Derecho a la educación y educación para los derechos humanos

JOSÉ REINALDO DE

LIMA LOPES

El derecho al reconocimiento para gays y lesbianas

E.S. NWAUCHE Y J.C. NWOBIKE

Implementación del derecho al desarrollo

STEVEN FREELAND

Derechos humanos, medio ambiente y conflictos:

Enfrentando los crímenes ambientales

FIONA MACAULAY

Cooperación entre el Estado y la

sociedad civil para promover la seguridad ciudadana en Brasil

EDWIN REKOSH

¿Quién define el interés público?

VÍCTOR E. ABRAMOVICH

Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: Herramientas y aliados

## SUR 3

CAROLINE DOMMEN

Comercio y derechos humanos: rumbo a la coherencia

CARLOS M. CORREA

El Acuerdo sobre los ADPIC y el acceso a medicamentos en los países en desarrollo

BERNARDO SORJ

Seguridad, seguridad humana y América Latina

ALBERTO BOVINO

La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

NICO HORN

Eddie Mabo y Namibia: reforma agraria y derechos precoloniales a la posesión de la tierra

NLERUM S. OKOGBULE

El acceso a la justicia y la protección a los derechos humanos en Nigeria

MARÍA JOSÉ GUEMBA

La reapertura de los juicios por los crímenes de la dictadura militar argentina

JOSÉ RICARDO CUNHA

Derechos humanos y justiciabilidad: una investigación en Río de Janeiro

LOUISE ARBOUR

Plan de acción presentado por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

## SUR 4

FERNANDE RAINE

El desafío de la mensuración en derechos humanos

MARIO MELO

Últimos avances en la justiciabilidad de los derechos indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

ISABELA FIGUEROA

Pueblos indígenas versus petroleras: Control constitucional en la resistencia

ROBERT ARCHER

Los puntos fuertes de distintas tradiciones: ¿Qué es lo que se puede ganar y lo que se puede perder combinando derechos y desarrollo?

J. PAUL MARTIN

Relectura del desarrollo y de los derechos: Lecciones desde África

MICHELLE RATTON SANCHEZ

Breves consideraciones sobre los mecanismos de participación de las ONGs en la OMC

JUSTICE C. NWOBIKE

Empresas farmacéuticas y acceso a medicamentos en los países en desarrollo: El camino a seguir

CLÓVIS ROBERTO ZIMMERMANN

Los programas sociales desde la óptica de los derechos humanos: El caso del Bolsa Familia del gobierno Lula en Brasil

CHRISTOF HEYNS, DAVID

PADILLA Y LEO ZWAAK

Comparación esquemática de los sistemas regionales de derechos humanos: Una actualización

RESEÑA

## SUR 5

CARLOS VILLAN DURAN

Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

PAULINA VEGA GONZÁLEZ

El papel de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional: sus derechos y las primeras decisiones de la Corte

OSWALDO RUIZ CHIRIBOGA

El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano

LYDIAH KEMUNTO BOSIRE

Exceso de promesas, exceso de incumplimiento: justicia transicional en el África Subsahariana

DEVIKA PRASAD

El fortalecimiento de la policía democrática y de la responsabilidad en la *Commonwealth* del Pacífico

IGNACIO CANO

Políticas de seguridad pública en Brasil: tentativas de modernización y democratización versus la guerra contra el crimen

TOM FARER

Hacia un eficaz orden legal internacional: ¿de coexistencia a concertación?

RESEÑA

## SUR 6

UPENDRA BAXI

El Estado de Derecho en la India

OSCAR VILHENA VIEIRA

La desigualdad y la subversión del Estado de Derecho

RODRIGO UPRIMNY YEPES

La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos

LAURA C. PAUTASSI

¿Igualdad en la desigualdad? Alcances y límites de las acciones afirmativas

GERT JONKER Y RIKA SWANZEN

Servicios de mediación para los testigos menores de edad que atestiguan ante tribunales penales sudafricanos

SERGIO BRANCO

La ley de autor brasileña como elemento de restricción a la eficacia del derecho humano a la educación

THOMAS W. POGGE

Propuesta para un Dividendo sobre Recursos Globales

## SUR 7

LUCIA NADER

El papel de las ONG en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU

CECÍLIA MACDOWELL SANTOS

El activismo legal transnacional y el Estado: reflexiones sobre los casos contra Brasil en el marco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

## JUSTICIA TRANSICIONAL

TARA URS

Imaginando respuestas de inspiración local a las atrocidades masivas que se cometieron: voces de Camboya

CECILY ROSE Y FRANCIS M. SSEKANDI

La búsqueda de justicia transicional y los valores tradicionales africanos: un choque de civilizaciones – El

caso de Uganda

RAMONA VIJEYARASA

Enfrentando la historia de Australia: verdad y reconciliación para las generaciones robadas

ELIZABETH SALMÓN G.

El largo camino de la lucha contra la pobreza y su esperanzador encuentro con los derechos humanos

ENTREVISTA CON JUAN MÉNDEZ

Por Glenda Mezarobba

## SUR 8

MARTÍN ABREGÚ

Derechos humanos para todos: de la lucha contra el autoritarismo a la construcción de una democracia inclusiva – una mirada desde la Región Andina y el Cono Sur

AMITA DHANDA

Construyendo un nuevo léxico de derechos humanos: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

LAURA DAVIS MATTAR

Reconocimiento jurídico de los derechos sexuales – un análisis comparativo con los derechos reproductivos

JAMES L. CAVALLARO Y

STEPHANIE ERIN BREWER

La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social

## DERECHO A LA SALUD Y ACCESO A MEDICAMENTOS

PAUL HUNT Y RAJAT KHOSLA

El derecho humano a los medicamentos

THOMAS POGGE

Medicamentos para el mundo: impulsar la innovación sin obstaculizar el libre acceso

JORGE CONTESSE Y DOMINGO

LOVERA PARMO

Acceso a tratamiento médico para personas viviendo con VIH/sida: éxitos sin victoria en Chile

GABRIELA COSTA CHAVES, MARCELA FOGAÇA VIEIRA Y RENATA REIS

Acceso a medicamentos y propiedad intelectual en Brasil: reflexiones y estrategias de la sociedad civil

## SUR 9

BARBORA BUKOVSKÁ

Perpetrando o bem: as consequências não desejadas da defesa dos direitos humanos

JEREMY SARKIN

Prisões na África: uma avaliação da perspectiva dos direitos humanos

REBECCA SAUNDERS

Sobre o intraduzível: sofrimento humano, a linguagem de direitos humanos e a Comissão de Verdade e Reconciliação da África do Sul

## SESSENTA ANOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS

PAULO SÉRGIO PINHEIRO

Os sessenta anos da Declaração Universal: atravessando um mar de contradições

FERNANDA DOZ COSTA

Pobreza e direitos humanos: da mera retórica às obrigações jurídicas - um estudo crítico sobre diferentes modelos conceituais

EITAN FELNER

Novos limites para a luta pelos direitos econômicos e sociais? Dados quantitativos como instrumento para a responsabilização por violações de direitos humanos

KATHERINE SHORT

Da Comissão ao Conselho: a Organização das Nações Unidas conseguiu ou não criar um organismo de direitos humanos confiável?

ANTHONY ROMERO

Entrevista com Anthony Romero, Diretor Executivo da American Civil Liberties Union (ACLU)