

REVISTA ELECTRÓNICA métodos

Hacia la construcción de una agenda de derechos

CONTENIDO

- 3 RICARDO ORTEGA
- 7 YENNESIT PALACIOS VALENCIA
- 44 OLGA PATRICIA VELÁZQUEZ OCAMPO
Y DANIEL GÓMEZ-MAZO
- 79 RAMSES LYST
- 108 RODOLFO L. VIGO
- 118 LISL BRUNNER Y KARLA QUINTANA

métodhos, *Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos*, año 2, núm. 4, enero-junio de 2013, es una publicación semestral editada por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) a través del Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos (CIADH). Avenida Universidad 1449, colonia Florida, pueblo de Axotla, delegación Álvaro Obregón, 01030 México, D. F., Tel.: 5229 5600, ext.: 2214, <www.cd hdf.org.mx> y <revistamethodos@cd hdf.org.mx>.

EDITOR RESPONSABLE: Ricardo Alberto Ortega Soriano. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2011-061509513000-203. ISSN 2007-2740, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. RESPONSABLE DE LA ÚLTIMA ACTUALIZACIÓN DE ESTE NÚMERO: Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la CDHDF, Daniel Antonio García Huerta, avenida Universidad 1449, colonia Florida, pueblo de Axotla, delegación Álvaro Obregón, 01030 México, D. F. Fecha de la última modificación: 30 de junio de 2012.

La finalidad de la revista es la de publicar temas de agenda e innovación en derechos humanos, para lo cual se recabarán puntos de vista especializados de personas doctas en la materia; por ello, las opiniones expresadas por las y los autores no reflejan la postura de la CDHDF.

COMITÉ EDITORIAL: Estela Andrea Serret Bravo, Santiago Corcuera Cabezut, Jesús Rodríguez Zepeda, Tania Ramírez Hernández, Luis Daniel Vázquez, Jorge Ulises Carmona Tinoco, Fernando Coronado Franco, María José Morales García, José Luis Gutiérrez Espíndola, Mónica Martínez de la Peña, José Antonio Guevara Bermúdez y Juan Alberto Nava Cortez.

CUIDADO DE LA EDICIÓN : Bárbara Lara Ramírez y Karina Rosalía Flores Hernández. DISEÑO Y FORMACIÓN: Leonardo Vázquez Conde y Ana Lilia González Chávez. CORRECCIÓN DE ESTILO: Karina Rosalía Flores Hernández y Haidé Méndez Barbosa. DISTRIBUCIÓN : María Elena Barro Farías, Eduardo Gutiérrez Pimentel y José Zamora Alvarado.

La Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal autoriza a toda persona interesada en reproducir total o parcialmente el contenido e imágenes de la publicación, siempre que en su utilización se cite invariablemente la fuente correspondiente.

Presentación

Ricardo A. Ortega Soriano*

* Director ejecutivo del Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos.

La construcción de una cultura sólida basada en el respeto de los derechos humanos de todas y todos constituye una labor que debe ser atendida desde distintas esferas y con esfuerzos diferenciados pero coordinados pues, sin duda, las problemáticas que detonan violaciones a los derechos humanos presentan un cariz diverso. Una forma de dar respuesta efectiva a esta multiplicidad requiere de la configuración de *agendas de derechos* que enfatizen todas aquellas obligaciones estatales que deben ser analizadas, discutidas, pero sobre todo cumplidas en favor de toda persona.

La identificación y construcción de las *agendas de derechos* se configura al menos desde dos perspectivas: una reactiva y otra proactiva. Una agenda de derechos planteada desde una perspectiva *reactiva* es aquella que requiere la adopción de conductas inmediatas o a corto plazo para responder y resolver de manera integral una problemática que se ha visibilizado a partir de acontecimientos que la tornan ineludible. La problemática, de manera *evidente*, antecede a la propia agenda e inclusive a su planeación. Por el contrario, las *agendas de derechos* generadas bajo una perspectiva *proactiva* responden a aquellas problemáticas en materia de derechos humanos que se encuentran invisibilizadas ante la falta de atención y respuesta a cargo de diversos actores de la sociedad y de autoridades estatales y que requieren del impulso decidido para ponerlas en la mesa de la discusión. En este supuesto, el papel de la *agenda de derechos* significará en primer término lograr la visibilización de la problemática para después asegurar mecanismos para su atención integral.

Conscientes de la necesidad de colaborar en el diseño y construcción de agendas de derechos en nuestro contexto, el cuarto número de *Métodhos. Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos* concentra en sus páginas diversos artículos que buscan demostrar la pluralidad de las problemáticas que se generan alrededor de los derechos humanos con la intención de contribuir con insumos de carácter científico a la configuración de las diversas *agendas de derechos humanos*, con la finalidad de que posibilite un debate democrático e informado que repercuta en la mayor protección de los derechos humanos.

En este sentido, el primer artículo de la sección de investigación de nuestra revista denominado “La teoría crítica de los derechos humanos como punto de partida para combatir el derecho penal del enemigo” aporta una manifestación acerca de la importancia de observar todas y cada una de las instituciones sociales a través de los anteojos o perspectiva de los derechos humanos. En tal entendido, incluso las construcciones doctrinarias deben replantearse para tomar a las personas como su eje de construcción. A través de un análisis desde la teoría crítica, la autora pugna por el fortalecimiento de los derechos humanos frente a discursos autoritarios que, como el derecho penal del enemigo, desconocen o seleccionan analíticamente lo que es humano de lo que no lo es, constituyendo obstáculos para la construcción más amplia de una cultura democrática que tome como fundamento la dignidad de las personas.

Por su parte, dentro del artículo “Decisiones judiciales y la lucha contra la desigualdad: el caso de las personas LGBT y la Corte Constitucional de Colombia” destaca el papel fundamental que juegan las y los jueces en la construcción de una agenda de derechos humanos pero también, en la modificación de las condiciones concretas y estructurales que vulneran los derechos de las personas, con particular énfasis en lo que respecta a las personas que forman parte de un grupo en situación de vulnerabilidad. El artículo evidencia cómo la figura de las y los jueces en Colombia, en tanto garantes destacados, complementa el sistema jurídico en pro de la mayor protección de las personas dentro de una sociedad determinada. Todo ello orientado a reducir las *brechas de desigualdad*, tanto normativas como materiales, pues las decisiones judiciales constituyen uno de los mecanismos para visibilizar lo invisibilizado ya sea social o institucionalmente.

Otra urgencia que debe ser atendida dentro de las *agendas de derechos humanos* es evidenciada a lo largo de las líneas que componen el artículo “Violaciones a los derechos humanos de los mexicanos solicitantes de asilo en El Paso, Texas y el sur de Nuevo México de enero de 2008 a junio de 2012”. En él se destaca que el análisis de toda problemática debe considerar sus repercusiones pues, en muchas ocasiones, las violaciones van más allá de las fronteras de un país. La problemática de las y los asilados procedentes de México en Estados Unidos constituye un ejemplo de ello, pues los problemas de inseguridad y múltiples violaciones a sus derechos humanos en nuestro país no son el único perjuicio que éstos sufren ya que una vez que logran escapar de su país de origen deben enfrentarse a un sistema normativo e institucional poco sensible con sus derechos que les somete a un lapso más de violaciones a sus derechos humanos, ello a cambio de una asaz tranquila futura.

Por otra parte, y dentro de la sección destinada a reseñas relacionadas con temáticas de interés en materia de derechos humanos, en esta ocasión contamos con el

privilegio de acoger una pluma destacada como la del doctor Rodolfo Vigo, quien de manera muy concisa pero sustancial nos presenta un aporte monográfico de los fundamentos básicos del pensamiento de Robert Alexy, a través del artículo: “Teoría discursiva dialógica de Robert Alexy. Notas principales”. Este texto sin duda, atendiendo al desarrollo actual de la doctrina jurídica y de la teoría de los derechos fundamentales, constituye una lectura muy importante para el fortalecimiento de los derechos humanos a través del abordaje de conceptos básicos como la ponderación y el principio de proporcionalidad, la razón práctica discursiva, el Estado constitucional democrático, entre otros.

Por último, *métodos* presenta una contribución para el análisis de la jurisprudencia internacional a través del trabajo “El derecho de consulta en el sistema interamericano de derechos humanos: Estándares después del caso Sarayaku” el cual constituye una breve monografía de la evolución de los estándares internacionales en materia de protección de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. Dicho artículo enfatiza la necesidad de continuar con el desarrollo y mejoramiento del respeto y garantía del derecho a la consulta de los pueblos y comunidades indígenas en el sistema interamericano.

En suma, el análisis y las ideas expresadas en esta cuarta edición de *métodos* surge como una muestra más de que las problemáticas de las que tiene que hacerse cargo una agenda integral de derechos humanos son sumamente diversas pero no por ello deben dejarse de lado. Al contrario, la protección efectiva de las personas demanda que desde distintos ámbitos, ya sea nacionales o internacionales, jurisprudenciales o doctrinarios, impulsados por sociedad civil o por las autoridades, deben resolver la situación actual de los derechos humanos a través de todas las herramientas existentes e incluso desde aquéllas que aún están por construirse. En este sentido, el papel de la investigación aplicada en materia de derechos humanos constituye una dimensión fundamental para el fortalecimiento de la defensa y promoción de los derechos humanos.

INVESTIGACIÓN

La teoría crítica de los derechos humanos como punto de partida para combatir el derecho penal del enemigo

Yennesit Palacios Valencia*

* Abogada por la Universidad de San Buenaventura sección Medellín, en la que también ha sido docente-investigadora coordinando la Línea en Género y Multiculturalismo en el área de Derechos Humanos. En la Universidad Santo Tomás de Medellín ha coordinado el Semillero de Derechos Humanos y Derecho Internacional. Es especialista en Cultura Política: Pedagogía de los Derechos Humanos de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín, magister y doctoranda en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España, y magister en Relaciones Internacionales de la Universidad Internacional de Andalucía (UNIA). Correo electrónico: <yennesit.palacios@gmail.com>.

Resumen

Este escrito está basado conceptual y metodológicamente en la teoría crítica de los derechos humanos, para evidenciar diversos malestares que afectan la dignidad humana por acciones que atentan claramente contra los derechos humanos cuando se configuran en la praxis jurídica tendencias que justifican la aplicación de un derecho penal del enemigo.

Palabras clave: derechos humanos, teoría crítica, derecho penal, derecho penal del enemigo, dignidad humana.

Abstract

This paper is based conceptually and methodologically in critical theory of human rights, for highlight different various problems affecting human dignity, for actions that clearly violate human rights, when setting trends in legal practice that justify the application of a enemy criminal law.

Keywords: human rights, critical theory, criminal law, criminal law of the enemy, human dignity.

Sumario

I. Introducción; II. ¿A qué llamar *teoría crítica*?; III. Teoría crítica multidisciplinar; IV. Elementos que componen la metodología seleccionada; V. ¿Cuál es la percepción compleja de los derechos humanos que se pretende visibilizar?; VI. Sobre el derecho penal del enemigo; VII. Conclusiones; VIII. Bibliografía.

I. Introducción

Esta investigación tiene sus bases metodológicas por necesidad histórica, revolucionaria y reflexiva en la teoría crítica de los derechos humanos, como forma razonada de sensibilizar sobre lo humano, propuesta alternativa a las maneras tradicionales de ver el mundo más allá de las estructuras dominantes, pues una teoría crítica de derechos humanos denuncia y revela los malestares de la época para problematizar, desestabilizar y transformar las acciones puestas al servicio de la misma sociedad, pero evidenciando la realidad con sus riesgos como punto de partida para militar en procesos culturales emancipadores, en acciones sociales de construcción y reconstrucción de vías alternas a los procesos hegemónicos en función de una posible superación.

Problematizar la realidad es “crear condiciones que permitan un encuentro efectivo con los seres humanos y con lo otro: *la naturaleza que nos alimenta y nos envuelve*. Ese encuentro hace posible una liberación del pensar; o, en otros términos, va a permitirnos salir de los callejones sin salida del que nos encierran las propuestas teóricas descontextualizadas”.¹ Es lo que Marcuse llamaría *la energía de la naturaleza y la historia, la estructura interna de todo ser*,² en ese pensar la historia para reconstruirla y superarla.

Por ello, una teoría crítica de derechos humanos en un diálogo cultural, como metodología de acceso a la realidad, nos pone en contacto con la historia, nos exige el contexto y superar dogmatismos y construir posibilidades de crítica al conjunto de

¹ Joaquín Herrera Flores, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Libros de La Catarata, 2005, p. 52.

² Herbert Marcuse, *Reason and revolution*, Boston, Beacon Press, 1960, pp. VIII-IX, citado en José Luis Vega Carballo, “Hegel y la teoría crítica de Herbert Marcuse”, en *Revista de filosofía de la Universidad de Costa Rica*, vol. VIII, núm. 26, Costa Rica, Facultad Central de Ciencias y Letras, 1970, p. 47.

interpretaciones dominantes.³ Supone una determinada antropología: estar en el mundo (y serlo) para *aprenderlo* socialmente y comunicarlo liberadoramente,⁴ lo cual implica asumir el derecho no como un dogma, sino como una herramienta de lucha por la dignidad y la libertad.

Así pues, pensar una teoría de los derechos humanos y llamarla *crítica* en el pensamiento de Joaquín Herrera —en un intento de construir un acercamiento alternativo al concepto, a la enseñanza y a la práctica de los derechos humanos en el mundo contemporáneo— tiene varias implicaciones. Por un lado, involucra resistencia frente a las estructuras de dominación y, por el otro, entender a los derechos humanos como una apuesta ante disposiciones críticas y subversivas,⁵ “como normas que nos proporcionan medios concretos para actuar frente a la desigualdad de posiciones ocupadas en los procesos de acceso a los bienes”.⁶

La *crítica*, en tanto proceso histórico identificado con lo utópico, lo radical y lo desmitificador, asume la “función de abrir alternativas de acción y un margen de posibilidades que se proyectan sobre las continuidades históricas. Una posición de esta magnitud tiene que ser vista, por lo tanto, no sólo como una evaluación ‘crítica’ de nuestra condición presente”,⁷ sino como una visión crítica que se valora en la medida en que trabaja en la dirección de una nueva existencia. En esa medida, si se quiere cambiar la realidad social y hacer otro mundo posible “se tienen que cambiar también las palabras que nombran el mundo. Ampliar el espacio de lo posible, para también ampliar los límites de lo que puede decirse (esto es pensarse)”.⁸

Es una ideología que renace también la reflexión *iusfilosófica* del movimiento ilustrado en el pensamiento de la Escuela de Frankfurt, por hacer reflexiones de manera crítica de la realidad social, al marcar indignación ante la crueldad sistemática en el propio actuar humano. Situación que manifiesta el riesgo y el debilitamiento del proyecto ilustrado para cumplir con el cometido de buscar sociedades más justas e igualitarias, circunstancias que ponen en duda la idea de

³ Joaquín Herrera Flores, *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*, Sevilla, Aconcagua Libros, 2005, p. 85.

⁴ Helio Gallardo, “Teoría crítica y derechos humanos: Una lectura latinoamericana”, en *Revista derechos humanos y estudios sociales*, núm. 4, julio-diciembre de 2010, pp. 88 y 89.

⁵ Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, Andalucía, Atrapasueños (Colección Ensayando), 2005, p. 84.

⁶ *Ibidem*, p. 79.

⁷ Antonio C. Wolkmer, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, México, ILSA, 2006, p. 27.

⁸ Andrés García Inda, “Los derechos de Robinson: algunas reflexiones en torno a derechos y responsabilidades”, en Andrés García Inda y Carmen Marcuello Servós (coords.), *Conceptos para pensar el siglo XXI*, Madrid, Los libros de La Catarata, 2008, p. 7.

dignidad y libertad, pilares básicos en cualquier discurso soportado por los derechos humanos.

Con la teoría crítica se intenta problematizar para controvertir acciones que han sido toleradas y concebidas por el poder hegemónico, para impulsar las garantías conquistadas a lo largo de la historia. Por tal motivo, lo que aquí se intenta problematizar es lo que lleva por nombre el *derecho penal del enemigo*, para provocar y alertar, como mecanismo de resistencia, sobre la presencia de un grave malestar que atenta de manera clara contra los derechos humanos, al plantearse y aplicarse una doctrina de combate contra individuos especialmente peligrosos que no merecen el trato de *persona*. Se pretende entonces –como fórmula de reproche– llamar la atención, o mejor aún, visibilizar dicha tendencia, pues como describe Adorno en *Pensar contra la barbarie*, se intenta “hacer visible y recordar lo que no está a la vista: el sufrimiento pasado y la posibilidad de lo otro frente al *statu quo* existente”.⁹ Con ello, la pretensión es generar opciones para transformar, pues las vocaciones legislativas con las constantes reformas procesales y penales en el eje planetario se hacen cada día más peligrosas, pues se restringen cada vez más los derechos humanos con estereotipos sociales como los del *enemigo*.

II. ¿A qué llamar teoría crítica?

Visibilizar problemáticas actuales adquiere una importancia crucial cuando se trabaja en el marco de cuestiones y problemas de gran amplitud como son los derechos humanos, cuando se afecta de manera directa la dignidad. Por ello, se debe “tener claro desde el principio, que en ésta cuestión de lucha por la dignidad hay muchos caminos y muchas formas de acción a los propuestos por la cultura de derechos que prima en nuestro contexto cultural”.¹⁰ Por ende, construir una cultura de derechos humanos exige un esfuerzo político permanente, ya que ellos no pueden derivarse de ninguna condición innata o de la inercia de las instituciones.¹¹

Desde esta perspectiva, los derechos humanos deben considerarse como la puesta en práctica de disposiciones críticas con respecto al conjunto de posiciones des-

⁹ José Antonio Zamora, *T. W. Adorno: Pensar contra la barbarie*, Madrid, Trotta, 2004, p. 129; Meritzell Peleato García, “La actualidad ética del pensamiento de T. W. Adorno”, en *Astrolabio. Revista electrónica de filosofía*, núm. 1, 2005, disponible en <http://www.ub.edu/astrolabio/Recensiones1/Recensi%F3n_Adorno.pdf>, página consultada el 13 de junio de 2013.

¹⁰ Joaquín Herrera Flores, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, op. cit., p. 19.

¹¹ Helio Gallardo, *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*, Murcia, David Sánchez Rubio, 2008, p. 5.

iguales que las personas y grupos ostentan tanto a un nivel local como global.¹² Pero para ello o, en otros términos, para que los derechos humanos no puedan utilizarse con el fin de eternizar las desigualdades y los obstáculos que el modo de relaciones sociales basado en la acumulación de capital impone, se necesita poner en práctica un conjunto de estrategias antagonistas que nos sirvan de guía o metodología de una acción emancipadora,¹³ y esto es lo que lleva al desarrollo de una teoría crítica de los derechos humanos.

El pesimismo y desconfianza en la capacidad del mismo hombre para organizar racional y dignamente su entorno fue lo que suscitó un giro de pensamiento nuevo y atrevido de cara a muchos matices y realidades histórico-culturales, para cuestionar el pensamiento dominante, porque aquel “abandona voluntariamente su elemento crítico y se convierte en mero instrumento al servicio de lo existente y contribuye sin querer a transformar lo positivo que había, abrazando en algo negativo, destructor”.¹⁴ Por ello, la teoría crítica intenta alertar, entre otras cosas, sobre el manejo de la razón, ya que el pensamiento se convierte inevitablemente en mercancía y el lenguaje en elogio de la misma.¹⁵

En este sentido, hay que ser capaces de superar las abstracciones en las que se sustenta la teoría tradicional de los derechos y proponer una reflexión que impulse, sistematice y complemente las prácticas sociales en un sentido crítico, subversivo y transformador.¹⁶ Así pues, solamente una *teoría crítica* puede desembocar en la liberación del ser humano, pues no existe transformación de la realidad sin liberación.¹⁷

Con estas bases se inspiró *la Dialéctica de la ilustración*, obra que muestra algunos retos que deben ser superados en el enigma de las luchas de clases, apostándole a una verdadera ideología que no justifique el escenario sociocultural imperante por ser adverso y despótico, buscando una coexistencia más que racional, humana, creando condiciones para que las personas puedan experimentar otra forma de ver el mundo, “trabajando con un gran compromiso social emancipatorio de las estructuras establecidas en la sociedad moderna, para comprender

¹² Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos, op. cit.*, p. 84.

¹³ *Idem.*

¹⁴ Theodor W. Adorno y Max Horkheimer, *Dialéctica de la ilustración*, trad. de Joaquín Chamorro Mielke, Madrid, Akal, 2007, p. 12.

¹⁵ *Ibidem*, p. 12.

¹⁶ Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos, op. cit.*, p. 86.

¹⁷ Antonio Wolkmer, *op. cit.*, p. 29.

porqué la humanidad en lugar de alcanzar un estado verdaderamente humano se hunde en una forma nueva de barbarie”.¹⁸

Esta situación directamente amenaza a la civilización por la complejidad de procesos que dieron origen a la modernidad, en un conjunto de hechos que tienden al colapso, pues se asiste a una cultura de masas donde la ciencia y el conocimiento se ponen al servicio de la producción de valores y símbolos claramente estereotipados.¹⁹ Esta aporía que se presenta, según Theodor W. Adorno y Horkheimer, obedece a la autodestrucción de la ilustración. Donde la libertad, concepto inseparable del pensamiento ilustrado, contiene ya el germen de aquella regresión que hoy acontece por doquier.

Estos malestares han impulsado un pensamiento crítico y emancipador, lo cual obliga a construir una teoría crítica de los derechos humanos. Pero a ¿qué debemos llamar *crítica*? o, dicho de otra forma, ¿*qué es la crítica*? El francés Rancière,²⁰ propone que si un *pensamiento crítico* existe hoy, es la actividad que evalúa la multiplicidad de los movimientos sociales y la multiplicidad de los discursos radicales bajo el criterio de la condición de posibilidad de cualquier política emancipadora que sea la presunción de igualdad.

Por su parte, Foucault,²¹ para intentar responder dicha cuestión, manifiesta que es necesario tener a la mano algunos propósitos en torno a un cierto proyecto que no ha dejado de formarse, prolongarse y renacer en los confines de la filosofía –muy cerca de ella, contra ella, a sus expensas–, en dirección de una filosofía por venir, en el lugar, quizás, de toda filosofía posible. Según dicho autor, la respuesta estaría dada porque al parecer “en el Occidente moderno –ubicado, toscamente, empíricamente desde los siglos XV y XVI– una cierta manera de pensar, de decir, de actuar, una cierta relación con lo que existe, con lo que se sabe, con lo que se hace, una relación con la sociedad, con la cultura, una relación, también con los otros, suscito lo que se pudiera llamar, digamos, la *actitud crítica*”.

¹⁸ Theodor W. Adorno y Max Horkheimer, *op. cit.*, p. 11.

¹⁹ *Ibidem*, p. 30.

²⁰ Jacques Rancière, “Sobre la importancia de la teoría crítica para los movimientos sociales actuales”, en *Estudios Visuales*, núm. 7. Retóricas de La Resistencia, 2009, p. 89, disponible en <http://www.estudios-visuales.net/revista/pdf/num7/05_ranciere.pdf>, página consultada el 13 de junio de 2013.

²¹ Véase la traducción de la conferencia dictada por el autor el 27 de mayo de 1978 ante la Sociedad Francesa de Filosofía: Michel Foucault, “Crítica y Aufklärung, [¿*Qu’est-ce que la critique?*]”, trad. de Jorge Dávila, en *Revista de Filosofía-ULA*, núm. 8, 1995, pp. 1 y 2, disponible en <<http://es.scribd.com/doc/59548986/Foucault-Que-Es-La-Critica>>, página consultada el 13 de junio de 2013.

Ser críticos de un determinado orden es “siempre una actitud abierta a nuestra capacidad humana de indignación. Lo distintivo del pensamiento crítico es, pues, y valga la redundancia, su función crítica, es decir, su riqueza en el rigor con el que acomete esta tarea de aumentar nuestra indignación y en su potencialidad de expandirse multilateralmente, tanto en lo que se refiere a las cuestiones de justicia como a las de explotación”.²² Diversos pensadores en diferentes épocas lo han reiterado, Boaventura de Sousa Santos,²³ por ejemplo, insiste en que necesitamos otro tipo de racionalidad, y es allí donde impulsa un tipo de racionalidad más amplia, precisamente para reinventar la teoría crítica de acuerdo a las necesidades de hoy. También para Hebert Habermas, la crítica en tanto proceso histórico identificado con lo utópico, lo radical y lo desmitificador, asume la “función de abrir alternativas de acción y un margen de posibilidades que se proyectan sobre las continuidades históricas”.²⁴

La crítica sería a los ojos de Immanuel Kant lo que él podría decir: *¿Sabes bien hasta dónde puedes saber?*, razona tanto como quieras pero *¿sabes bien hasta dónde puedes razonar sin peligro?* En resumen, la crítica dirá que nuestra libertad se juega menos en lo que emprendemos, con más o menos coraje, que en la idea que nos hacemos de nuestro conocimiento y de sus límites.²⁵ Pero criticar no consiste en “destruir para crear o en negar para afirmar [...]”. Ser crítico supone afirmarse en los propios valores como algo que es preciso implementar en luchas y garantizar con todos los medios posibles. Y, paralelamente, mostrar las contradicciones y las debilidades de los argumentos y las prácticas que se nos oponen”.²⁶

Esa aptitud *crítica*, en palabras de Paulo Freire,²⁷ también puede comprender aquel conocimiento que no es dogmático ni permanente, pero que existe en un continuo proceso de autoconstrucción. Y, siguiendo la posición de que no existe conocimiento sin praxis, el conocimiento crítico sería aquel relacionado con un cierto tipo de acción que resulta en la transformación de la realidad. En tal sentido, como decía Ernst Bloch, criticar no consiste únicamente en decir “no”, sino en afirmar un “sí a algo diferente”.²⁸ De esta manera, si algún tipo de pensamiento

²² Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, op. cit., p. 55.

²³ Boaventura De Sousa Santos, *Renovar la crítica y reinventar la emancipación social*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (Clacso), 2005, p. 44.

²⁴ Antonio Wolkmer, op. cit., p. 27.

²⁵ Michel Foucault, op. cit., p. 6.

²⁶ Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, op. cit., p. 55.

²⁷ Paulo Freire (1994), citado en Antonio Wolkmer, op. cit., p. 27.

²⁸ Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, op. cit., p. 56.

crítico es necesario hoy en día es el pensamiento que se sale del circuito de *ignorancia y culpabilidad*.²⁹

Por tal razón, los derechos como los *caminos de dignidad* constituyen temas que siguen siendo hoy susceptibles de *otra mirada*, de un *mirar mejor*,³⁰ para no caer en la idea de que la dominación se autoimpone ante la ignorancia e ilusiones de sus sujetos,³¹ y así intentar pensar de otro modo; en tanto, pensar no es repetir, es revelarse a las otras formas de pensar. Dado que el pensar en sí, en palabras de Horkheimer,³² tiende a ser reemplazado por ideas estereotipadas. Éstas por un lado, son tratadas como instrumentos puramente utilitarios que se toman o se dejan en su oportunidad y, por otro, se las trata como objetos de devoción fanática. Pensar de otro modo “sólo es concebible, pues, como la ‘reacción’ cultural más importante que podamos llevar a cabo. En esto consiste eso que podemos llamar el proceso de humanización de lo humano”.³³

En general para Adorno y los teóricos de la Escuela de Frankfurt³⁴ *crítica* quiere decir la “aceptación de la contradicción y el trabajo permanente de la negatividad, presente en cualquier proceso de conocimiento”. En fin, razón, libertad, justicia social y dignidad son ideas básicas que soportan el arquetipo de la crítica, estrategias que muchas veces por el descontento de la época tienden al pesimismo. No obstante, lo que a aquí se quiere explicar es la necesidad de alternativas de cambio, que coincidan con la puesta en función de estándares mínimos de bienestar, que dignifiquen lo que significa ser seres humanos, para intentar ser más humanos en la construcción y humanización del derecho.

III. Teoría crítica multidisciplinar

Repensar los derechos humanos a través de la teoría crítica demuestra que el vivir día a día implica nuevos retos, desafíos que hacen un llamado a ver el derecho con otros ojos, y verlo con otros ojos puede significar mucho o poco dependiendo de la forma como se mire. Desde mi perspectiva, la ideología con la que se

²⁹ Jacques Rancière, *op. cit.*, p. 89.

³⁰ Joaquín Herrera Flores, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, *op. cit.*, p. 34.

³¹ Jacques Rancière, *op. cit.*, p. 89.

³² Max Horkheimer, *Crítica de la razón instrumental*, 2ª ed., trad. de H. A. Murena y D. J. Vogelmann, Buenos Aires, Sur, abril de 1973, p. 66.

³³ Joaquín Herrera Flores, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, *op. cit.*, p. 44.

³⁴ *Ibidem*, p. 29.

ha utilizado la enseñanza en los derechos humanos tiene dos caras: una que lo utiliza como instrumento para manipular el poder y justificar actos de barbarie, y otra que le apunta a la defensa de las clases sociales excluidas y marginadas para abrir espacios de lucha por la dignidad humana, en la búsqueda no menos compleja de construir un mundo justo e igualitario.

La teoría crítica³⁵ surge tornando explícito su compromiso con la realidad social y algunos de sus sectores. Por ende, no puede entenderse como un compendio de propuestas teóricas dadas de una vez por todas, sino a manera de un análisis del proceso histórico que debe constituirse desde un presente concreto, repensando y reelaborando las contribuciones realizadas en esta tradición.

Por lo tanto, su cometido hoy sería recibir esta gran *herencia teórica* y actualizar sus herramientas de análisis desde la experiencia de unas circunstancias transformadas porque, como muy bien ha expresado Helio Gallardo en sus discursos, la teoría crítica o bien es respuesta a la actualidad, o no es nada. Su objetivo es “comprender la dinámica de los procesos sociales, pero el motor de esta comprensión es el impulso de intervenir en ellos, de intentar responder a la injusticia y al sufrimiento socialmente producido que persisten y siguen pesando sobre los sujetos”.³⁶

Esta apuesta teórica se juega su sentido en el marco de las acciones sociales. De ahí su constante atención al estado de las luchas por la dignidad en nuestro mundo y el convencimiento de que para hablar de derechos humanos y actuar en función de éstos exige la asunción plena de compromisos y deberes con respecto a los otros, a nosotros mismos y a la naturaleza. Nuestro fin es claro: *proponer una nueva cultura de derechos humanos en la que si los hechos contradicen la teoría, peor para la teoría*.³⁷

Tal afirmación es evidente y no menos compleja, es un reto y una lucha constante, ya Hannah Arendt³⁸ ha reiterado también dicha dificultad, pues decir que *existen* unos derechos humanos conlleva un doble expolio: “a) dan a un hombre abstracto, que no existe, los atributos que no tiene el hombre concreto y b) se niega a la cruda realidad (de hombres sin derechos) capacidad de significación teórica”. Críticas a los derechos humanos que no surgen, evidentemente, del poco aprecio

³⁵ Helio Gallardo, *Teoría crítica y derechos humanos*, op. cit., pp. 87 y 88.

³⁶ Jordi Maiso, “Actualidad de la teoría crítica”, en *Revista de teoría crítica*, núm. 1, noviembre de 2009, p. 177, disponible en <http://www.constelaciones-rtc.net/01/01_16.pdf>, página consultada el 13 de octubre de 2012.

³⁷ Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, op. cit., p. 86.

³⁸ Manuel Reyes Mate Rúperez, *Hannah Arendt y los derechos humanos*, Arbor, Ciencia, Pensamiento y Cultura, CLXXXVI 742, marzo-abril de 2010, p. 4.

por esa figura, sino del máximo reconocimiento de su significación. Los derechos humanos son la joya de la corona de la modernidad. Tomárselos en serio significa repensar el lugar en ellos de todos aquellos seres humanos que no tienen más capital que su dignidad de origen.³⁹

Todas estas apreciaciones son la base de una manifestación renovadora para desestabilizar y ser capaces de enunciar, “aproximadamente al menos, qué es lo que está mal. Pero lo esencial del problema reside, en que se presentan grandes dificultades para hacer precisamente eso”.⁴⁰ Sin embargo, más allá de identificar cuestiones por problematizar, es necesario proponer alternativas de cambio que generen opciones de bienestar en la meta de dignificar al ser humano, para que los derechos humanos no se conviertan en los “derechos del mercado”, pues aquellos serán siempre el resultado de luchas por la dignidad.⁴¹

Este repensar de los derechos humanos como centro de las preocupaciones y controversias contemporáneas tiene una gran carga semántica, máxime cuando se recrimina a quien piensa y actúa de un modo diferente. El que se rebela, por lo tanto, corre el riesgo no sólo de ser tachado, sino también de perder sus derechos, “nos han robado los derechos y nosotros seguimos empeñados en buscarlos iluminados por la retórica y la ideología de los ladrones”.⁴² Derechos que se han ganado a través de luchas sociales, se han perdido, por ello “los derechos humanos constituyen el principal reto para la humanidad en los umbrales del siglo XIX”.⁴³

IV. Elementos que componen la metodología seleccionada

La aplicación o, dicho de otra forma, la idea de subsumir una teoría crítica como movimiento de indignación frente a lo intolerable debe ser armonizada en la práctica como referente para alumbrar, en el sentido de dar luces ante las sombras que hacen invisible lo visible, factor relevante también en la *función social del conocimiento*,⁴⁴ sobre todo de un conocimiento que no olvida ni invisibiliza las condiciones en las que se sitúa y a las que pretende transformar.⁴⁵ Es una forma

³⁹ *Ibidem*, p. 4.

⁴⁰ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 63.

⁴¹ Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, op. cit., p. 26.

⁴² Joaquín Herrera Flores, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”, en Joaquín Herrera Flores (ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Bilbao, Desclée de Brouwe, 2000, pp. 24-26.

⁴³ Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, op. cit., p. 11.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 96.

⁴⁵ *Idem*.

cultural de “percibir e interactuar con lo real”,⁴⁶ como reacción y estrategia de lucha por la dignidad, para visibilizar las tantas facetas de la visión compleja en la que se han asumido los derechos humanos, lucha que ha sido constante a lo largo de toda la historia de la humanidad. Problemática trascendental como sustancial no sólo en la praxis jurídica sino en el contexto global donde en ocasiones los seres humanos también “son degradados a puro material superfluo”,⁴⁷ –superfluos en cuanto personas–, pues lo “otro” sólo es visto como un objeto que puede ser manipulado por la voluntad “superior” del que coloniza.⁴⁸

Es por ello que, desde la corriente teórica del maestro Joaquín Herrera, se propone un esquema para dar luz y representar con estrategias racionales –no de estructuras–, conocimientos que tengan relevancia para las prácticas no sólo jurídicas sino sociales. Esta estrategia se ilustra en lo que el autor ha denominado el *diamante ético*,⁴⁹ para facilitar el pensamiento crítico a las partes del proceso educativo y a los actores sociales, posibilitar los elementos que componen la realidad de los derechos.

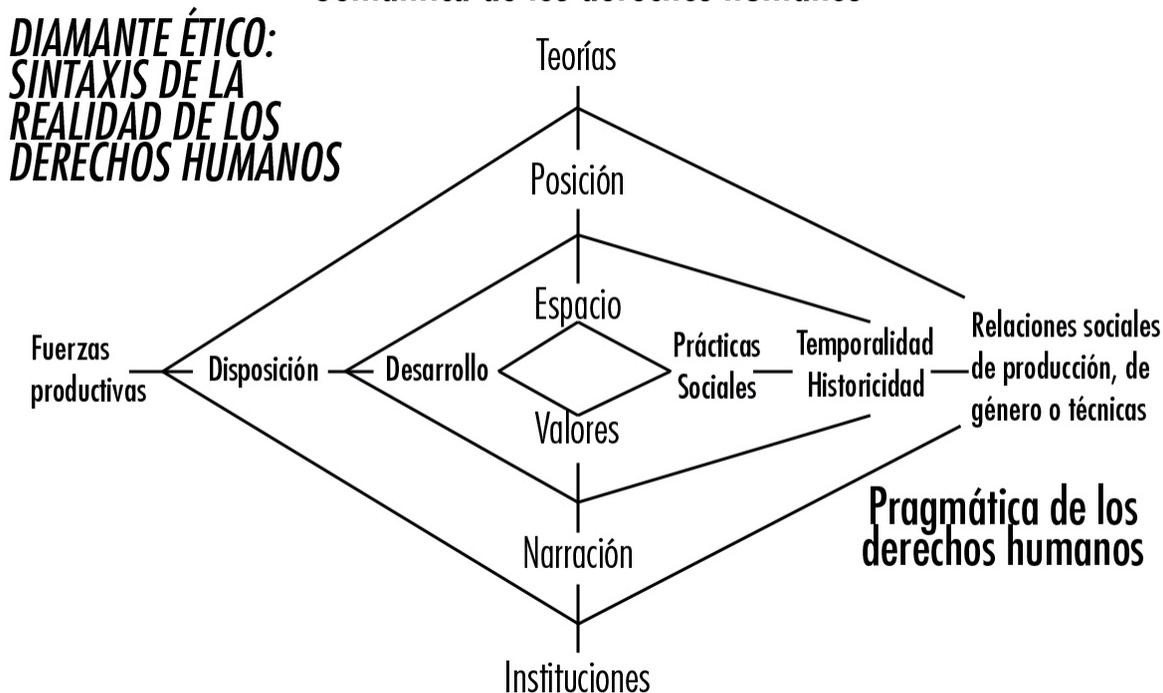
⁴⁶ Joaquín Herrera Flores, *O nome do Riso. Breve tratado sobre arte e dignidade*, trad. de Nilo Kaway Junior, Porto Alegre, Movimento, 2007, p. 61.

⁴⁷ José Antonio Zamora, “H. Arendt y T. W. Adorno. Pensar frente a la barbarie”, en *Arbor, Ciencia, Pensamiento y Cultura*, CLXXXVI 742, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, marzo-abril de 2010, p. 247.

⁴⁸ Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 96.

⁴⁹ El diamante ético, según el autor, constituye un sistema integrado de cristales que se ha ido formando a lo largo del tiempo por superposiciones de materiales que, al final, convergen en la maravillosa figura de la joya. Los derechos humanos, vistos desde una perspectiva crítica y contextualizada –no como justificaciones ideológicas de los neo/colonialismos contemporáneos–, pueden convertirse, no en una joya a contemplar, sino en el resultado de luchas que se van superponiendo a lo largo del tiempo y que son impulsadas, tanto por categorías teóricas (línea vertical de nuestro diamante) como por categorías prácticas (línea horizontal de la figura). Véase al respecto, Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 108 y 109.

Semántica de los derechos humanos



Fuente: Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, op. cit., pp. 108 y 109.

La idea de esta imagen sería entender los derechos en su complejidad de manera holística y sus elementos no se agotan en los términos propuestos por el autor, por el contrario, si los derechos humanos son productos culturales⁵⁰ esto permitiría época tras época recrear dichos elementos conforme a las exigencias sociales para no limitar su ejercicio a una simple estructura, pues el esquema sólo constituye un mínimo posible para entender cada realidad en la que subyacen los derechos.

En esa medida, como eje transversal de apoyo desde cualquier ángulo que se pueda observar, el análisis propuesto debe partir de la dignidad pues los derechos humanos son un logro histórico “por la sencilla razón de que ahí se mide la dignidad del hombre por el nacimiento y no por la cuna”.⁵¹ Pero, sin lugar a dudas, esta pluralidad de enfoques y perspectivas no nos deben llevar a desdeñar y rechazar

⁵⁰ Joaquín Herrera Flores, *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*, op. cit., p. 19.

⁵¹ Manuel Reyes Mate Rúperez, op. cit., p. 1.

un valor eje, sobre el cual articulamos el germen, fundamento y reconocimiento de los derechos humanos actuales”.⁵²

El objetivo, pues, de esta imagen metodológica se basa en “la idea de que tanto la dignidad humana como los derechos no son elementos aislados ni dados con anterioridad, sino que se construyen paso a paso por la propia comunidad o grupo afectado, lo que les otorga un carácter de derechos en movimiento que se pueden generar y revisar a través de la metodología que se propone”.⁵³ En el entendido que los derechos humanos son “parte de procesos dinámicos que permiten la apertura y la siguiente consolidación y garantía de espacios de lucha por la particular manifestación de la dignidad humana”.⁵⁴

A través de sus diferentes ejes tanto verticales como horizontales, uno a uno están íntimamente ligados en una especie de colaboración armónica. Necesitan estar interconectados para conseguir el mínimo exigible para entender la realidad compleja de los derechos humanos, donde el centro mismo será siempre la idea de dignidad,⁵⁵ porque los conceptos para enfrentar lo nuevo, la discontinuidad, la ruptura, la revolución, hoy no los tenemos⁵⁶ y hay que soportarlos, a través de las luchas sociales. El problema es que los elementos “existentes si son instrumentos hegemónicos por definición, no van a resolver nuestras inquietudes, nuestras aspiraciones, y no van a conseguir lo que queremos lograr, que es una sociedad más justa, reinventar la emancipación social”.⁵⁷

Si lo que se debate no tiene en cuenta dichos elementos puede resultar inútil o poco productivo para asumir una reflexión crítica de la realidad, si se intenta con ello “ir contra la banalización de las desigualdades e injusticias globales que un pensamiento descomprometido y acrítico defiende”.⁵⁸ Esta constatación nos obliga a todos los que “estamos comprometidos con una versión crítica y emancipadora de los derechos humanos a contraponer otro tipo de racionalidad más atenta a los deseos y necesidades humanas que a las expectativas de beneficio inmediato del

⁵² Rafael E. Aguilera Portales, “Universalidad de los derechos humanos y crítica de las teorías de la naturaleza humana en el pragmatismo de Richard Rorty”, en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 5, enero de 2007, p. 59.

⁵³ Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, op. cit., p. 108.

⁵⁴ Joaquín Herrera Flores, “Derechos humanos, interculturalidad y racionalidad de resistencia”, en *Dikaiosyne. Revista de filosofía práctica*, núm. 12, Mérida-Venezuela, Universidad de Los Andes, 2004, p. 54.

⁵⁵ Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, op. cit., pp. 110 y 111.

⁵⁶ Boaventura De Sousa Santos, op. cit., p. 72.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 72 y 73.

⁵⁸ Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, op. cit., p. 96.

capital”,⁵⁹ por ello se necesita una perspectiva crítica, es decir, emancipadora. La asunción en las luchas de esos compromisos y deberes es la esencia de los derechos humanos.⁶⁰

v. ¿Cuál es la percepción compleja de los derechos humanos que se pretende visibilizar?

Hasta lograr su actual preeminencia, los derechos humanos cursaron una lenta y difícil historia: “fueron primero derechos por reflejo, esto es, mera consecuencia de los deberes impuestos al monarca, no facultades dadas directamente a los hombres. A continuación se les entendió como facultades de privilegio conferidas a estamentos y corporaciones, más no a los individuos en su calidad de tales”.⁶¹ Así aparece, en términos de Richard Rorty, “una cultura de los derechos humanos”⁶² para contrarrestar la “miopía” humana en la que han sido asumidos los avances producto de las grandes revoluciones.

En los términos del sociólogo francés Alain Touraine,⁶³ aquello significaría reactivar, desde esta óptica, la reivindicación de los movimientos sociales para repensar la transformación de la misma sociedad, acudiendo a elementos como la *historicidad* para su evolución y cambio. Expresión cultural clave para concretar las exigencias de los actores sociales, en el intento de construir un compromiso social emancipatorio en el que insiste Joaquín Herrera Flores, por la apuesta en la lucha por la dignidad desde la teoría crítica. Aquél no solo acude a la historicidad sino a los valores, las prácticas sociales e instituciones, elementos que en últimas fechas pretenden afianzar el criterio de riqueza humana para “comparar y enjuiciar cuestiones de choque o conflicto”.⁶⁴ Es lo que Horkheimer llamaría

⁵⁹ *Ibidem*, p. 11.

⁶⁰ Joaquín Herrera Flores, *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*, op. cit., p. 107.

⁶¹ Sergio García Ramírez, “Los derechos humanos y el derecho penal”, en *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM (Serie G, Estudios doctrinales núm. 5), 1980, p. 157, disponible en <<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/848/9.pdf>>, página consultada en noviembre de 2012.

⁶² Richard Rorty, “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo”, en *Batallas éticas*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1995, p. 59.

⁶³ Véanse al respecto, Alain Touraine, *La sociología de la acción*, Barcelona, Ariel, 1969; Alain Touraine, *Producción de la sociedad*, México, UNAM, 1995; y Alain Touraine, *Crítica a la modernidad*, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 1994.

⁶⁴ Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, op. cit., p. 179.

el *criterio de verdad* de toda teoría social, para facilitar y aumentar nuestra capacidad de indignación frente a lo que ocurre en nuestro alrededor; y la capacidad de crear nuevos marcos de composición de los fenómenos (estados de hecho o entornos de relaciones) que nos permitan construir nuevas formas de vida y nuevos modelos de reacción cultural ante el presente que vivimos.⁶⁵

En esta tarea, evidenciando cuestiones de choque o de conflicto —en respuesta a esa marcada indignación—, necesariamente surgirán opositores si se parte de la base de que el poder hegemónico o el sistema legitimado por los mismos Estados son los que, en ocasiones, contradicen los pilares básicos sobre los que se soportan los derechos humanos. Piénsese al respecto en elementos, todos ellos conexos, tales como la *libertad, igualdad y dignidad*, centrales en lo que se quiere transmitir cuando se reafirma la apuesta teórica aquí esbozada.

Tales elementos, y otros tantos, se ven afectos en la praxis jurídica no sólo cuando no se efectivizan estándares mínimos de bienestar vitales para todos los seres humanos, sino cuando se ponen en práctica acciones legitimadas en garantías de seguridad de los derechos para hacer efectivo el respeto a los mismos derechos humanos. Es más, vale recordar que:

No ha sido infrecuente, a lo largo de la historia, que las banderas ideológicas se hayan utilizado para justificar los peores crímenes. [...]. Lo que en los adversarios es una monstruosidad contra el ser humano, en los compañeros de doctrina no pasa de ser un error o una desviación —casi una travesura— cuando no un acto justiciero. [...] La Santa Inquisición torturó y mandó a la hoguera [...]. Todo estaba justificado: se trataba de salvar las almas de los desviados.⁶⁶

Piénsese hoy *verbigracia*, en el *leitmotiv* del discurso legitimador del sistema penal de la época, que tacha como *enemigo* al otro, no sólo al que delinque, sino al que incomoda, reclama y exige. Piénsese en los excluidos de los procesos de construcción hegemónica, en los movimientos sociales o en los inmigrantes en el eje planetario que piden reivindicar derechos insatisfechos, que suelen ser vistos también como “extraños, *hostis* (extranjeros o indeseables peligrosos) que vienen desde Roma, pero adecuadas a la realidad moderna, son a quienes se les aplica un trato diferenciado”.⁶⁷ Es por señales como éstas que se pretende expresar una muestra

⁶⁵ Joaquín Herrera Flores, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, op. cit., p. 59.

⁶⁶ Luis de la Barreda Solórzano, *Justicia penal y derechos humanos*, México, Porrúa, 1997, p. 211.

⁶⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, *El enemigo en derecho penal. Estudios de criminología y política criminal 6*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 23 y ss.

clara de indignación con una tendencia que se está extendiendo en el sistema penal actual y que choca abiertamente con el respeto a los derechos humanos.

Si bien las condiciones jurídicas han variado sustancialmente, siempre se trata de un *enemigo* o extranjero que “debe ser vigilado, porque como todo prisionero tratará, en cuanto pueda y a como diese lugar, de sustraerse a su condición subordinada”.⁶⁸ Surgiendo así la necesidad de etiquetar a un cierto colectivo para salvaguardar el derecho de los “otros no enemigos” del sistema.

El problema es que como grupo complejo y heterogéneo, sean delincuentes o no —narcotraficantes, homosexuales, extranjeros—, difíciles de controlar, al “poner en peligro la existencia de la sociedad”,⁶⁹ por la fatigosa tarea e imposibilidad material de vigilar a toda la multitud⁷⁰ que recibe dicho trato diferenciado, la mejor medida de control que termina por instrumentalizarlos es la exaltación de una tacha o etiqueta legitimada por la sociedad, la cual los ha estigmatizado con el pretexto de proteger los derechos humanos de los ciudadanos que no son merecedores de peligrosidad. Es por ello, entre otras cosas, que la causa de los derechos humanos no resulta satisfactoria por la militancia partidaria.⁷¹

Es desde esta lógica, ante la frecuente mal utilización del discurso reivindicatorio de los derechos, que se desprende la pregunta: *¿Cuál es la percepción compleja de los derechos humanos que se pretende visibilizar?* Cuando se aboga por un sistema de valores comúnmente aceptados para todos, como reglas mínimas para el buen vivir en sociedad, de ahí la existencia del derecho como orden regulador de la conducta humana, se suele incurrir en el error de legitimar acciones ante lesiones de bienes jurídicos, por hechos delictivos específicos en determinados colectivos, ya que es una constante la pretensión de contrarrestar la criminalidad. Sin embargo, ésta suele verse reflejada desde abajo, desde los marginados y no en las altas esferas de poder que comúnmente también suelen delinquir.

Sobre esta base surge lo que se pretende visibilizar al problematizar la tensión existente entre los derechos humanos y el derecho penal, lo cual ocurre cuando éste (el derecho penal) se desvía y se centra no sólo en el delito sino en la persona del delincuente, ya que hoy por hoy con la tendencia del denominado *derecho*

⁶⁸ *Ibidem*, p. 23.

⁶⁹ Luis Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Tiran lo Blanch, 2003, p. 122.

⁷⁰ Guillermo Pontrilla Contreras, *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Valencia, Tiran lo Blanch, 2007, p. 32.

⁷¹ Luis de la Barreda Solórzano, *Justicia penal y derechos humanos*, *op. cit.*, p. 211.

penal moderno,⁷² “basta con ser proclive a delinquir para volverse delincuente, con base en ésta concepción no hay que esperar a siquiera que el sujeto delinca realmente, sino que su proclividad debe considerarse, ya, delincuencia”.⁷³ Dicha afirmación pone en riesgo los derechos humanos como conquista de la humanidad, supera los límites de la arbitrariedad, puesto que “lo que importa no es lo que hacen los individuos sino su capacidad potencial para hacerlo como integrantes de un grupo de riesgo”.⁷⁴

Tal situación se presenta porque se piensa en determinados colectivos, como un *enemigo* indeseable *peligroso, anormal*, término usado por Foucault,⁷⁵ para caracterizar a los *otros* peligrosos, pues se ve en aquéllos al enemigo que necesita ser vigilado y castigado. Idea que según Carlos Parma reza así: “nosotros somos lo que el otro no es. El ‘otro’ es lo que nosotros decimos que es”.⁷⁶ Es curioso que nunca se considere a los viejos como “enemigos de la sociedad, pese a que el sistema los expulsa. Ello obedece a que los somete a una forma genocida de control social, mediante la exclusión etaria y la construcción del estereotipo de inutilidad e incapacidad social, el que una vez asumido acelera la enfermedad, la depresión y la muerte”.⁷⁷ Al respecto, la decadencia por el diagnóstico y la crítica de las manifestaciones del derecho penal en esas expresiones marca un fuerte escepticismo frente a la recuperación del verdadero sentido del derecho penal,⁷⁸ que aún sigue declarándose orgullosamente

⁷² Luis Gracia Martín, “¿Qué es modernización del derecho penal?”, en Luis Ripolles Díez *et al.*, (eds.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 359, describe el autor que el derecho penal moderno sería uno propio y característico de la sociedad del riesgo.

⁷³ Luis de la Barreda Solórzano, *op. cit.*, p. 134.

⁷⁴ Guillermo Pontrilla Contreras, *op. cit.*, p. 42.

⁷⁵ Michel Foucault, *Los anormales*, trad. de H. Pons, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000. En su clase del 22 de enero de 1975, Foucault identifica tres figuras principales como anormales: el monstruo humano, que se definen así por violentar las leyes de la naturaleza y las normas de la sociedad, los incorregibles o el individuo a corregir propio del siglo XVIII, y los onanistas refiriéndose al niño masturbador, ideas orientadas al disciplinamiento de la familia.

⁷⁶ Carlos Parma, “El cadáver insepulto de Lombroso”, en Carlos Parma y David Mangiafico, *Derribando muros. Ensayo sobre la pena y su ejecución*, Argentina, Editorial de la Universidad del Aconcagua, 2009, p. 28.

⁷⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, “El derecho penal liberal y sus enemigos”, en Gustavo Eduardo Aboso (coord.), *En torno de la cuestión penal*, Buenos Aires, B de F (Maestros del derecho penal núm. 18), 2005, pp. 153 y ss.

⁷⁸ Feliz Herzog, “Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. Perspectivas más allá del derecho penal”, en Luis Arroyo Zapatero *et al.*, (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha (Colección Estudios), 2003, p. 249.

heredero del liberalismo político y, en consecuencia, estima una de sus principales tareas la de defender al ciudadano, delincuente o no, de los posibles abusos y arbitrariedades del Estado punitivo. De ahí que coloque la protección del delincuente, o del ciudadano no potencial o presuntamente delincuente, en el mismo plano que la tutela de esos presupuestos esenciales de quienes el mismo Estado no ha considerado sujetos peligrosos.⁷⁹

El delito pues, materia fundamental del derecho penal, así como sus consecuencias o la actuación del Estado para sancionarlo, resultan apasionantes y una de las razones para que estos temas causen tal fascinación, en lo que a la criminalidad se refiere, reside como lo expresa Barreda, “en que el delito tiene que ver con lo que se podría denominar la parte [negativa] del alma de los seres humanos. Fascinación compartida por todos los seres humanos a pesar de las consecuencias del delito”.⁸⁰ Justificación primaria para sentenciar a los “otros” con sus diversas apariencias y categorías, pero siempre generalmente a una persona, un grupo, o un país sin poder suficiente, *facies* criminológicas de lo que se denomina derecho penal del enemigo.⁸¹

Por tal razón, actualmente se acude a una transformación no tangencial del derecho penal que afecta el centro mismo del ser humano, esto es, la dignidad humana. Pilar o base de nuestro punto de encuentro es el ya mencionado diamante ético, como quiera que la práctica del derecho penal del enemigo se extiende a una velocidad que parece no tener límites, aún con la peligrosidad de sus fundamentos como se describirá a continuación.

VI. Sobre el derecho penal del enemigo

En la actualidad se ha popularizado la tesis del derecho penal del enemigo⁸² (*Feindstrafrecht*), del alemán Günther Jakobs (1985), al describir a quién el sistema jurídico trata como enemigo, y al pronosticar a quién se le atribuirá en el futuro ese papel,⁸³ justificando desde el derecho un tratamiento no acorde a la

⁷⁹ José Luis Díez Ripolles, *La política criminal en la encrucijada*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2007, p. 63.

⁸⁰ Luis de la Barreda Solórzano, *op. cit.*, pp. 233 y 234.

⁸¹ Lola Aniyar de Castro, *Criminología de los derechos humanos. Criminología axiológica como política criminal*, Buenos Aires, Del Puerto, 2010, p. 96.

⁸² Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, p. 39.

⁸³ Günther Jakobs, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad”, en Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Madrid, Edisofer, 2006, p. 95.

dignidad humana del delincuente, al considerar a aquel como *no persona*, por ser un sujeto que vulnera la norma vigente.

En este sentido, la idea central apoyada por el autor se basa en que: “la persona en derecho, esto es, el titular de derechos y deberes, sólo puede ser tratada como persona en la medida en que en lo fundamental se conduzca de manera conforme a la norma; si se comporta permanentemente como un diablo, se convierte en un enemigo, es decir, un no persona”.⁸⁴ Tal afirmación se puede ilustrar con el siguiente ejemplo:

un esclavo, en cuanto a propiedad de un señor, es objeto de una relación jurídica, pero no por ello es también persona en derecho, es decir, alguien que potencialmente tiene derechos y obligaciones. Y como mero instrumento equivalente a un animal no puede ser miembro de la sociedad de su señor. Puede que el señor se comunique con el esclavo de modo instrumental, pero ello no implica más sociedad que el azuzar a un caballo de carga.⁸⁵

Este ejemplo sirve para precisar la idea fundamentada por Jakobs sobre la diferenciación sustancial entre lo que él llama *un derecho penal del enemigo* y *un derecho penal del ciudadano*, lo cual tiene soporte y pilares básicos en el pensar *ius* filosófico. Así *verbigracia* se refiere a Kant,⁸⁶ quien formula que no se puede tratar como persona a quien amenaza constantemente, pues quien no participa en la vida en un Estado comunitario-legal, debe irse, lo que significa que es expulso, expulsado de la sociedad. De manera que, al igual que Thomas Hobbes,⁸⁷ conocen un derecho penal del ciudadano contra personas que no delinquen de modo persistente por principio y un derecho penal del enemigo contra quien se desvía. Éste excluye, aquél deja incólume el *status* de persona. Por su parte, partiendo de la obra cumbre de Rousseau sobre el contrato social, Jakobs⁸⁸ identifica a aquel enemigo en el delincuente que infringe el contrato, razón por la cual ya no puede participar de los beneficios del mismo, pues a partir de ese momento ya no puede vivir con los demás dentro de una relación jurídica.

La rigurosidad semántica de las afirmaciones y múltiples interpretaciones producto de la tesis jakobsiana no miden los peligrosos resultados del actuar jurídico

⁸⁴ Günther Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas, 2003, p. 54.

⁸⁵ Günther Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas, 1996, p. 38.

⁸⁶ Véase el Escrito sobre la paz eterna de Immanuel Kant, citado en Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *op. cit.*, p. 33.

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, *op. cit.*, p. 28.

en los tiempos de la era de la globalización punitiva. El traspasar ciertas garantías procesales propias de Estados que dicen catalogarse como democráticos es una situación que contradice la dogmática penal inspirada en la dignidad humana como límite máximo al *ius puniendi*. Así pues, “esta clase de derecho tal y como está planteado en sus fundamentos por Jakobs, es contrario a las bases esenciales de un Estado democrático de derecho”,⁸⁹ al justificar prácticas que instrumentalizan a los individuos, lo que pone en crisis al actual derecho penal si se admite la premisa de tratar no con personas, sino con enemigos.

La consecuencia de tal afirmación presupone que quien abandona tal modelo de Estado es tratado ya no como persona, sino como *enemigo*,⁹⁰ por ser fuente de peligrosidad. Por esta razón, el sistema reacciona en función del derecho a la seguridad que reclama, exige y legitima el mismo colectivo social, para contrarrestar a quien transgreda la norma y transgreda sin control. Apareciendo el arquetipo del *enemigo* no persona o *unpersonen* –se incluye en este grupo a los terroristas, narcotraficantes, a los delincuentes organizados que cometen crímenes graves, etc.–, etiquetados así, entre otras cosas, por ir en contravía de los bienes jurídicos que han sido tutelados. Lógica que se mantiene en la praxis política para justificar, como dice Kai Ambos: “cualquier forma de medidas represivas desde sanciones económicas hasta la guerra interna o externa, para mantener políticas aplicadas entorno a la seguridad nacional, en protección de la soberanía de los Estados”.⁹¹

Como se ha observado, Jakobs con su doctrina ha puesto en evidencia la técnica legislativa y la política criminal presente en algunos ordenamientos –como el alemán– al adelantar las barreras de protección, reduciendo o limitando el ámbito privado del sujeto por enemistad frente al bien jurídico y frente a las normas que apuntalan la constitución de la sociedad –denominada por Jakobs como *normas de flanqueo*–,⁹² que posibilitan la criminalización de la acción desde los más tempranos signos de peligro para el bien jurídico. En este sentido, “se optimiza la protección del bien jurídico y se reduce el ámbito de libertad del sujeto, adelan-

⁸⁹ Bernardo Feijoo Sánchez, “El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”, en Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Madrid, Edisofer, 2006, p. 801.

⁹⁰ Advierte Jakobs que el término *enemigo*, no en “todo caso pretende ser peyorativo” y no en todo caso es atribuible a quién lo aplica, sino que también puede ser provocado por su destinatario, con lo cual, en principio, estaría tomando partido por la aceptación de esta clase de derecho penal. Véase Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 1.

⁹¹ Kai Ambos, “Derecho penal del enemigo”, en Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Madrid, Edisofer, 2006, p. 127.

⁹² Miguel Polaino-Orts, *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Barcelona, Bosch, junio de 2009, p. 49.

tando la barrera de protección a un estado anterior, con el fin de neutralizar el peligro sin esperar a que el bien jurídico principal sea efectivamente lesionado”.⁹³ Desde este punto de vista el derecho penal del enemigo se caracteriza por varios elementos, a saber:

En primer lugar se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de vista del hecho futuro), en lugar de –como es lo habitual– retrospectivo). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas, especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.⁹⁴ Y por último, se da un paso de la legislación de derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia, y, en concreto, la delincuencia económica.⁹⁵

No puede ciertamente sostenerse que “la anticipación de la punibilidad, realizada a través de los delitos de peligro, se justifique con la necesidad de desmotivar el proseguimiento de la hipotética conducta ilícita ya emprendida y proyectada hacia ulteriores y más graves desarrollo ofensivo”.⁹⁶ Con este “lenguaje –adelantada la punibilidad, combatiendo con penas más elevadas, limitando las garantías procesales–, el Estado no habla con sus ciudadanos sino que amenaza a sus enemigos, en una reacción de combate del ordenamiento jurídico ante un problema de seguridad contra individuos especialmente peligrosos”.⁹⁷

De manera que se prevén supuestos peligros eventuales y se reacciona como si fuesen hechos actuales, y se combate al futuro agresor, esto desde la óptica de un derecho penal de autor, pues se persigue a la persona que hay en el delincuente por actos que aún no se han cometidos, precisamente para contrarrestar futuros riesgos en busca de seguridad colectiva. Por consiguiente, se oprime a quién sea merecedor de aparente peligrosidad social y quebrante la estructura normativa de la sociedad, por su defraudación al orden vigente. Desde este punto de vista, acorde con la teoría de los sistemas de Nikla Luhmann,⁹⁸ la norma sirve como

⁹³ *Ibidem*, p. 49.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 112.

⁹⁵ Günther Jakobs, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid, Civitas, 2004, p. 44.

⁹⁶ Fausto Giunta, “¿Qué justificación para la pena? Las modernas instancias de la política criminal entre crisis de los paradigmas preventivos y desencantos científicos”, en Luis Arroyo Zapatero *et al.*, (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, *op. cit.*, p. 179.

⁹⁷ Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, *op. cit.*, p.120.

⁹⁸ Nikla Luhmann, citado en Luis Felipe Henao Cardona, “¿El derecho penal puede y debe transformar radicalmente sus contenidos de protección?”, en *Revista de Estudios Socio-jurídicos*, julio-diciembre de

base para afianzar y guiar al individuo en el cumplimiento del derecho, en tanto sean: “expectativas de conductas estabilizadas contrafácticamente” –término acuñado también por Jakobs–, de acuerdo con esto:

La norma tiene como función disminuir el nivel de complejidad, asegurando al individuo una orientación positiva del futuro, que privilegie sus expectativas. Las expectativas normativas descansan en la seguridad y el mantenimiento del sistema, por ello el propio sistema ha de incluir la forma de superación de las frustraciones con el propósito de que el asociado pueda superar la conducta discrepante sin cuestionar la norma; la forma más contundente de asegurar dicha expectativa es la sanción.⁹⁹

Jakobs importa del pensamiento de Luhmann la concepción de las expectativas como elementos estructurales del sistema, en la medida que: “todo orden social se basaría en la existencia de ciertas expectativas de comportamientos más o menos estables. La confianza en dichas expectativas, garantizada por las sanciones, es un mecanismo de reducción de la complejidad social”.¹⁰⁰ Dicha garantía jurídica se concreta en lo que se ha venido denominando *expectativas normativas*,¹⁰¹ como expectativa garantizada por el ordenamiento jurídico que hace que se pueda operar en la vida social sin tener que contar permanentemente comportamientos irrespetuosos con las normas.¹⁰²

Así pues, como reacción a la expectativa cognitiva frecuentemente defraudada,¹⁰³ la normativa reacciona con una sanción, pues la vigencia de la norma es confirmada por la pena. Ello tiene como consecuencia que “no se aprende de la defraudación hacia el futuro, sino que se mantiene la expectativa contrafácticamente, es decir, con independencia de que la expectativa sea o no cumplida en la realidad, ya que, la validez de la expectativa es ajena a su cumplimiento o incumplimiento”.¹⁰⁴

En relación con lo anterior, el que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va comportar como persona. Si no

2004, p. 504, disponible en <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=73360216>>, página consultada el 11 de abril de 2013. En este mismo sentido, véase también a Günther Jakobs, *Manual de derecho penal. Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 10.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 504.

¹⁰⁰ Günther Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Navarra, Civitas, 2006, p. 22.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² *Idem*.

¹⁰³ Günther Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas, 2003, p. 49.

¹⁰⁴ Günther Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad*, *op. cit.*, p. 23.

existe esa garantía o incluso si es negada expresamente, el derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros, a ser una reacción contra un enemigo.¹⁰⁵ De esta forma, Jakobs hace algunas precisiones en cuanto a la categoría de *persona*, pues sostiene de manera diferenciada que:

1) Ser persona en derecho es algo sinalagmático, el otro ha de “participar”, a menos que se dé la poco frecuente situación de que se lo tenga controlado como prisionero. Por lo tanto, la situación debe estar configurada como más o menos carente de riesgos. 2) Postular un derecho y tener realmente un derecho no es lo mismo, y sólo este último, el derecho que realmente se tenga, ofrece orientación en el respectivo presente.¹⁰⁶

Por lo anterior, es de obligatoria observancia la reacción desde el derecho penal dar respuesta a través de la pena. “Aunque aquella no asegura bienes jurídicos, y mucho menos aún los repara, sino que asegura la vigencia de la norma”.¹⁰⁷ En tal sentido: “la pena no debe ser entendida en el plano natural como un mal que sucede a otro mal, sino comunicativamente como restablecimiento de la validez de la norma [...] Pues sólo sobre la base de una comprensión comunicativa del delito, entendido como afirmación que contradice la norma y de la pena entendida como respuesta que confirma la norma, puede hallarse una relación ineludible entre ambas y, en ese sentido, una relación racional”.¹⁰⁸ Situación que es analizada sólo en cuanto a sujetos catalogados como personas, pues según Jakobs –postura un poco contradictoria–, “el autor de un crimen sigue siendo una persona, y por eso la pena no sólo debe aparecer socialmente inevitable, sino también mostrarse frente a él, el criminal, como legítima”.¹⁰⁹ En todo caso, esto no ha de implicar *per se* que *todo* esté permitido, incluyendo una acción desmedida; antes bien es posible que al enemigo se le reconozca una personalidad *potencial*, de tal modo que en la lucha contra él no se pueda sobrepasar la medida de lo necesario.¹¹⁰

Desde la anterior postura, “el delito no se toma como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo, sino como comunicación defectuosa, siendo imputado éste defecto al autor como culpa suya. Dicho de otro modo. La sociedad mantiene las

¹⁰⁵ Günther Jakobs, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, op. cit., p. 43.

¹⁰⁶ Günther Jakobs, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad”, en *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, op. cit., pp. 96 y 97.

¹⁰⁷ Günther Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, op. cit., p. 59.

¹⁰⁸ Günther Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad*, op. cit., p. 25.

¹⁰⁹ Günther Jakobs, *El derecho penal como disciplina científica*, trad. de Alex Van Weezel, Navarra, Civitas, 2008, p. 34.

¹¹⁰ Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 43.

normas y se niega a entenderse a sí misma de otro modo”.¹¹¹ Por eso, a lo largo de la historia se han construido principios de argumentación jurídica, o motivos que son suficientes para desviar el ánimo despótico de quien quiere delinquir y transgredir las leyes de la sociedad, apareciendo así el derecho a castigar,¹¹² precisamente, a quien transgreda la ley penal; pues ante la inobservancia del derecho sigue siendo una opción legítima.

Fueron estas circunstancias las que obligaron a los hombres a ceder parte de su propia libertad. Pero cuando se cae en el exceso se puede perder la credibilidad en el fundamento de la pena, pues como dice Beccaria: “todo lo demás es abuso, no justicia; es hecho, no derecho”.¹¹³ La grandeza de la pena no debe estar en el monto a imponer sino en su efecto de persuasión, de manera que *a priori* evite futuras consecuencias. Aunque la sencilla afirmación de la ilustración “en el sentido de que la pena debe intimidar no es sostenible desde la crítica de Kant, la idea de este último de una pena merecida pero carente de fines tampoco resulta satisfactorio en la actualidad”.¹¹⁴

Ciertamente, el derecho penal del enemigo explicado por Jakobs como “un concepto que en principio era descriptivo y crítico-denunciatorio, ha pasado a un *concepto afirmativo-legitimador* del derecho penal del enemigo”,¹¹⁵ y no es que con ello “se mate al mensajero que trae una mala noticia por lo indecoroso de su mensaje”,¹¹⁶ pues aunque el autor alerta sobre prácticas que vienen ocurriendo continuamente, termina por justificar dicha práctica.

De modo que, “se confunde en dónde comienza y termina su crítica, o hasta dónde rechaza o apoya dicha teoría, pues con la exageración de la peligrosidad del ‘enemigo’ y del peligro que se amenaza con él, se incrementa la despersonalización jurídica”.¹¹⁷ Así, se legitima y justifica un trato diferente dado por el derecho en pro de una guerra preventiva para quien se ha comportado con obediencia al derecho, frente a quien no le ha rendido tal acatamiento. Por lo tanto, se trata pues

¹¹¹ Günther Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, op. cit., p. 18.

¹¹² Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, 3ª ed., Bogotá, Temis, 2006, p. 11.

¹¹³ *Idem*.

¹¹⁴ Günther Jakobs, *El derecho penal como disciplina científica*, op. cit., p. 35.

¹¹⁵ Kai Ambos, *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, op. cit., p. 141 y 142.

¹¹⁶ Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, p. 15.

¹¹⁷ Kai Ambos, *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, op. cit., p. 142.

de ser conscientes y estar atentos frente a la peligrosidad de una concepción que, por su mismo autor, de un mero instrumento de análisis crítico del Estado del derecho penal fue radicalizada y convertida a una concepción que no se limita más a la mera descripción sino que, más bien, postula y exige la exclusión y la marginalización de los enemigos del sistema (dominante), con lo cual puede perfectamente servir como base teórica o fundamentación de un régimen (penal) de corte autoritario.¹¹⁸

Tal cuestión, sin lugar a dudas, en la praxis en vez de “allanar el camino a esta discusión, lo que logra el concepto es provocar un intercambio emocional de golpes, en el cual se utilizan argumentos personales en lugar de los materiales y la razón se queda en la estacada”,¹¹⁹ ya que es un hecho notorio que se desarrolla un debate donde el diálogo se centra en tratar con seres humanos cosificándolos como anormales o subnormales con el estigma de la criminalidad, y se les “niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal, esto es, de las garantías que hoy establece –universal y regionalmente– el derecho internacional de los derechos humanos”.¹²⁰ Por ello, contra los que vulneran los derechos humanos –quienes por sí mismos ciertamente no ofrecen seguridad suficiente de que se comportarán como personas en el sentido del derecho–,

está permitido todo aquello que está permitido en el estado de naturaleza para conseguir que una constitución civil adquiera carácter real; esta autorización amplia es utilizada en la praxis, empezando por hacer la guerra, y no enviando tan solo a un policía para ejecutar una orden de detención. Una vez que se tiene al autor se cambia el Código Penal y el Código Procesal Penal como si se tratara de un hecho cometido por celos o de otros conflictos civiles parciales similares.¹²¹

En tal sentido, se declara al autor *persona* en derecho “para poder establecer la ficción de una vigencia universal de los derechos humanos como algo ya real, presente de acuerdo con su idea, y se elude el problema de cómo el orden aún por establecer podría legitimarse como orden universal [...]. Este discurso, desde luego, no se dirige contra la intención de establecer derechos humanos de vigencia universal”.¹²² Pero, cuando se trate de castigar a quienes vulneren estos derechos

¹¹⁸ Kai Ambos, *El derecho penal frente a amenazas extremas*, Madrid, Dykinson (Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, núm. 34), 2007, p. 82.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 120.

¹²⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal. Estudios de criminología y política criminal 6*, *op. cit.*, p. 11.

¹²¹ Günther Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad*, *op. cit.*, p. 182.

¹²² *Idem*.

en el establecimiento de una Constitución mundial, no sería contra personas culpables, sino contra enemigos peligrosos.¹²³

Sin embargo, a diferencia de lo que Jakobs describe en una forma de anomalía que invade al derecho penal de la época respecto al arquetipo del enemigo, el autor de un hecho delictivo sigue siendo eso, no es el enemigo al que hay que destruir o aniquilar, sino una persona que mediante su conducta ha quebrantado la norma penal y, por ello, sin distinción de enemigo o ciudadano responde por el hecho cometido. El juicio de reproche debe hacerse necesariamente conforme al principio del acto, pues se sanciona por la conducta cometida y no por la persona del delincuente. Por último, es por la conducta desplegada que se llamaría a responder jurídico-penalmente al responsable del hecho, pero sólo atendiendo a las garantías procesales propias de un Estado social de derecho.

Sin embargo, ciertamente, si se aceptan estas categorías de diferenciación, en estas dos clases de derecho penal de las que habla Jakobs –un derecho penal y procesal para ciudadanos y un “derecho” penal para los enemigos–, ésta visión cosifica al ser humano y significa la pérdida de derechos de quienes también tienen derecho. Con lo cual se estaría avanzando en una época de debilitamiento del derecho penal y no sólo en el caso alemán, pues la crítica se puede ver reflejada en otros contextos europeos y latinoamericanos, donde métodos correctivos, como los de la ley del talión, parecieran persistir en el modelo de sociedad actual, donde se está legitimando el dar de “baja” en algunos contextos fuera de combate o en guerra, apareciendo una dogmática pena autoritaria donde, en términos kantianos,¹²⁴ hay que separarse de quién no admite ser incluido bajo una constitución civil, y en donde a los que son sometidos no se les debe aplicar el derecho que opera en los sistemas jurídicos-políticos sino el *derecho penal del enemigo*. En este sentido, el derecho penal del enemigo se legitima como el derecho penal del ciudadano en la medida en que “el Estado se encuentra legitimado para reaccionar inclusive de forma más drástica al modo habitual, es decir, dando muerte a quien se comporte como enemigo”.¹²⁵

Así planteado, el concepto del derecho penal del enemigo adquiere una nueva dimensión, “se trataría no de una nueva forma de derecho penal, sino de la utilización del derecho penal como instrumento para combatir a determinados ene-

¹²³ Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, p. 40.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 16.

¹²⁵ Salvador Grosso García, “¿Qué es y qué puede ser el derecho penal del enemigo? Una aproximación crítica al concepto”, en Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2, *op. cit.*, 2006, p. 8.

migos, como una especie de instrumento de guerra de alcance medio frente a determinadas formas de agresión, contra un orden jurídico de cosas que tiene como finalidad neutralizar los peligros que la presencia del *enemigo* comporta para la sociedad”,¹²⁶ como una forma de contraataque que opera visiblemente y en ocasiones sin control, porque en el poder estatal está la base de dicha estrategia que puede catalogarse tanto en el ámbito militar como político.

De esta forma,

la realización de todos los principios garantizadores del derecho penal es, en definitiva, una ilusión, porque la operatividad del sistema penal los viola a todos. Basta pensar en la enorme selectividad del sistema penal que echa por tierra la legalidad y el derecho penal de acto, puesto que es notorio que selecciona en razón de la persona. A partir de esta selectividad queda deslegitimada cualquier pretensión de reproche.¹²⁷

Aunque algunos autores manifiestan que la obra de Jakobs ha sido mal interpretada, hasta el punto de que afirman que dicho término ha llegado a ser *prostituido*¹²⁸ conscientemente, atribuyéndole a dicha noción un contenido que no consta, o –mejor dicho– que consta fehacientemente que ese autor no predica dentro de la terminología funcionalista y que emplea el término *enemigo* y se le identifica como perteneciente a un estatus de no persona, cosa que sería errónea según Miguel Polaino-Orts, porque en su opinión:

No se quiere decir con ello que ese sujeto haya de ser tratado con absoluta ausencia de garantías, con *violación de su dignidad personal* y ni como un *criminal de guerra*, y mucho menos de que se prescinda del principio del acto, pues una cosa es que en ciertas *circunstancias personales del sujeto* (esto es: circunstancias de autor), pues aparentemente lo que se hace es, adecuar a aquel a las concretas circunstancias de peligrosidad real (objetiva) que constan en el sujeto, a efectos de arribar el trato más justo posible.¹²⁹

En mi opinión, aunque Jakobs describe ante el veloz cambio del mundo en la era de la globalización punitiva una realidad, peca al subsumirse en la propia teoría que predica, al plantear de entrada una teoría que discrimina al ser humano con categorías que alertan y validan un trato diferenciado, cuyo efecto se ve no solo

¹²⁶ *Idem.*

¹²⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, “La crítica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica”, en Gustavo Eduardo Abozo (coord.), *En torno a la cuestión penal*, Buenos Aires, B de F (Maestros del derecho penal núm. 18), 2005, p. 111.

¹²⁸ Miguel Polaino-Orts, *op. cit.*, pp. 173 y ss.

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 179 y ss.

en la persecución y castigo, sino en el tratamiento adelantado por la previsión futura o sospecha de afectación a bienes jurídicos.

Todo ello en su conjunto, entra en choque con principios constitucionales y debilita el derecho penal pasando a ser contraproducente, pues aunque debe activarse como *ultima ratio*, –incluso proporcionar protección jurídica y garantizar las libertades justamente también para quien viola el derecho–,¹³⁰ y en la misma medida percibir, “al hombre real, ‘de carne y hueso’ como un sujeto de imputación. Y disponer de fundamentos jurídico-estatales y jurídico-constitucionales; sobre todo la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad”,¹³¹ al contrario, hoy es usado como medida de combate primario como excusa de mantener la vigencia de la norma y la seguridad de los derechos.

Esto es muestra que se concentra en los tipos y amenazas punibles, idea que “se ha expandido y concretado básicamente hacia el temor generalizado a ser víctimas de delitos, sobre todo los violentos, es tal vez porque ellos hacen más fácilmente identificable la imagen del enemigo y más personalizada la posible atribución de culpabilidades y sanciones”.¹³² Por último, se ha configurado un derecho penal no adecuado al ser humano que se concentra endureciendo todo lo que hoy pueda ser campo de riesgo, pasando por encima de la dignidad humana de la persona, la cual debe ser el punto fijo y al mismo tiempo de partida de todo sistema de derecho penal.¹³³

Sin duda, no hay comparación alguna entre el derecho penal del pasado con el derecho penal actual, aunque para algunos pareciera existir cierta regresión en la crueldad de los procedimientos y castigos que en algún momento no encontraban límite en el poder arbitrario del Estado en el ejercicio de *ius puniendi*. Esta es una de las críticas suscitadas actualmente cuando se populariza la tesis del derecho penal del enemigo de Günther Jakobs. Tendencia que lleva a ratificar que en nuestros días se ha convertido en un auténtico lugar común la alusión a que el derecho penal está en crisis.¹³⁴

¹³⁰ Winfried Hassemer, *Crítica al derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*, trad. de Patricia Ziffer Patricia, 2ª ed., Buenos Aires, Ad-hoc, 2003, p. 59.

¹³¹ Kai Ambos, *El derecho penal frente a amenazas extremas*, op. cit., p. 125.

¹³² Lola Aniyar de Castro, op. cit., p. 95.

¹³³ *Ibidem*, p. 125.

¹³⁴ Jesús María Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1992, p. 13.

Ante la enunciada crisis y en una visión jurídica pluralista, democrática y antidogmática, Antonio C. Wolkmer¹³⁵ considera que el objetivo principal del pensamiento jurídico crítico con las anomalías evidenciadas debe ser “desacralizar y romper con la dogmática lógico-formal imperante en una época establecida propiciando las condiciones y presupuestos necesarias para que se dé un proceso estratégico/pedagógico de esclarecimiento, autoconciencia, emancipación y transformación de la realidad social”. En esa medida, desde una postura crítica exigible al sistema actual, es necesario que “se le garantice al ciudadano, (o dicho de otra forma, a todas las personas, sin distinción de ciudadanos y enemigos) por una parte, su libertad y otros bienes jurídicos frente a la *potestas puniendi* estatal y a los eventuales excesos o extralimitaciones que deben evitarse de la mano de los derechos humanos, pero, por otra parte, ha de garantizar la efectiva concreción y aplicación de su potestad punitiva para proteger los derechos humanos frente a los posibles ataques a éstos”.¹³⁶

Es innegable que la lucha por los derechos humanos ha traído consigo la preocupación por humanizar al derecho penal, no obstante se verifican indiscutibles desafíos con la debida salvaguarda de tales derechos, pues aún la conexión existente entre los derechos humanos y el derecho penal el panorama es altamente alarmante. Lo cual puede decirse que “obedece a un factor de legitimación, pues se cuestiona la legitimación del recurso por parte del Estado a la maquina penal, su instrumento más poderoso, [...] en la que lo cuestionado es el propio modelo a adoptar y su auténtica utilidad social”.¹³⁷

Por ende, hoy es necesario acudir a la historia de las luchas sociales, que son realmente el primer paso en la concreción de derechos humanos. Precisamente la reivindicación de los derechos en ausencia de un reconocimiento jurídico ha servido para poner un dique al poder arbitrario y despótico, o para cuestionar una legalidad basado en los privilegios y en la fuerza.¹³⁸ La discusión puesta en evidencia también es necesaria en el plano internacional, el cual no se escapa desde la tesis propuesta de la contaminación del ya enunciado derecho penal del enemigo. Toda vez que sin duda, “el mayor déficit jurídico del poder punitivo internacional reside en la poca atención que presta a los pilares básicos que la cultura penal moderna ha construido para tolerar y consentir que un instrumento tan violento

¹³⁵ Antonio C. Wolkmer, *op. cit.*, p. 21.

¹³⁶ Alejandro J. Rodríguez Morales, *Constitución y derecho penal. Un análisis de las disposiciones constitucionales con incidencia en el ámbito jurídico-penal*, Caracas, Ediciones Liber, 2001, p. 20.

¹³⁷ Jesús María Silva Sánchez, *op. cit.*, p. 14.

¹³⁸ Ángelo Papacchini, *Filosofía y derechos humanos*, Cali, Universidad del Valle (Colección Artes y Humanidades), 2003, p. 50.

y brutalizante como el derecho punitivo pueda contarse todavía entre las medidas sociales a tomar en una organización política civilizada, sin que por ello deje de ser civilizada”.¹³⁹ De esta forma se viene creando un consenso sobre el futuro del derecho penal que le apunta a la pregunta sobre si es posible que sea suprimido, así por ejemplo Gustav Radbruch –uno de los más grandes penalistas alemanes de la primera mitad de siglo– pensaba que la evolución del derecho penal “superaría un día al derecho penal” y conduciría a un derecho, preventivo y corrector “que sería mejor, también más inteligente y más humano, que el derecho penal”.¹⁴⁰

VII. Conclusiones

Lo descrito a lo largo de este estudio ratifica la difícil y obligada conexión entre los derechos humanos y el derecho penal, pues ambos, en una tarea compleja en el ejercicio de regular el comportamiento humano en sociedad para hacer efectivos una serie de derechos que día a día se exigen para un mínimo de bienestar, están interconectados precisamente para pretender garantizar de una u otra manera la protección de la persona humana.

No obstante, subyace una falacia en el espíritu filantrópico en la ejecución de garantías constitucionales, pues hablar de derechos humanos y derecho penal ciertamente genera tensiones que pueden llegar a ser irreconciliables. Sobre todo cuando se observa que las reformas penales actuales le apuestan a garantizar la seguridad como “criterio infalible que permite trazar la línea divisoria entre el amigo y el enemigo, el bien y el mal, la virtud y el pecado”.¹⁴¹

Ante este malestar que se visibilizó, la teoría crítica promulgada por Herrera Flores enseña que los derechos humanos deben servirnos para aumentar nuestra *potencia* y nuestra *capacidad* de actuar en el mundo, justamente para levantar las voz de protesta frente a realidades incoherentes en la búsqueda de un lugar más justo e igualitario, pues en la lucha por la dignidad está la clave del futuro.

Lo evidenciado denota un retroceso preocupante en el respeto a los derechos humanos, aún la constante inclusión del resultado histórico derivado de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, producto de un proceso reivindicatorio

¹³⁹ Daniel Pastor R., *El poder penal internacional. una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 179.

¹⁴⁰ Claus Roxin, *Fundamentos jurídicos criminales del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, abril de 2008, p. 338.

¹⁴¹ Armand Mattelar, *Un mundo vigilado*, Barcelona, Paidós (Estado y sociedad, núm. 161), 2009, p. 68.

de las luchas sociales. El mínimo vital, o dicho de otra forma, los estándares mínimos de bienestar hoy no se satisfacen y diversas problemáticas se asocian a las condiciones de pobreza y exclusión social de muchos colectivos, entre ellas, la aquí estudiada, bajo la rúbrica del derecho penal del enemigo.

En fin, con todo lo expresado se puede llegar a varias reflexiones. Por una parte, mirar el acervo heredado revive discusiones muy graves y complejas en torno a la cuestión penal. A la par, la idea de mirar los derechos con múltiples matices y componentes desde lo histórico, cultural, institucional, etc., no es más que la necesidad de reivindicar y provocar la lucha respecto de los derechos humanos y no olvidar su centro mismo, la dignidad, cuestión necesaria también en materia penal. Por ello, la postura pedagógica del diamante ético devela como –diría el maestro Joaquín Herrera– la historia de los grupos marginados y oprimidos por esos procesos de división del hacer humano. Tal estrategia incita a una valoración multidisciplinar de los derechos humanos, pues la responsabilidad no emana sólo del ente estatal, sino de las organizaciones e instituciones que cada día incorporan y reviven los resultados de las luchas ganadas desde décadas pasadas, pero que a veces quedan en el olvido cuando se justifican teorías como la del derecho penal del enemigo. Dicha postura marca la *miopía* constante en la que se desarrollan las reformas actuales que tienen en el centro mismo del derecho penal no al ser humano, sino el combate de peligros, para asegurar el buen vivir y el estándar mínimo de quienes ejercen el control hegemónico y necesitan estar a salvo, de los “otros”, esto es, los *enemigos* del sistema.

Tal postura puede combatirse si tomamos los derechos humanos y los usamos de manera contra/hegemónica, lo cual se puede resolver siempre y cuando se acuda a una herramienta fundamental, *la lucha por la dignidad* con una actitud crítica y emancipadora de las realidades que se nos muestran como dogmas incuestionables, y soportar que lo imposible pueda ser posible en el cumplimiento de deseos y aspiraciones insatisfechas, cuestionando las posiciones opresoras, fortaleciendo en todo caso el papel de los movimientos sociales para que el derecho –y no sólo el penal– deje de ser usado como un elemento que, en lugar de garantizar el mínimo vital posible, se convierta en un elemento que instrumentaliza, restringe y oprime a los marginados.

VIII. Bibliografía

- Adorno, Theodor W., y Max Horkheimer, *Dialéctica de la ilustración*, trad. de Joaquín Chamorro Mielke, Madrid, Akal, 2007.
- Aguilera Portales, Rafael E., “Universalidad de los derechos humanos y crítica de las teorías de la naturaleza humana en el pragmatismo de Richard Rorty”, en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 5, enero de 2007.
- Ambos, Kai, “Derecho penal del enemigo”, en Cancio Meliá, Manuel, y Carlos Gómez-Jara Díez (coords), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Madrid, Edisofer (Libros jurídicos), 2006.
- _____, *El derecho penal frente a amenazas extremas*, Madrid, Dykinson (Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, núm. 34), 2007.
- Aniyar de Castro, Lola, *Criminología de los derechos humanos. Criminología axiológica como política criminal*, Buenos Aires, Del Puerto, 2010.
- Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, 3ª ed., Bogotá, Temis, 2006.
- Crespo, Eduardo Demetrio, “Sobre la ilegitimidad del llamado ‘derecho penal del enemigo’ y la idea de seguridad”, en Cancio Meliá, Manuel, y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Madrid, Edisofer (Libros jurídicos), 2006.
- De la Barrera Solórzano, Luis, *Justicia penal y derechos humanos*, México, Porrúa, 1997.
- De Sousa Santos, Boaventura, *Renovar la crítica y reinventar la emancipación social*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (Clacso), 2005.
- Díez Ripolles, José Luis, *La política criminal en la encrucijada*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2007.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1997.
- Feijoo Sánchez, Bernardo, “El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”, en Cancio Meliá, Manuel, y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Madrid, Edisofer (Libros jurídicos), 2006.
- Foucault, Michel, “Crítica y Aufklärung, [¿Qu’est-ce que la critique?]”, trad. de Jorge Dávila, en *Revista de Filosofía-ULA*, núm. 8, 1995, pp. 1 y 2, disponible en <<http://es.scribd.com/doc/59548986/Foucault-Que-Es-La-Critica>>, página consultada el 13 de junio de 2013.
- _____, *Los anormales*, trad. de H. Pons, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- Gallardo, Helio, *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*, Murcia, David Sánchez Rubio, 2008.

- _____, “Teoría crítica y derechos humanos: Una lectura latinoamericana”, en *Revista derechos humanos y estudios sociales*, núm. 4, julio-diciembre de 2010.
- García Inda, Andrés, “Los derechos de Robinson: algunas reflexiones en torno a derechos y responsabilidades”, en García Inda, Andrés, y Carmen Marcuello Servós (coords.), *Conceptos para pensar el siglo XXI*, Madrid, Los libros de La Catarata, 2008.
- García Ramírez, Sergio, “Los derechos humanos y el derecho penal”, en *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM (Serie G, Estudios doctrinales núm. 5), 1980, p. 157, disponible en <<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/848/9.pdf>>, página consultada en noviembre de 2012.
- Giunta, Fausto, “¿Qué justificación para la pena? Las modernas instancias de la política criminal entre crisis de los paradigmas preventivos y desencantos científicos”, en Arroyo Zapatero, Luis, et al. (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha (Colección Estudios), 2003.
- Gracia Martín, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Tiran lo Blanch, 2003.
- _____, “¿Qué es modernización del derecho penal?”, en Ripolles Díez, Luis, et al. (eds.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Madrid, Tecnos, 2002.
- Grosso García, Salvador, “¿Qué es y qué puede ser el derecho penal del enemigo? Una aproximación crítica al concepto”, en Cancio Meliá, Manuel, y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Madrid, Edisofer (Libros jurídicos), 2006.
- Hassemer, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*, trad. de Patricia Ziffer Patricia, 2ª ed., Buenos Aires, Ad-hoc, 2003.
- Henaó Cardona, Luis Felipe, “¿El derecho penal puede y debe transformar radicalmente sus contenidos de protección?”, en *Revista de Estudios Socio-jurídicos*, julio-diciembre de 2004, p. 504, disponible en <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=73360216>>, página consultada el 11 de abril de 2013.
- Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Libros de La Catarata, 2005.
- _____, *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*, Sevilla, Aconcagua Libros, 2005.
- _____, *La reinención de los derechos humanos*, Andalucía, Atrapasueños (Colección Ensayando), 2005.
- _____, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”, en Herrera Flores, Joaquín (ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Bilbao, Desclée de Brouwe, 2000.

- _____, *O nome do Riso. Breve tratado sobre arte e dignidade*, trad. de Nilo Kaway Junior, Porto Alegre, Movimento, 2007.
- _____, “Derechos humanos, interculturalidad y racionalidad de resistencia”, en *Dikaioosyne. Revista de filosofía práctica*, núm. 12, Mérida-Venezuela, Universidad de Los Andes, 2004.
- _____, “H. Arendt y T. W. Adorno. Pensar frente a la barbarie”, en *Arbor Ciencia, Pensamiento y Cultura*, CLXXXVI 742, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, marzo-abril de 2010.
- Herzog, Feliz, “Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. Perspectivas más allá del derecho penal”, en Arroyo Zapatero, Luis, *et al.* (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha (Colección Estudios), 2003.
- Horkheimer, Max, *Crítica de la razón instrumental*, 2ª ed., trad. de H. A. Murena y D. J. Vogelmann, Buenos Aires, Sur, abril de 1973.
- Jakobs, Günther, y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006.
- Jakobs, Günther, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid, Civitas, 2004.
- _____, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad”, en Cancio Meliá, Manuel, y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Madrid, Edisofer (Libros jurídicos), 2006.
- _____, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas, 2003.
- _____, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas, 1996.
- _____, *Manual de derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras, y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- _____, *La pena estatal: significado y finalidad*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Navarra, Civitas, 2006.
- _____, *El derecho penal como disciplina científica*, trad. de Alex Van Weezel, Navarra, Civitas, 2008.
- Leal Medina, Julio, *Un estudio de las actuales medidas de seguridad y los interrogantes que plantean en la moderna dogmática del derecho penal*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2008.
- Maiso, Jordi, “Actualidad de la Teoría Crítica”, en *Revista de teoría crítica*, núm. 1, noviembre de 2009, p. 177, disponible en <http://www.constelaciones-rtc.net/01/01_16.pdf>, página consultada el 13 de octubre de 2012.

- Marcuse, Herbert, *Reason and revolution*, Boston, Beacon Press, 1960.
- Mate Rúperez, Manuel Reyes, *Hannah Arendt y los derechos humanos*, Arbor (Ciencia, Pensamiento y Cultura CLXXXVI 742), marzo-abril de 2010.
- Mattelar, Armand, *Un mundo vigilado*, Barcelona, Paidós (Estado y sociedad núm. 161), 2009.
- Papacchini, Ángelo, *Filosofía y derechos humanos*, Cali, Universidad del Valle (Colección Artes y Humanidades), 2003.
- Parma, Carlos, “El cadáver insepulto de Lombroso”, en Parma, Carlos, y David Mangiafico, *Derribando muros. Ensayo sobre la pena y su ejecución*, Argentina, Editorial de la Universidad del Aconcagua, 2009.
- Pastor R. Daniel, *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona, Atelier, 2006.
- Peleato García, Meritxell, “La actualidad ética del pensamiento de T. W. Adorno”, en *Astrolabio. Revista electrónica de filosofía*, núm. 1, 2005, disponible en <http://www.ub.edu/astrolabio/Recensiones1/Recensi%F3n_Adorno.pdf>, página consultada el 13 de junio de 2013.
- Polaino-Orts, Miguel, *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Barcelona, Bosch, junio de 2009.
- Pontrilla Contreras, Guillermo, *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Valencia, Tiran lo Blanch, 2007, p. 32.
- Prittwitz, Cornelius, “Sociedad del riesgo y derecho penal”, en Arroyo Zapatero, Luis, et al. (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha (Colección Estudios), 2003.
- Rancière, Jacques, “Sobre la importancia de la teoría crítica para los movimientos sociales actuales”, en *Estudios Visuales*, núm. 7. Retóricas de La Resistencia, 2009, p. 89, disponible en <http://www.estudiosvisuales.net/revista/pdf/num7/05_ranciere.pdf>, página consultada el 13 de junio de 2013.
- Rodríguez Morales, Alejandro J., *Constitución y derecho penal. Un análisis de las disposiciones constitucionales con incidencia en el ámbito jurídico-penal*, Caracas, Ediciones Líber, 2001.
- Rorty, Richard, “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo”, en *Batallas éticas*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1995.
- Roxin, Claus, *Fundamentos jurídicos criminales del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, abril de 2008.
- Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1992.
- Touraine, Alain, *La sociología de la acción*, Barcelona, Ariel, 1969.
- _____, *Producción de la sociedad*, México, UNAM, 1995.
- _____, *Crítica a la modernidad*, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 1994.

- Vega Carballo, José Luis, “Hegel y la teoría crítica de Herbert Marcuse”, en *Revista de filosofía de la Universidad de Costa Rica*, vol. VIII, núm. 26, Costa Rica, Facultad Central de Ciencias y Letras, 1970.
- Wolkmer, Antonio C., *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, México, ILSA, 2006.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal. Estudios de criminología y política criminal 6*, Madrid, Dykinson, 2006.
- _____, “El derecho penal liberal y sus enemigos”, en Aboso, Gustavo Eduardo (coord.), *En torno de la cuestión penal*, Buenos Aires, B de F (Maestros del derecho penal núm. 18), 2005.
- _____, “La crítica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica”, en Aboso, Gustavo Eduardo (coord.), *En torno a la cuestión penal*, Buenos Aires, B de F (Maestros del derecho penal núm. 18), 2005.
- Zamora, José Antonio, “H. Arendt y T. W. Adorno. Pensar frente a la barbarie”, en *Arbor, Ciencia, Pensamiento y Cultura*, CLXXXVI 742, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, marzo-abril de 2010.
- _____, *T. W. Adorno: Pensar contra la barbarie*, Madrid, Trotta, 2004.

INVESTIGACIÓN

Decisiones judiciales y la lucha contra la desigualdad: el caso de las personas LGBT y la Corte Constitucional de Colombia

Olga Patricia Velázquez Ocampo*
Daniel Gómez-Mazo**

- * Abogada por la Universidad EAFIT y candidata a especialista en derecho público de la misma universidad. Investigadora en temas sobre derechos de las mujeres, género y minorías sexuales. Profesora asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad EAFIT.
- ** Abogado por la Universidad EAFIT. Investigador en derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas (LGBT) y minorías. Ha trabajado con organizaciones de la sociedad civil que defienden los derechos de grupos tradicionalmente excluidos en ejercicios de litigio estratégico y de promoción de los derechos humanos.

Resumen

Este texto forma parte de una investigación acerca de la adopción de niños por personas lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas (LGBT) en Colombia. En él se señala que tras la expedición de la Constitución Política de 1991 se inició un avance progresivo en el reconocimiento de los derechos de la comunidad LGBT, el cual se logró mediante las decisiones judiciales de la Corte Constitucional de dicho país. Este proceso ha tenido tres etapas claramente identificables y ha conllevado a que hoy en Colombia, salvo en aspectos puntuales, la situación legal de las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas sea casi idéntica a la de las heterosexuales.

Palabras clave: LGBT, derechos fundamentales, Colombia, minorías sexuales.

Abstract

This paper is part of a research regarding the adoption of children by lesbian, gay, bisexual and transgender (LGBT) people in Colombia. The text notes how after the creation of the 1991 Constitution there was a sustained process of recognition of rights to LGBT people in Colombia, which was possible as a result of judicial decisions of the Colombian Constitutional Court. This process has had three recognizable stages and it has been such that today, except in certain aspects, the legal situation of sexually diverse people is almost identical to the legal situation of heterosexuals.

Key words: LGBT, fundamental rights, Colombia, sexual minorities.

Sumario

I. Introducción; II. Situación de los derechos humanos de las personas LGBT en Colombia; III. Los derechos de la población LGBT en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia; IV. Protección como individuos; V. Protección como parejas; VI. Protección como familia; VII. A modo de conclusión; VIII. Bibliografía.

I. Introducción

Uno de los principales debates en la teoría constitucional actual surge de la pregunta sobre cuál debe ser el papel de los jueces en las causas de los movimientos sociales que buscan –por medio del discurso jurídico– lograr avances transformadores para las situaciones sociales complejas. Dentro de esta discusión, la efectividad y conveniencia o no del activismo judicial¹ tiene un papel central en el impulso de las reivindicaciones sociales de grupos que tradicionalmente han sido excluidos.

La expresión *activismo judicial* se entiende como la preocupación que tienen los operadores jurídicos por la transformación social o por el impacto social de los fallos que emiten.² Para la Corte Constitucional de Colombia (CCC) el activismo se justifica debido a la falta de operatividad del órgano legislativo, y se da como “un remedio contra la ausencia de la ley”.³ La figura del juez en los últimos años ha

¹ Existen diferentes posturas sobre el activismo judicial que afirman o deniegan los impactos de las decisiones judiciales en el campo social. En torno al debate sobre las repercusiones reales de los fallos hay estudios que desestiman el poder real de las sentencias, y exponen que no es el activismo judicial sino otro tipo de motivaciones las que impulsan los cambios o los evitan. Acerca de las repercusiones de la intervención judicial véanse McCann (1994), Rosenberg (1991); Klarman (2007) y Feeley y Rubin (1998), citados en César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (colección Dejusticia), 2010, disponible en <http://www.rtfn-watch.org/uploads/media/Colombia_-_Cortes_y_cambio_social.pdf>, página consultada el 7 de junio de 2013.

² El derecho y las decisiones judiciales producen cambios sociales que no sólo impactan a los sujetos o grupos que se encuentran involucrados directamente en un proceso, sino que generan cambios de manera indirecta en la sociedad. En este sentido, también se legitima la labor que desarrollan los activistas y litigantes que recurren a los estrados judiciales. Véase César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *op. cit.*, p. 22.

³ “Desde el punto de vista de la interpretación judicial, la percepción de un sistema legislativo inoperante sirve como razón para justificar el activismo, como un remedio contra la ausencia de la ley.” Véase CCC, acción de tutela, Sentencia T-654/04, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, 8 de julio de 2004, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-654-04.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

adquirido una notoriedad innegable, no solo para la comunidad en general, sino para los demás órganos que detentan el poder público.

Como caso paradigmático del activismo judicial se encuentra el fallo *Brown vs. Board of Education*,⁴ emitido por la Corte Suprema de Estados Unidos, el cual es un referente al momento de revisar casos en los cuales el rol del juez y sus fallos contribuyen a la reforma social.⁵

En Colombia, el papel de los jueces adquiere relevancia ante la inactividad del órgano legislativo. La importante cantidad de fallos judiciales de la CCC sobre temas socialmente relevantes no se debe solo al hecho de que ésta sea activista, sino a los bloqueos institucionales⁶ existentes en los poderes Legislativo y Ejecutivo.

Uno de los principales ejemplos de cómo las decisiones judiciales pueden contribuir a combatir las brechas de desigualdad que afectan a grupos marginados⁷ es el caso de la población LGBT. Desde esta premisa se dará cuenta de un producto de investigación que busca responder a la pregunta: ¿cómo las decisiones judiciales de la Corte Constitucional han ayudado a corregir la brecha de desigualdad que pesa sobre las personas LGBT en Colombia?

En primer lugar nos referiremos a la situación de derechos humanos de las personas LGBT en este país, ello con la finalidad de ilustrar por qué es posible considerar que existe una brecha de desigualdad entre quienes tienen orientaciones sexuales e identidades de género no mayoritarias y el grueso de las que conforman la pobla-

⁴ Para profundizar sobre los impactos y percepciones de dicho fallo véase el estudio preliminar de Mauricio García Villegas *et al.*, *Crítica jurídica teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Bogotá, Unian-des, 2005.

⁵ En este sentido, destacan fallos como la Sentencia C-355 de 2006, que despenalizó el aborto en tres cir-cunstancias en Colombia; la Sentencia T-025 de 2004, que declaró un estado de cosas inconstitucional a raíz de los millones de personas desplazadas por la violencia; y la Sentencia T-760 de 2008, que declaró un estado de cosas inconstitucional en el sistema de salud.

⁶ “En esas circunstancias de *bloqueo* institucional —que derivan en profundas deficiencias o, incluso, en la inexistencia de políticas públicas para atender problemas sociales urgentes—, afirmamos que las Cortes son la instancia adecuada para desestancar el funcionamiento del Estado y promover la protección de los derechos.” Véase César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *op. cit.*

⁷ Por *brecha de desigualdad* se entiende la disparidad existente entre dos grupos sociales, uno mayoritario y otro tradicionalmente excluido en términos de acceso y goce efectivo de los bienes sociales. Dentro del discurso jurídico esto puede traducirse a casos en los que un grupo social se encuentra en una situación donde uno o varios de sus derechos se ven restringidos, disminuidos o negados en razón de aspectos jurídicos o fácticos, intencionales o provenientes de una situación estructural. Se aclara que la brecha de desigualdad no se refiere de forma exclusiva a situaciones normativas, por lo que el impedimento material para el goce efectivo de derechos también se encuentra comprendida dentro de este concepto.

ción colombiana. Posteriormente expondremos cómo las decisiones de la CCC han servido para corregir, aunque sea de manera parcial, este problema social.

Para lograr nuestros objetivos, la metodología propuesta incluyó realizar un acopio de los principales datos empíricos que indican la situación que guardan los derechos humanos de las personas LGBT en Colombia. Asimismo, se recabaron datos que habían sido incorporados particularmente en informes de las organizaciones de la sociedad civil y, en menor medida, en documentos producidos por organizaciones internacionales; cabe señalar que la selección de las fuentes se hizo con base en la calidad de la información disponible, y lamentamos decir que su cantidad no fue abundante.

En la segunda parte del texto se hará un recorrido por las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia que, tras un proceso de búsqueda, se pudo establecer que se refieren a los derechos de las personas LGBT. Para su análisis se consideraron tanto los elementos fácticos como los fundamentos de la decisión de la CCC en cada caso. De los hallazgos, se dará cuenta más adelante.

II. Situación de los derechos humanos de las personas LGBT en Colombia

Antes de 1991 las personas LGBT en Colombia se encontraban excluidas de casi cualquier tipo de participación en la vida social, tanto *de facto* como *de jure*. No fue sino hasta 1980 cuando la homosexualidad masculina dejó de ser delito en este país,⁸ lo que no impidió que en la práctica las personas no heterosexuales siguieran siendo objeto de persecución tanto por el Estado como por los particulares.

Previo a la expedición de la Constitución Política de 1991 no existía ninguna norma jurídica que impidiera despedir a alguien de su empleo, expulsar a un estudiante de algún centro educativo o negarle la entrada a una persona a un establecimiento abierto al público por su orientación sexual o identidad de género. Lo que sí disponía la ley de forma expresa eran prohibiciones a las personas con orientaciones sexuales o identidades de género no mayoritarias para desempeñarse como integrantes de las fuerzas de seguridad del Estado, notarios o profesores de centros de enseñanza públicos.

⁸ El Decreto Ley 100 de 1980 –Código Penal– al no tipificar como conducta punible las relaciones sexuales entre hombres, despenalizó por exclusión la homosexualidad.

Sin embargo, no solo la ausencia de protección legal y –en múltiples casos– la discriminación institucional manifiesta de aquellos tiempos permite afirmar que hoy la población LGBT en Colombia ha padecido una brecha de desigualdad en casi todas las esferas de la vida pública. De hecho, el principal elemento que posibilita aseverarlo es la casi completa invisibilización de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas.

El que no hubiese ningún tipo de mención por parte de las instituciones del Estado en relación con las personas LGBT, más allá de las prohibiciones y sanciones que la ley establecía para ellas, da cuenta de un consenso tácito en la sociedad colombiana sobre la necesidad de invisibilizar la diversidad sexual.

La *invisibilización* es un mecanismo poderoso de violencia simbólica que se ha utilizado en contra de grupos tradicionalmente discriminados y fue una de las herramientas preferidas de la institucionalidad colombiana para vulnerar los derechos de las personas LGBT.⁹

No fue sino hasta 2004 cuando se conoció el primer informe nacional, producido por la organización no gubernamental Colombia Diversa,¹⁰ donde ésta refería la situación de los derechos humanos de las personas LGBT. En dicho informe se daba cuenta de la discriminación y exclusión que este grupo poblacional afrontaba debido a la falta de protección legal a su favor, ello a pesar de los avances que hasta ese momento se habían logrado gracias a la labor de la Corte Constitucional. Se puede leer en el informe:

En Colombia se sancionaba penalmente la homosexualidad masculina en el Código Penal hasta su reforma de 1980. A partir de entonces, y con la promulgación de la nueva Constitución Política en 1991, empezó una etapa de importantes avances, abanderada principalmente por la Corte Constitucional. Pese a ello, la situación actual de los derechos humanos de las personas LGBT es preocupante. Su reconocimiento en la normatividad es casi nulo y las normas que hacen referencia a temas relacionados con la sexualidad (como por ejemplo las de

⁹ “Si en algo puede resumirse la situación de los derechos humanos de personas LGBT en Colombia es en la profunda invisibilidad que la rodea. La invisibilidad a que nos referimos es la que se traduce en el casi total desconocimiento de los derechos de las personas LGBT, en la falta de información existente y en la falta de interés sobre el tema que hay en las esferas estatales y en algunos sectores de la sociedad. Ello se ha traducido en la ausencia de datos, de estadísticas, de métodos de recolección y, finalmente, de cualquier información pública o privada que permita conocer la situación de los derechos de la población LGBT que vive en el país.” Colombia Diversa, *Derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia 2005*, Bogotá, Colombia Diversa, 2005, pp. 9 y 10.

¹⁰ Colombia Diversa es la principal organización no gubernamental que trabaja por los derechos de las personas LGBT en Colombia.

educación sexual) parten del sobreentendido cultural implícito de que el patrón es la heterosexualidad. En Colombia se educa para la heterosexualidad, se legisla para la heterosexualidad y se protege al individuo y a la familia heterosexual [...].¹¹

En los años siguientes Colombia Diversa publicó otros tres informes sobre la situación de los derechos humanos de las personas LGBT. El primero de éstos fue *Derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia 2005*, donde se señalaba que entre 2000 y 2005 más de 60 asesinatos de hombres gays habían ocurrido en Bogotá,¹² y no fueron investigados debidamente por las autoridades. También se hacía referencia a los casos de amenazas contra los integrantes de esta población, consistentes en la exigencia de abandonar ciertas zonas del país so pena de ser víctimas de la mal llamada *limpieza social*,¹³ que en la práctica se traducían en ejecuciones extrajudiciales o desapariciones forzadas. Los actos de violencia se presentaban también al interior de las fuerzas militares. En este ámbito se conoció de casos donde se practicó la tortura contra soldados debido a su orientación sexual –la cual había sido ejercida por sus superiores–, así como casos de violaciones sexuales por parte de otros miembros de la fuerza pública.¹⁴

Esta misma situación de violencia basada en prejuicios era palpable en el abuso policial, en la forma de realizar detenciones arbitrarias, en la dificultad para hacer uso de los espacios públicos en las ciudades capitales y en las redadas en establecimientos de comercio para personas LGBT. Mención particular merece el tema carcelario, que por sus condiciones específicas es un espacio donde se radicaliza la violencia hacia quienes pertenecen a este grupo minoritario. De acuerdo con el informe mencionado, las personas de la comunidad LGBT afrontaban golpizas, privación de acceso al servicio de salud, abuso sexual, así como retenciones arbitrarias, entre otras violaciones, por parte de quienes estaban internos en las cárceles y penitenciarías.

En cuanto al acceso a derechos económicos, sociales y culturales, la situación no era mucho mejor para la época en que se publicó el informe. Sobre el acceso a la educación se informaba que múltiples centros de enseñanza contemplaban al homosexualismo y al lesbianismo como faltas disciplinarias que daban lugar a

¹¹ Colombia Diversa, *Voces excluidas: legislación y derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia*, Bogotá, Colombia Diversa, 2005, p. 18.

¹² Colombia Diversa, *Derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas...*, op. cit., 14.

¹³ *Ibidem*, p. 18.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 20 y 21.

sanciones para las y los estudiantes.¹⁵ Situaciones similares se presentaron en escenarios tales como el laboral y el de seguridad social.

Finalmente, el informe presentado por Colombia Diversa en 2005 permite apreciar la ausencia de cualquier tipo de reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo y las familias diversas. Así, por ejemplo, se hacía eco de la imposibilidad que tenían estas parejas para acceder a figuras como el matrimonio y la unión marital de hecho, a las que sí podían acceder las parejas conformadas por un hombre y una mujer. Esta falta de reconocimiento legal daba como resultado la imposibilidad de otorgar efectos patrimoniales a las uniones de parejas del mismo sexo, de heredarse mutuamente y de recibir la pensión de sobrevivientes en caso del fallecimiento de la pareja, la no procedencia de la afiliación al sistema de seguridad social en salud, entre otros.

En su siguiente informe, *Derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia 2006-2007*, Colombia Diversa reportó que la precaria situación de derechos que afrontaban estas personas en su país persistía. El informe señalaba que habían ocurrido 67 asesinatos de personas LGBT entre 2006 y 2007.¹⁶ Asimismo, daba cuenta de que no se contaban con sistemas de información que permitieran conocer el número real de muertes violentas de personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas, por lo que dicha cifra podría ser mucho mayor al registrado en el informe.

El reporte también señalaba la persistencia de casos de abuso policial en contra de personas pertenecientes a la comunidad LGBT en las grandes ciudades, así como continuas acciones lesivas de sus derechos fundamentales al interior de las prisiones. El texto reseñó por lo menos 31 casos reportados de abuso policial entre 2006 y 2007¹⁷ y señaló a la detención arbitraria como una de sus principales manifestaciones. Asimismo, indicaba que las mujeres transgeneristas al ingresar a las cárceles eran víctimas de tratos degradantes y de tortura, pues se les cercenaba su identidad de género por medio del corte de cabello obligatorio,¹⁸ al tiempo que se les sometía a agresiones físicas y verbales.

Para 2009, el informe más reciente de Colombia Diversa *Todos los deberes, pocos los derechos: situación de derechos humanos de lesbianas, gay, bisexuales y trans-*

¹⁵ *Ibidem*, pp. 43-46.

¹⁶ Colombia Diversa, *Derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia 2006-2007*, Bogotá, Colombia Diversa, 2007, p. 67.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 108-112.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 129-131.

generistas en Colombia 2008-2009 reconocía que si bien se habían logrado múltiples avances en materia de derechos para la población LGBT –particularmente en temas como derechos patrimoniales, afiliación al sistema de salud y posibilidad de recibir la pensión de sobrevivientes del compañero del mismo sexo– aún faltaba mucho por recorrer. En este sentido, el reporte reveló que el número de homicidios que se pudo constatar en el periodo 2006-2007 no era de 67 como en un inicio se había reportado, sino que ascendía a 99,¹⁹ e hizo público el aumento en los homicidios cometidos contra personas LGBT durante el bienio 2008-2009, periodo en el que la cifra ascendió a 127, y señaló también que esa cantidad podría ser menor al número real de muertes motivadas por prejuicio.

El informe relató que las amenazas por medio de panfletos, los episodios de limpieza social y los homicidios contra defensores de derechos humanos en varias ciudades del país continuaban, configurando así un panorama oscuro en relación con los derechos humanos de las minorías sexuales en Colombia. Lo mismo podía decirse en torno a los casos de abuso policial que persistían como un problema extendido a lo largo del territorio y que, de los 31 casos que fueron reportados en el informe anterior, se había ascendido a 48 para el siguiente bienio.²⁰

Con respecto a la situación carcelaria y al reconocimiento de las familias diversas, el reporte de esta organización continuaba informando sobre la desprotección en ambas esferas, aun cuando se reconocían avances significativos en este sentido, gracias a decisiones provenientes de la Corte Constitucional colombiana.

Los informes de Colombia Diversa, si bien no son los únicos, permiten apreciar la precaria situación que afrontan las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas en Colombia, y además tienen dos características que los hacen particularmente relevantes: por un lado son quizá el mejor diagnóstico de carácter nacional que es posible encontrar sobre esta problemática en el país sudamericano; por otro, estos reportes han sido citados por numerosas organizaciones internacionales a la hora de referirse a los derechos de personas LGBT en este país y constituyen uno de sus principales insumos al momento de aludir al tema.

En cuanto a los pronunciamientos de organizaciones internacionales, es conveniente mencionar el *Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el cual se expresa la preocupación de esta

¹⁹ Colombia Diversa, *Todos los deberes, pocos los derechos: situación de derechos humanos de lesbianas, gay, bisexuales y transgeneristas en Colombia 2008-2009*, Bogotá, Colombia Diversa, 2011, p. 17.

²⁰ *Ibidem*, p. 47.

Comisión por los asesinatos cometidos en contra de activistas LGBT en Colombia.²¹ Asimismo, es preciso traer a colación la intervención de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el acto de presentación del libro *Voces excluidas*, en el cual manifestó:

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y su Oficina en Colombia han observado, durante varios años, las situaciones afrontadas por las personas LGBT –lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas– en “el contexto de violencia y conflicto armado interno que vive el país”. En los sucesivos informes sobre Colombia presentados ante la Comisión de Derechos Humanos, los últimos tres altos comisionados –la señora Mary Robinson, el señor Sergio Vieira de Mello y la doctora Louise Arbour– han hecho referencia a la problemática propia de este sector de la población, que figura, por numerosas razones, entre los grupos más vulnerables frente a las acciones y omisiones generadas por el abuso del poder o por la infracción de las leyes y costumbres de guerra.²²

Pero el reconocimiento de las dificultades que afrontan lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia también ha provenido de otras organizaciones de la sociedad civil, dentro de las cuales hay que destacar a Caribe Afirmativo, la que en 2012 presentó el informe *Situación de los derechos humanos de la población de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en la Región Caribe 2007-2010*,²³ y donde se hace un recuento de las principales barreras para el goce efectivo de los derechos humanos que tiene ese grupo poblacional en el litoral caribe de Colombia.

Hasta este punto es posible concluir que en Colombia existe una situación de vulneración de derechos humanos que afecta a las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas, la cual se manifiesta por medio de los homicidios, por prejuicio y otros crímenes de odio, abuso policial, dificultad en el acceso y el goce efectivo de derechos económicos y sociales, entre otros. Esta situación se ve agravada por la falta de datos que no permiten conocer la realidad que afrontan las personas LGBT en la totalidad del territorio nacional; esta ausencia de información constituye el incumplimiento del deber en cabeza del Estado, el cual debe

²¹ CIDH, *Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas*, CIDH, 2011, pp. 147 y ss.

²² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, *Hacia el pleno respeto de los derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas. Intervención de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el acto de presentación del libro “Voces excluidas”*, ONU, 2005, p. 2, disponible en <<http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/po0579.pdf>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

²³ Caribe Afirmativo, *Situación de los derechos humanos de la población de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en la Región Caribe 2007-2010*, Cartagena, Caribe Afirmativo, 2012, disponible en <http://www.caribeafirmativo.org/?page_id=72>, página consultada el 7 de junio de 2013.

proveer dichos datos al ser el garante de los derechos fundamentales de todas las personas en Colombia. La precariedad de la información hace forzoso recurrir a datos provenientes de organizaciones de la sociedad civil –como Colombia Diversa– con la finalidad de tener una idea, aunque sea parcial, de cuál es la situación de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas a nivel nacional.

Ya teniendo una idea sobre cuál es la situación de los derechos humanos que afronta la población LGBT y sabiendo qué nos permite señalar que existe una brecha de desigualdad entre este grupo poblacional y el resto de la población civil en Colombia, se expondrá cómo las decisiones judiciales de la Corte Constitucional han servido para proteger los derechos de esta minoría tradicionalmente excluida.

III. Los derechos de la población LGBT en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

Dentro del catálogo de acciones constitucionales en Colombia, las utilizadas con mayor frecuencia y eficacia para la protección de los derechos de las personas LGBT han sido la *acción de tutela* y la *acción pública de inconstitucionalidad*.

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, y está reglamentada por el Decreto 2591 de 1991. Esta acción está dispuesta para la defensa de los derechos fundamentales y tiene como rasgo distintivo su informalidad, ya que no existe un ritual específico para su presentación, su trámite es preferente y sumario, y puede ser interpuesta en cualquier momento y ante cualquier juez. Si bien todas las acciones de tutela que son falladas en Colombia van a la CCC para su potencial revisión, solo algunas de éstas son abordadas de forma efectiva por el alto tribunal.²⁴

Aunque la acción de tutela busca proteger derechos constitucionales fundamentales, su campo de acción ha variado a través del tiempo. En este sentido, no solo

²⁴ Es conveniente también especificar que la revisión de los fallos de tutela hecha por la Corte puede dar lugar a sentencias de tutela proferidas por las salas de revisión de tres magistrados o, en ciertos casos, a sentencias proferidas por la Sala Plena de la Corporación, compuesta por nueve magistrados. Si la sentencia de tutela proviene de una sala de decisión compuesta por tres magistrados se designa con una letra T (*sentencia de tutela*) seguida por un número consecutivo y el año en que el fallo fue proferido, así: T-001 de 1992; por otro lado, si el fallo de tutela fue proferido por la Sala Plena se designará con las letras SU (abreviatura de *sentencia de unificación*), seguidas de un número consecutivo y el año en que la sentencia fue emitida, así: SU-002 de 1992. Los fallos de tutela pueden tutelar o no los derechos del accionante y el juez que decide el caso puede emitir cualquier orden que considere necesaria para la protección de los derechos fundamentales de quien interpuso la acción.

aquellos derechos incorporados en el Título II, Capítulo I de la Constitución, cuyo título es De los derechos fundamentales, serían objeto de protección por medio de tutela. Al respecto, la Corte no solo ha reconocido que aquellos derechos que no están incorporados en este capítulo –como la seguridad personal, el mínimo vital o la dignidad humana– revisten un carácter fundamental que los hace susceptibles de ser protegidos por medio de la acción de tutela, sino que además ha manifestado que en virtud del artículo 93 de constitucional, referente a la prevalencia en el derecho interno de los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, los derechos contemplados en estos instrumentos también tendrían un carácter similar.

La protección de dichos derechos ha pasado por múltiples etapas, pero todas guardan en común el hecho de que, al entender la jurisprudencia constitucional, la Carta Política no incorporó una lista taxativa de derechos fundamentales ni hizo una separación tajante entre los distintos tipos de garantías. Es decir, esta postura fue posible debido a la Constitución misma, la cual señala que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”,²⁵ y a la importancia que la Corte Constitucional le ha dado a criterios interpretativos como el histórico y el teleológico.

Se aclara que si bien, en principio, los fallos de tutela deberían producir solo efectos *inter partes*, es decir, afectar solo la situación jurídica de quienes intervinieron en el proceso, la Corte ha declarado que únicamente ella tiene competencia para determinar los efectos de sus fallos, y en varias ocasiones los ha dotado con efecto *inter comunis*. Esto implicaría que las decisiones adoptadas por la Corte no solo cobijen a quien interpuso la tutela sino que también, como corolario del derecho a la igualdad, protegerían a aquellos que, sin haber acudido ante el poder judicial, se encuentran en una situación fáctica similar a la de quien sí acudió.²⁶ Esto ha posibilitado que las decisiones judiciales de la Corte se extiendan más allá de las situaciones concretas de quienes interpusieron la acción de tutela, cosa que ha sido clave para el avance de los derechos de la población LGBT en este país.

Por otra parte, la acción pública de inconstitucionalidad es un mecanismo a través del cual todo ciudadano puede interponer una demanda ante la Corte Constitucional y obtener de ella una sentencia donde se señale si una norma de rango

²⁵ Constitución Política de Colombia de 1991, publicada en la *Gaceta Constitucional* núm. 116 del 20 de julio de 1991, artículo 94.

²⁶ CCC, auto, Auto A-217 de 2011, magistrado ponente Juan Carlos Henao Pérez, 5 de octubre de 2011.

legal o de decreto con fuerza de ley es o no conforme a la Carta Política, lo que la convierte en un mecanismo de control constitucional abstracto. En el ámbito colombiano, ésta se caracteriza por ser de naturaleza pública, pues cualquier ciudadano puede interponerla. Sin embargo, la acción debe cumplir con requisitos mínimos de presentación, necesarios para su trámite y decisión de fondo, con una carga mínima de argumentación sobre cómo la norma demandada contradice los mandatos constitucionales, para lo cual han de esgrimirse razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes, con el fin de evitar que la demanda sea rechazada o que tenga un resultado inhibitorio.²⁷

Con esto dicho, es preciso exponer de forma pausada la protección de derechos de las personas LGBT y para ello se debe advertir que en la jurisprudencia constitucional colombiana es posible identificar por lo menos tres etapas en el proceso de reconocimiento de derechos a las personas LGBT con posterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991, a saber: la protección de derechos como individuos, la protección de derechos como parejas del mismo sexo, y la protección de derechos como familias diversas. Para lo anterior se expondrán cada una de estas etapas y se explicarán porqué el caso de la población sexualmente diversa en Colombia puede considerarse como un ejemplo de cómo el activismo judicial contribuiría a eliminar brechas de desigualdad que afectan a los grupos poblacionales tradicionalmente excluidos.

IV. Protección como individuos

La primera sentencia que expidió la CCC sobre los temas de orientación sexual o identidad de género fue la T-594 de 1993,²⁸ en ella el tribunal constitucional conoció el caso de una mujer transgenerista que quería cambiar su nombre masculino

²⁷ Los fallos que dan por terminados los procesos de inconstitucionalidad pueden ser de varios tipos: inhibitorio, donde no se presenta una decisión de fondo dentro del proceso de inconstitucionalidad; exequible o constitucional, que declara que la norma demandada en realidad sí es conforme a la Constitución; inexecutable o inconstitucional, cuando se declara que la norma demandada es contraria al texto constitucional y debe salir del ordenamiento jurídico; o condicionalmente exequible, cuando la norma demandada tiene varias interpretaciones y una de ellas resulta compatible con la Constitución, por lo que la Corte da un orden judicial señalando la interpretación que ha de dársele a la norma demandada. Cualquiera que sea el caso, la sentencia de constitucionalidad siempre se designará con una letra C seguida de un número consecutivo y el año de emisión, es decir, así: C-001 de 1992.

²⁸ Una mujer transgenerista de la ciudad de Cali interpuso acción de tutela contra un notario porque éste se negó a hacer un cambio en el registro civil de la accionante, referido a la modificación de su nombre masculino por otro femenino. La Corte falló a favor de la quejosa (*sic*). Véase CCC, acción de tutela, Sentencia T-594 de 1993, ministro ponente Vladimiro Naranjo Mesa, 15 de diciembre de 1993, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-594-93.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

por uno femenino en una notaría y a la que tal posibilidad le fue negada por el notario. La Corte accedió a la petición de cambio de nombre de la quejosa (*sic*) con base en el reconocimiento de que ella tenía “derecho a la expresión de la individualidad”, salvaguardado por el derecho al libre desarrollo de la personalidad –artículo 16 de la Constitución Política de Colombia–. La sentencia señala que la esencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad consiste en la facultad de “ser individualmente como [se] quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás”.

Este pronunciamiento dio inicio a la primera etapa identificable en el proceso de reconocimiento de derechos de integrantes de la comunidad LGBT en Colombia, caracterizada por integrar sentencias que reconocían sus derechos como individuos a las personas con orientaciones sexuales o identidades de género minoritarias. Esta etapa puede decirse que se extendió de 1993 a 2007 y su signo característico fue la interpretación dada por la Corte Constitucional a los derechos a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, en el sentido de salvaguardar los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas a recibir un trato igualitario ante la ley en relación con las personas heterosexuales.

Se debe aclarar que lo anterior no significa que este proceso de reconocimiento de derechos haya sido lineal y sin ningún retroceso. En múltiples ocasiones el máximo juez constitucional denegó acciones de tutela que buscaban la garantía de derechos de las personas LGBT. Esto ocurrió, por ejemplo, en la Sentencia T-569 de 1994,²⁹ en la que la Corte conoció el caso de un estudiante de secundaria que utilizaba prendas de vestir y maquillaje característicos de una identidad de género femenina. La Corte no sólo denegó la tutela impetrada sino que además señaló que las actitudes del estudiante transgredían las buenas costumbres y que en aquellos casos en que la expresión de la identidad de género o la orientación sexual atentara contra las normas sociales, escolares o generase indisciplina, esta no podía protegerse por el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En este

²⁹ Se conoció el caso de un joven varón, menor de edad, que utilizaba prendas de vestir y maquillaje propios de una identidad de género femenina, lo que llevó a que éste fuera reprendido por las autoridades del colegio donde estudiaba y que concluyó con el abandono de las actividades académicas por parte del niño. Frente a esta situación los padres decidieron interponer acción de tutela. La Corte falló en contra del peticionario. Véase CCC, acción de tutela, Sentencia T-569 de 1994, ministro ponente Hernando Herrera Vergara, 7 de diciembre de 1994, disponible en <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2335>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

mismo sentido, otras sentencias como la T-097 de 1994³⁰ y la T-539 de 1994³¹ señalaban que podía protegerse el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la persona LGBT cuando su orientación sexual no fuese declarada o manifiesta.

Ahora bien, la Corte en el lapso comprendido entre 1993 y 2007 se refirió, además, a temas tan variados como la estabilidad laboral y el ejercicio de ciertas profesiones –sentencias T-277 de 1996, C-481 de 1998 y C-373 de 2002, T-152 de 2007–; uso de espacios públicos y realización de desfiles –SU-476 de 1997, T-268 de 2000 y T-301 de 2004–; el derecho a la educación –T-101 de 1998 y T-435 de 2002–, la pertenencia a los cuerpos de seguridad del Estado y la no posibilidad de sanción por motivo de la orientación sexual dentro de estos organismos –C-507 de 1999 y C-431 de 2004–; los derechos a la dignidad humana y a la visita íntima al interior de los centros de detención carcelaria y penitenciaria –T-499 de 2003 y T-1096 de 2004–; así como a la pertenencia a organizaciones del orden privado –T-808 de 2003–.

Sobre el tema de estabilidad laboral y la posibilidad de ejercer determinados oficios, la Corte estableció que ni la orientación sexual ni la identidad de género podían ser consideradas causales que justificaran la terminación de un contrato de trabajo –T-277 de 1996–,³² pues ello sería atentatorio de los derechos a la inti-

³⁰ Un estudiante de policía interpuso acción de tutela por violación a sus derechos fundamentales al buen nombre y al debido proceso porque se le expulsó de la escuela por supuestamente haber incurrido en prácticas homosexuales, lo que estaba tipificado como una falta contra el reglamento. La Corte tuteló los derechos del quejoso (*sic*). Véase CCC, acción de tutela, Sentencia T-097 de 1994, ministro ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, 7 de marzo de 1994, disponible en <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44295>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

³¹ Se interpusieron varias acciones de tutela contra el Consejo Nacional de Televisión para salvaguardar los derechos a la vida, a no ser sometidos a tratos degradantes, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de conciencia, a la libertad de expresión, a informar y recibir información veraz e imparcial, a la honra y a la libertad de enseñanza y aprendizaje, en la medida que el Consejo Nacional de Televisión se negó a transmitir un comercial donde aparecían dos hombres besándose en desarrollo de una campaña para prevenir el contagio de VIH-sida. La Corte desestimó la acción de tutela. Véase CCC, acción de tutela, Sentencia T-539 de 1994, ministro ponente Vladimiro Naranjo Mesa, 30 de noviembre de 1994, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-539-94.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

³² Un profesor de un jardín de infantil interpuso una acción de tutela para proteger sus derechos fundamentales a honra, buen nombre, igualdad y no discriminación, debido proceso, porque fue retirado de su trabajo a causa de su supuesta orientación sexual de hombre gay, ello debido a que no quiso acceder a las presiones de la directora del centro educativo que ordenaba que, para continuar en el cargo, debía exponer toda su vida privada frente a los padres de familia del jardín infantil. La Corte desestimó la tutela por considerarla improcedente. Véase CCC, acción de tutela, Sentencia T-277 de 1996, ministro ponente Antonio Barrera Carbonell, 20 de junio de 1996, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/t-277-96.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

midad, al libre desarrollo de la personalidad y, además, del principio constitucional de la igualdad y no discriminación.

La Constitución colombiana se ha referido de forma particular al ejercicio de ciertas profesiones. En el caso de la docencia se declaró que la norma que contemplaba el homosexualismo como falta disciplinaria de la profesión docente se basaba en una concepción de las orientaciones sexuales minoritarias como patologías, anormalidades o muestras de inmoralidad que debían ser corregidas o curadas. Así, reconoció la Corte que estas concepciones no tenían cabida en una sociedad plural y consideró a la diferencia como un valor.

En la Sentencia C-481 de 1998³³ la Corte Constitucional estableció que, en principio, dar un tratamiento distinto a las personas que tuvieran una orientación sexual no mayoritaria contradecía los mandatos constitucionales. Señaló la Corte que la orientación sexual es una categoría protegida por la Constitución, sea que tal elemento de la personalidad humana constituya un rasgo innato de la persona que no se puede modificar ni ser elegido con libertad –caso en el cual se encuentra protegida por el artículo 13 de la Carta Política que prohíbe la discriminación por razones de sexo– o que sea una elección hecha por el individuo de forma voluntaria –en este supuesto la orientación sexual estaría protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad–. Así pues, cualquier tratamiento diferencial fundado en la orientación sexual ha de pasar por un juicio estricto de proporcionalidad para poder considerarse acorde con la Constitución, ello en virtud de que la orientación sexual es un criterio sospechoso de discriminación.³⁴

Cabe aclarar que la Constitución Política de Colombia en ninguna parte de su texto hace referencia a la orientación sexual ni a las personas homosexuales. Fue la CCC la que declaró la existencia de una prohibición de discriminación con base en la orientación sexual, al tiempo que identificó esta característica como un criterio sospechoso que hace presumir cualquier desigualdad en el trato semejante a un acto discriminatorio.

Para llegar a esta conclusión, la Corte, en principio, indicó que la orientación sexual se encontraba comprendida dentro de la categoría *sexo*, la cual sí se en-

³³ Un ciudadano demandó el Decreto 2277 de 1979, por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente, particularmente su artículo 46 que señala como causal de mala conducta del docente “el homosexualismo”. La Corte declaró inexecutable la falta disciplinaria. Véase CCC, acción de inconstitucionalidad, Sentencia C-481 de 1998, ministro ponente Alejandro Martínez Caballero, 9 de septiembre de 1998, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-481-98.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

³⁴ CCC, acción de inconstitucionalidad, Sentencia C-481 de 1998, *doc. cit.*

cuentra integrada en la Constitución como una categoría que no puede ser utilizada para discriminar. Más adelante, la misma Corte aduciría que la orientación sexual es una categoría autónoma a la de sexo, pero que al igual que ésta se encuentra protegida por la Carta Política.

En la Sentencia C-481 de 1998, la Corte también señaló que no es admisible bajo la Constitución preferir un determinado tipo de orientación sexual sobre las demás, y que no corresponde al Estado tomar acción alguna para evitar que sus ciudadanas o ciudadanos desarrollen un determinado tipo de proyecto de vida en este sentido. Lo que sí correspondería al Estado, de acuerdo con esta sentencia, así como con la C-373 de 2002,³⁵ es impedir que se restrinja el ejercicio del derecho al trabajo o el acceso a cargos públicos con base en la orientación sexual o identidad de género.

En relación con el tema del uso y disfrute del espacio público, la CCC en las sentencias SU-476 de 1997,³⁶ T-268 de 2000³⁷ y T-301 de 2004³⁸ señaló que la orientación sexual no puede ser impedimento para que una persona acceda al espacio públi-

³⁵ Se demandó por inconstitucional el artículo 4º de la Ley 588 de 2000, por la cual se reglamenta la actividad notarial. Esta remitía Decreto 960 de 1970 en materia de faltas. La Corte declaró constitucional el artículo demandado pero inconstitucionales apartes del decreto por consagrar como faltas, entre otras, realizar actos homosexuales. Véase CCC, acción de inconstitucionalidad, Sentencia C-373 de 2002, ministro ponente Jaime Córdoba Triviño, 15 de mayo de 2002, disponible en <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=40485>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

³⁶ Un ciudadano interpuso acción de tutela debido a que en el sector donde reside con su familia existían muchos negocios dedicados a la prostitución, algunos de ellos transgeneristas, esto sin que se tomaran acciones por parte de la administración tendientes a erradicar lo que el actor identificaba como un problema. La Corte tuteló los derechos fundamentales del actor y emitió un conjunto de órdenes dirigidas a las autoridades de Bogotá para prevenir que este tipo de hechos siguieran sucediendo. CCC, acción de tutela, Sentencia SU-476 de 1997, ministro ponente Vladimiro Naranjo Mesa, 25 de septiembre de 1997, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/su476-97.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

³⁷ Un hombre, actuando en representación de la comunidad gay de Neiva, interpuso acción de tutela por considerar violados varios de sus derechos fundamentales, en la medida que se negó un permiso para realizar un desfile con las candidatas al reinado nacional gay aun cuando se había autorizado otros desfiles con ocasión de las fiestas de San Pedro. La Corte denegó la tutela por considerarla improcedente. Véase CCC, acción de tutela, Sentencia T-268 de 2000, ministro ponente Alejandro Martínez Caballero, 7 de marzo de 2000, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/t-268-00.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

³⁸ Un hombre gay de Santa Marta interpuso acción de tutela contra el Departamento de Policía de Magdalena porque a él y a varios de sus amigos se les había prohibido estar en un determinado sector de la ciudad por su orientación sexual, y en una ocasión se les había detenido por esto. La policía sostuvo que existía una “orden central de destierro” respecto a esta población en esa zona de la ciudad. La Corte tuteló los derechos del accionante. Véase CCC, acción de tutela, Sentencia T-301 de 2004, ministro ponente Montealegre Lynett, 25 de marzo de 2004, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-301-04.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

co, pues ello constituiría un trato discriminatorio. Si bien el juez constitucional advirtió que el derecho al libre desarrollo de la personalidad encuentra su límite en los derechos de terceros y el orden constitucional, ello no significa que la orientación sexual o la identidad de género no puedan ser exteriorizadas en espacios públicos.

Pasando al tema de las instituciones educativas, la Corte ha sostenido que dar un tratamiento distinto a estudiantes heterosexuales y no heterosexuales en cuanto al acceso a la educación contradice los mandatos constitucionales de igualdad y libre desarrollo de la personalidad, así como el derecho a la educación. En la Sentencia T-101 de 1998³⁹ el juez constitucional dijo, además, que los actos de intolerancia por parte de otros miembros de la comunidad educativa en relación con las personas LGBT no podían tenerse como argumento para restringir el acceso a la educación de los miembros de esta comunidad, pues este tipo de actos lo que hacen es demostrar una falla en el cumplimiento de los mandatos constitucionales por parte de las personas responsables de los procesos educativos en los distintos niveles.

Esta misma línea de decisión fue seguida por la Corte en la Sentencia T-435 de 2002,⁴⁰ la cual indicó que la libre opción sexual de las y los alumnos no puede ser coartada por una institución educativa con el argumento de inculcar determinados valores unificantes a los educandos. De forma adicional, dijo que no debe permitirse a las instituciones educativas contemplar como faltas en sus manuales de convivencia conductas tales como el homosexualismo o el lesbianismo, pues ello constituiría una injerencia arbitraria en la vida privada de los alumnos, lo cual sería contrario al derecho a la intimidad de los estudiantes.

Por otro lado, se ha abordado también el tema de la vinculación de las personas LGBT a los organismos de seguridad del Estado –fuerzas armadas, policía nacional, entre otros–. Al respecto, el juez constitucional estableció en la Sentencia

³⁹ Dos estudiantes menores de edad interpusieron acción de tutela contra un colegio porque se les negó el cupo para continuar sus estudios en el plantel educativo debido a su orientación sexual minoritaria. Los estudiantes previamente habían dejado de estudiar en el sitio debido a su precaria situación económica. La Corte tuteló los derechos de los jóvenes y ordenó que se les guardara el cupo en la institución educativa oficial. Véase *idem*.

⁴⁰ Una niña fue retirada del plantel educativo donde estudiaba bachillerato porque se sospechaba que consumía drogas y era lesbiana. Ella fue sometida, a solicitud del centro educativo, a numerosos exámenes de carácter sexológico y toxicológico tras haber sido encontrada por la directora del colegio, fuera del centro educativo y extra-clase, consumiendo cerveza con algunas compañeras, las cuales no recibieron ningún castigo. Si bien la Corte no ordenó la reincorporación de la estudiante, sí tuteló varios de sus derechos fundamentales. *Idem*.

C-507 de 1999⁴¹ que las intromisiones en el derecho a la libre opción sexual de los integrantes de las fuerzas militares resultan lesivas del derecho a la igualdad material consagrado en el artículo 13 de la Constitución, pues dar un tratamiento diferenciado a dos personas por su orientación sexual es una forma de doblegar a una minoría por sus preferencias. En este sentido, la Corte determinó que ser lesbiana, gay, bisexual o transgenerista no puede ser considerado como una falta contra el honor militar, pues ello iría en contra de reconocer las opciones sexuales distintas a la heterosexualidad como proyectos de vida válidos al amparo de la Constitución.

En relación con la situación de la población LGBT recluida en cárceles y penitenciarias, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que si bien en contextos de privación legítima de la libertad algunos derechos se encuentran restringidos en su ejercicio, no por ello puede anularse el núcleo esencial de los mismos. Desde este entendido se ha reconocido el derecho que tienen las y los internos que pertenecen a la comunidad LGBT de acceder a la visita íntima con personas de su mismo sexo –T-499 de 2003–⁴² en la medida que, una de las principales manifestaciones de la sexualidad se presenta en las relaciones sexuales y que éstas se encuentran protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual no puede verse afectado en su núcleo esencial ni por penas o medidas de seguridad privativas de la libertad en establecimientos penitenciarios.

La Corte ha sostenido, además, que en los centros de detención carcelaria y penitenciaria no cabe ningún tipo de discriminación por motivos de sexo u orientación sexual. La Corte ha protegido los derechos a la seguridad personal, a la vida y a la salud de personas LGBT privadas de la libertad. Ha dicho a la corporación que la protección de los derechos de estas personas en los centros de detención no puede

⁴¹ Un ciudadano demandó varios artículos del Decreto 85 de 1989 –por el cual se reformó el Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares– por considerarlos inconstitucionales pues consagraban como falta contra el honor militar el asociarse, entre otros, con homosexuales, además de que contemplaba como falta disciplinaria el ejecutar actos de homosexualismo. La Corte dio parcialmente la razón al demandante y eliminó el homosexualismo o asociarse con homosexuales como faltas contra el honor militar. Véase CCC, acción de inconstitucionalidad, Sentencia C-507 de 1999, ministro ponente Vladimiro Naranjo Mesa, 14 de julio de 1999, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-507-99.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

⁴² El Defensor del Pueblo de la Regional Caldas interpuso acción de tutela en representación de dos internas de una cárcel de mujeres contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, porque no se permitía que éstas tuvieran visitas íntimas con sus parejas del mismo sexo al interior del centro de detención. Tanto los jueces de instancia como la Corte tutelaron los derechos fundamentales de las reclusas. Véase CCC, acción de tutela, Sentencia T-499 de 2003, ministro ponente Álvaro Tafur Galvis, 12 de junio de 2003, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-499-03.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

hacerse por medio del sacrificio de su potestad de elegir con libertad su orientación sexual, pues ello sería lesivo del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En este orden de ideas, el tribunal constitucional fue enfático al indicar que el derecho a la dignidad humana ha de ser respetada aún en los contextos donde se ha privado legítimamente a una persona de su libertad y que este derecho, en los términos de la Sentencia T-1096 de 2004,⁴³ se compone de tres dimensiones básicas: *i*) vivir como se quiera, *ii*) vivir bien y *iii*) vivir sin humillaciones.

La CCC también se ha pronunciado sobre la pertenencia de personas LGBT a organizaciones privadas. La Corte dijo que la orientación sexual no puede ser tomada en cuenta para bloquear el ingreso o permanencia de determinadas personas a organizaciones o clubes privados –T-808 de 2003–.⁴⁴ La Corte sostuvo que “si bien es cierto que una organización se rige bajo sus propios principios y reglamentos, también lo es que el reglamento interno de una asociación no puede ser arbitrario, discriminatorio y desconocer derechos protegidos constitucionalmente, pues, se repite, esto le está prohibido inclusive a la ley.”⁴⁵

Si bien puede decirse que esa primera etapa en el proceso de reconocimiento de derechos tiene su principal desarrollo entre 1993 y 2007, luego de este último año la Corte se ha pronunciado a favor de las personas LGBT en temas como: el uso de prendas y maquillaje en cárceles y penitenciarías, que resultan acordes con la identidad de género de los y las reclusas –T-062 de 2011–;⁴⁶ la necesidad de establecer una política pública nacional para la población con orientaciones

⁴³ Un hombre gay recluso en una cárcel del Tolima interpuso acción de tutela para que lo trasladaran de cárcel o cuidaran de él, ya que era sometido de forma constante a abuso sexual por otros internos y no sabía si era portador del VIH. La Corte tuteló los derechos del hombre y ordenó protección para él. Véase CCC, acción de tutela, Sentencia T-1096 de 2004, ministro ponente Manuel José Cepeda Espinosa, 4 de noviembre de 2004, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-1096-04.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

⁴⁴ Un hombre gay interpuso acción de tutela contra la asociación Scouts de Colombia por haberlo expulsado debido a su orientación sexual. La Corte tuteló los derechos del quejoso (*sic*) y ordenó su reintegro a la organización. Véase CCC, acción de tutela, Sentencia T-808 de 2003, ministro ponente Alfredo Beltrán Sierra, 18 de septiembre de 2003, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-808-03.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Una mujer transgenerista reclusa en una cárcel de Casanare, interpuso acción de tutela contra el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Yopal, por considerar violados varios de sus derechos fundamentales. Argumentó la accionante que era perseguida por la guardia, siendo objeto de burlas y malos tratos, además de recibir amenazas de ser rapada. Señaló también que se le decomisaron implementos propios de su identidad de género. La Corte accedió a la tutela y dictó órdenes de carácter general y particular dirigidas a varios entes del Estado. Véase CCC, acción de tutela, Sentencia T-062 de 2011, ministro ponente Luis Ernesto Vargas Silva, 4 de febrero de 2011, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-062-11.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

sexuales e identidades de género minoritarias que “posibilite la socialización y coadyuve a la convivencia pacífica, cumpliendo también los deberes y obligaciones correlativas”⁴⁷ –T-314 de 2011–;⁴⁸ el derecho de los empleados a usar uniformes en el trabajo que resulten acordes con su identidad de género u orientación sexual –T-492 de 2011–;⁴⁹ la manifestación de afecto en público sin que puedan hacerse restricciones ilegítimas –T-909 de 2011–;⁵⁰ y la posibilidad de que los hombres que tienen sexo con hombres donen sangre –T-248 de 2012–.⁵¹

Hasta aquí se ha mencionado lo que puede entenderse como la primera etapa en el proceso de reconocimiento de derechos a las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia. Lo primero que salta a la vista es que estos avances legales han sido posibles gracias a decisiones –que han ido caso por caso– de la Corte Constitucional colombiana.

La ausencia de mención de avances de derechos en la ley o en las políticas públicas del orden nacional obedece a que existe una grave ausencia de éstos. La falta de proactividad del Legislativo y del Ejecutivo para avanzar en la reducción de la brecha que separa a las personas LGBT y al grueso de la población nacional ha hecho que sea el Poder Judicial y, en especial, la CCC, la que ha contribuido al avance en este aspecto.

⁴⁷ CCC, acción de tutela, Sentencia T-314 de 2011, ministro ponente Jorge Iván Palacio Palacio, 4 de mayo de 2011, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-314-11.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

⁴⁸ A una mujer transgenerista se le negó la entrada a dos espectáculos que se llevaron a cabo en un hotel de Bogotá debido a su identidad de género. La Corte denegó la tutela, pero exhortó a múltiples entidades estatales para que articularan una política pública nacional e integral LGBT. *Idem*.

⁴⁹ Una mujer lesbiana sufrió un accidente de trabajo y la Administradora de Riesgos Profesionales le solicitó al empleador que la reubicara en otras funciones pues le quedaron secuelas del accidente. El empleador la puso como vendedora y determinó que su uniforme de trabajo sería falda, aun conociendo que ella era lesbiana y no usaba faldas. Al negarse, el empleador la despidió y ella interpuso acción de tutela. La Corte tuteló los derechos de la quejosa (*sic*). Véase CCC, acción de tutela, Sentencia T-492 de 2011, ministro ponente Nilson Pinilla Pinilla, 28 de junio de 2011, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-492-11.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

⁵⁰ Una pareja de hombres gays fueron censurados y compelidos por los guardias de seguridad a abandonar un centro comercial en la ciudad de Cali porque hicieron manifestaciones de afecto en público. La Corte tuteló los derechos de los afectados. Véase CCC, acción de tutela, Sentencia T-909 de 2011, ministro ponente Juan Carlos Henao Pérez, 1 de diciembre de 2011, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-909-11.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

⁵¹ Un hombre gay interpuso acción de tutela contra una laboratorio privado por impedirle donar sangre debido a su orientación sexual. La Corte tuteló los derechos del quejoso (*sic*) y pidió una nueva reglamentación para la donación de sangre que no vulnere los derechos fundamentales de las personas LGBT. Véase CCC, acción de tutela, Sentencia T-248 de 2012, ministro ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 26 de marzo de 2012, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-248-12.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

Ya se ha visto cómo a partir de varios artículos de la Constitución relacionados con la igualdad y la prohibición de discriminación, el libre desarrollo de la personalidad y al desarrollo jurisprudencial del derecho a la dignidad humana, el Alto Tribunal construyó una regla de decisión de acuerdo con la cual, a menos que se logre establecer que existe una justificación imperiosa, cualquier trato desfavorable que se dé a las personas LGBT en relación con las personas heterosexuales se presume como discriminatorio y, por lo tanto, inconstitucional.

A continuación se abordará la segunda etapa del proceso de reconocimiento de derechos referido a la protección constitucional de las parejas del mismo sexo.

v. Protección como parejas

Lo primero es advertir que si bien esta segunda etapa en el proceso de reconocimiento de derechos a las personas LGBT en Colombia se inicia con la expedición de la Sentencia C-075 de 2007, antes de este fallo ya existían pronunciamientos de la Corte Constitucional, en su mayoría desfavorables, sobre la posibilidad de otorgar derechos a las parejas del mismo sexo ya reconocidos a parejas heterosexuales. Dentro de estos antecedentes cabe recordar, por ejemplo, las senten-

cias: C-098 de 1996,⁵² T-999 de 2000,⁵³ T-1426 de 2000,⁵⁴ T-618 de 2000,⁵⁵ SU-623 de 2001,⁵⁶ T-349 de 2006,⁵⁷ C-1043 de 2006⁵⁸ y T-725 de 2004.⁵⁹

⁵² Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990, por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes. La Corte declaró la exequibilidad de las normas. CCC, Sentencia C-098 de 1996, ministro ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá, 7 de marzo de 1996, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-098-96.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

⁵³ Una pareja de dos hombres gays, ayudados por el Defensor del Pueblo de Risaralda, presentó acción de tutela contra una EPS (empresa de servicios de salud) para que permitiera la afiliación al sistema de salud a uno de los hombres en calidad de beneficiario de su compañero del mismo sexo, pues él primero no contaba con capacidad económica para sufragar su propia seguridad social. La Corte no tuteló los derechos de los accionantes. Véase CCC, Sentencia T-999 de 2000, ministro ponente Fabio Morón Díaz, Bogotá, 2 de agosto de 2000, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/T-999-03.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

⁵⁴ Un hombre gay, actuando como agente oficioso de su compañero, interpuso acción de tutela contra una EPS porque ésta no quiso afiliar a su pareja en calidad de beneficiario al sistema de seguridad social en salud. Tanto él como su compañero eran portadores de VIH. La Corte falló en contra del quejoso (*sic*). CCC, Sentencia T-1426 de 2000, ministro ponente Álvaro Tafur Galvis, Bogotá, 19 de octubre de 2000, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/t-1426-00.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

⁵⁵ Se conoció el caso de dos hombres gays, ambos infectados por el VIH, uno de ellos cotizante al Instituto de los Seguros Sociales a salud y pensionado por invalidez en la misma entidad debido a que se encontraba en una fase avanzada de sida. Su compañero perdió el empleo y solicitaron que se permitiera su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud en calidad de beneficiario de su pareja pensionada. El Instituto de los Seguros Sociales aceptó y concedió la pensión, cuando fueron a renovar los carnets se encontraron con que se había revocado la afiliación. El otro hombre también está infectado por VIH y recibe de forma continua tratamiento con antirretrovirales, el cual no puede ser suspendido. La Corte falló a favor de los quejosos (*sic*) para proteger su derecho al debido proceso. CCC, acción de tutela, Sentencia T-618 de 2000, ministro ponente Alejandro Martínez Caballero, 19 de mayo de 2000, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/t-618-00.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

⁵⁶ Un hombre gay en Medellín interpuso una acción de tutela contra una EPS porque le negó la posibilidad de afiliarse al sistema de salud como beneficiario de su pareja del mismo sexo. La Corte falló en contra del recurrente. CCC, acción de tutela, Sentencia SU-623 de 2001, ministro ponente Rodrigo Escobar Gil, 14 de junio de 2001, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/su623-01.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

⁵⁷ Un hombre gay infectado con VIH reclamó la pensión de sobreviviente de su compañero fallecido a causa del virus del sida. La entidad de pensiones negó la pensión y, al encontrarse sin trabajo, el quejoso (*sic*) interpuso acción de tutela. La Corte no tuteló los derechos del recurrente. Véase CCC, acción de tutela, Sentencia T-349 de 2006, ministro ponente Rodrigo Escobar Gil, 5 de mayo de 2006, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-349-06.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

⁵⁸ Dos ciudadanos demandaron el artículo 74, literal *a*), de la Ley 100 de 1993, por no incluir como beneficiario de la pensión de sobreviviente a la pareja del mismo sexo del fallecido. La Corte profirió un fallo inhibitorio. Véase CCC, acción de inconstitucionalidad, Sentencia C-1043 de 2006, ministro ponente Rodrigo Escobar Gil, 6 de diciembre de 2006, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-1043-06.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

⁵⁹ Una pareja de hombres gays presentó una tutela contra el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por negarse a expedir la tarjeta de residencia en la isla a uno de ellos en calidad de

Para explorar esta segunda etapa de la jurisprudencia constitucional sobre personas LGBT habremos de referirnos a los pronunciamientos de la Corte Constitucional en relación con los derechos patrimoniales –C-075 de 2007–; afiliación al sistema de seguridad social en salud –T-856 de 2007 y C-811 de 2007–; derecho a recibir la pensión de sobrevivientes del compañero permanente del mismo sexo fallecido –C-336 de 2008, T-1241 de 2008, T-911 de 2009, T-051 de 2010 y T-592 de 2010–; la posibilidad de recibir la porción conyugal en la sucesión del compañero permanente fallecido –C-283 de 2011–; y a otros derechos otorgados a parejas heterosexuales que hasta ese momento no eran reconocidos a parejas del mismo sexo –C-798 de 2008 y C-029 de 2009–.

La primera sentencia que reconoce sus derechos a las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas como parejas en Colombia es la C-075 de 2007.⁶⁰ En ella la Corte aborda de nuevo el problema jurídico de si las parejas del mismo sexo pueden o no constituir uniones maritales de hecho y conformar sociedades patrimoniales –este tema ya había sido abordado por la Corte una década antes en la Sentencia C-098 de 1996, con un resultado contrario a los intereses de las personas LGBT. En esta ocasión, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de las normas demandadas de la Ley 54 de 1990,⁶¹ en el entendido de que el régimen en ellas consagrado también aplica para las parejas del mismo sexo. La Corte tuteló en este sentido los derechos a la igualdad y no discriminación, a la libre asociación, al mínimo vital y a la dignidad humana de las personas LGBT.

La Corte fue enfática al señalar que las parejas del mismo sexo afrontaban una situación precaria debido a la falta de regulación jurídica que existía con respecto a esta materia en el país y que las necesidades de protección de estas parejas eran asimilables a aquellas que se componían por hombre y mujer, y en esta sentencia recalcó que la falta de reconocimiento jurídico –que hasta ese momento afrontaban las parejas del mismo sexo en Colombia– no les permitía desarrollar un proyecto de vida pleno, aun cuando se les reconocieran derechos de forma individual.

compañero permanente del otro. La Corte falló a favor de los quejosos (*sic*). Véase CCC, acción de tutela, Sentencia T-725 de 2004, ministro ponente Rodrigo Escobar Gil, 30 de julio de 2004, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-725-04.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

⁶⁰ Un grupo de ciudadanos demandó los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990 por no incluir dentro de su regulación a las parejas del mismo sexo. La Corte declaró constitucionalmente exequible los artículos en el entendido de que el régimen de protección establecido en la Ley 54 de 1990 también aplica a estas parejas. CCC, acción de tutela, Sentencia C-075 de 2007, ministro ponente Rodrigo Escobar Gil, 7 de febrero de 2007, disponible en <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2007/c-075_2007.html>, página consultada el 7 de junio de 2013.

⁶¹ La Ley 54 de 1990 otorga efectos jurídicos a las uniones maritales de hecho en Colombia. En este sentido dota de consecuencias jurídicas patrimoniales a la pareja que conviva de forma permanente y singular.

Este déficit de protección obtuvo por parte del juez constitucional el calificativo de *violatorio de la Constitución*, al punto que señaló que la falta de reconocimiento de derechos patrimoniales para las parejas del mismo sexo configuraba una lesión a los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana, a no ser discriminados y recibir un trato igualitario ante la ley, entre otros, por lo que procedió a la declaración de exequibilidad condicionada de los artículos 1° y 2° de Ley 54 de 1990, en el entendido de que su régimen de protección también aplicaba para las parejas del mismo sexo.

Ese mismo año, en la Sentencia C-811 de 2007⁶² la Corte reabrió la discusión en torno a la afiliación en salud de las parejas del mismo sexo, sobre la cual ya se había pronunciado de forma negativa, entre otras, en la Sentencia SU-623 de 2001. Al reconocer que la violación a derechos provenía de la imposibilidad de afiliarse al compañero permanente del mismo sexo en calidad de beneficiario al sistema de salud, la Corte declaró exequibles las normas acusadas en el entendido de que el régimen de protección contenido en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 también aplicaba a las parejas del mismo sexo y, por lo tanto, éstas podían afiliarse al sistema de salud como beneficiarias de su compañero permanente.⁶³

En 2008 la Corte profirió de la Sentencia C-336 de 2008,⁶⁴ por la cual otorgó a las parejas del mismo sexo el derecho a recibir la pensión de sobrevivientes del compañero permanente fallecido, de la misma forma en que lo hacían las parejas

⁶² Un grupo de ciudadanos demandó la expresión “familiar” contemplada en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, que impedía afiliarse al compañero permanente del mismo sexo en calidad de beneficiario al sistema de salud. La Corte declaró la norma condicionalmente exequible, bajo el entendido de que el régimen de protección contenido en ella aplica también a las parejas del mismo sexo. Véase CCC, acción de inconstitucionalidad, Sentencia C-811 de 2007, ministro ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, 3 de octubre de 2007, disponible en <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=28366>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

⁶³ Esto fue reiterado por otras sentencias como la T-856 de 2007. Un hombre gay interpuso acción de tutela contra una EPS por considerar vulnerados los derechos fundamentales de su pareja del mismo sexo, la cual es portadora del VIH, debido a la negativa de la entidad del sistema de salud a afiliarlo como beneficiario del quejoso (*sic*) al régimen contributivo. Si bien la Corte declaró la existencia de un hecho superado, dijo que el compañero permanente del mismo sexo se podía inscribir como beneficiario en el sistema de salud. Véase CCC, acción de tutela, Sentencia T-856 de 2007, ministro ponente Humberto Antonio Sierra Porto, 12 de octubre de 2007, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-856-07.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

⁶⁴ Un grupo de ciudadanos demandó varios apartes de la Ley 54 de 1990 y de la Ley 100, por no incluir dentro de su protección a las parejas del mismo sexo, particularmente en cuanto a ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. La Corte declaró exequibles las normas demandadas bajo el entendido de que su régimen de protección también cubría a estas parejas. Véase CCC, acción de tutela, Sentencia C-336 de 2008, ministro ponente Clara Inés Vargas Hernández, 25 de marzo de 2008, disponible en <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=30895>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

heterosexuales que conformaban una unión marital de hecho. En esta sentencia se hizo hincapié en que reconocer la sustitución pensional al compañero supérstite del mismo sexo era un paso necesario para eliminar el déficit de protección jurídica que afrontaban las parejas del mismo sexo.

En esta segunda etapa del proceso de reconocimiento de derechos a las personas LGBT, se falló en el sentido de que no es la Corte Constitucional el órgano que en principio estaría llamado a reconocer derechos a las parejas del mismo sexo, puesto que este tema debería pasar por el órgano deliberativo por excelencia: el Congreso de la República. Es por ello que la Corte en la Sentencia C-283 de 2011 exhortó al Legislativo para que regulase de manera sistemática y organizada los derechos de las parejas del mismo sexo.

Sin embargo, esto no impidió que la Corte continuase reconociendo derechos de forma progresiva a las parejas homosexuales como lo había hecho en numerosas sentencias como la C-798 de 2008⁶⁵ y la C-029 de 2009.⁶⁶ Esto no debe perderse de vista porque ha sido, precisamente, la pasividad del Congreso y del Poder Ejecutivo en emprender acciones dirigidas a garantizar el pleno ejercicio de derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas lo que ha hecho necesario que la Corte Constitucional, en desarrollo de su labor como garante de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, se diera a la tarea de generar decisiones judiciales en contra de la discriminación hacia las personas LGBT.

Luego de las consideraciones anteriores es preciso referirnos al momento en que se encuentra el proceso de los derechos a favor de la población LGBT: el reconocimiento de que las parejas del mismo sexo son una forma de familia,⁶⁷ protegida por el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia.

⁶⁵ Una ciudadana demandó el delito de inasistencia alimentaria consagrado en el artículo 1º de la Ley 1181 de 2007, ello al considerar que éste vulneraba la Constitución al no incluir a las parejas del mismo sexo dentro de su protección. La Corte declaró inexecutable la expresión únicamente del aparte acusado y extendió así la protección penal a las parejas del mismo sexo. Véase CCC, Sentencia C-798 de 2008, ministro ponente Jaime Córdoba Triviño, 20 de agosto de 2008, disponible en <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34169>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

⁶⁶ Un grupo de ciudadanos demandó un conjunto amplio de normas porque protegían a la pareja heterosexual y no a las del mismo sexo. La Corte declaró múltiples apartes constitucionales en el entendido que su regulación también aplica a las parejas del mismo sexo. Véase CCC, Sentencia C-029 de 2009, ministro ponente Rodrigo Escobar Gil, 28 de enero de 2009, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-029-09.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

⁶⁷ Si bien para muchos el dar un estatus familiar a las parejas del mismo sexo constituye un avance jurídico importante, para otros no es algo que se deba celebrar: “La tendencia a incluir cada vez más parejas como familia ha sido criticada desde dos puntos de vista: en el marco de las políticas de ajuste estructural y el auge de la prioridad de la familia en la satisfacción de necesidades, esta tendencia parece favorecer una

VI. Protección como familia

Sobre el proceso que llevó a la decisión de la Corte de reconocer como familia a las parejas del mismo sexo, lo primero es advertir que éste no inició con la Sentencia C-577 de 2011. Es preciso recordar que ya con anterioridad la Corte había dejado entrever una posición al respecto; por ejemplo, en la Sentencia C-814 de 2001⁶⁸ determinó que no era viable dar niños en adopción a parejas del mismo sexo porque el tipo de familia que se protegía constitucionalmente era la heterosexual y monogámica, por lo que darle un niño a una pareja del mismo sexo no satisfaría el derecho del niño a tener una familia.⁶⁹

Es decir que hasta el momento en que se expidió la Sentencia C-577 de 2011⁷⁰ la posición oficial de la Corte Constitucional era que las parejas del mismo sexo no constituían la figura de familia conforme el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia. Esta sentencia respondió a una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 113 del Código Civil, que consagra la institución del matrimo-

mayor concentración de los recursos y no su redistribución. Se ha señalado, por ejemplo, que las parejas homosexuales que se verían favorecidas con la ampliación de la noción de familia serían las que cuentan con más recursos económicos –tienen más derechos que se podrían distribuir.” Véase Isabel Cristina Jaramillo, “Familia”, en Cristina Motta y Macarena Sáenz, *La mirada de los jueces*, Colombia, Siglo del Hombre, 2008, p. 284.

⁶⁸ Se demandó el Decreto 2737 de 1989, por el cual se expide el Código del Menor. Se demandaron las expresiones “moral” y “la pareja conformada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años”. La Corte señaló que las parejas del mismo sexo no podían adoptar al no ser familias. Véase CCC, Sentencia C-814 de 2001, ministro ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, 2 de agosto de 2001, disponible en <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2001/c-814_2001.html>, página consultada el 7 de junio de 2013.

⁶⁹ Sobre este punto conviene traer a colación las palabras de Lemaitre: “La Corte decide que la norma demandada es constitucional porque privilegia a la familia que califica además en esa sentencia como necesariamente heterosexual y monogámica. La pareja homosexual no puede adoptar (como no puede afiliarse al seguro) porque no es familia, no porque sus integrantes sean homosexuales, así la razón para no ser familia sea precisamente que sus integrantes son homosexuales. Por lo tanto, según los argumentos de la Corte, no se trata de un caso de discriminación. Para esta, la norma según la cual sólo pueden adoptar las parejas heterosexuales no puede ser considerada discriminatoria sino más bien, propiamente hablando, proteccionista de la noción superior de unión familiar. Esta afirmación implica que la superior unión familiar no es algo que puedan tener las parejas homosexuales.” Véase J. Lemaitre, *op. cit.*, pp. 203 y 204.

⁷⁰ Se presentaron sendas demandas de inconstitucionalidad contra el artículo 113 del Código Civil, el artículo 2º de la Ley 294 de 1996 y el artículo 2º de la Ley 1361 de 2009, que acusaron de inconstitucional la expresión “de un hombre y una mujer” por excluir a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de contraer matrimonio. Se demandó además la expresión “de procrear” del artículo 113 del Código Civil. La Corte declaró exequibles las disposiciones demandadas y exhortó al Congreso para que regulara de forma sistemática los derechos de las parejas LGBT en un plazo de dos años. Véase CCC, Sentencia C-577 de 2011, ministro ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 26 de julio de 2011, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

nio. Con la demanda se pretendía que la CCC declarara que las parejas del mismo sexo podían acceder al matrimonio civil y que la procreación no era una finalidad esencial de la institución matrimonial.

El máximo juez constitucional en la sentencia se refirió en forma amplia al tema de familia. Sobre el particular señaló que la familia es una institución que se compone por vínculos naturales o jurídicos y que se funda en la solidaridad, amor y respeto mutuo de sus integrantes. Sostuvo, además, que si bien el matrimonio es una forma de conformar la figura de familia, no es de ninguna forma la única vía para acceder a tal finalidad, puesto que, por ejemplo, la unión marital de hecho también es una alternativa idónea para conformar una familia, que se une a muchos otros tipos de familia como las recompuestas, de crianza, entre otras.

La sentencia otorgó un carácter de derecho fundamental tanto al matrimonio como a la familia, señalándolas como manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Dijo la Corte que ni la heterosexualidad ni la consanguinidad son características esenciales de la institución familiar, como sí lo son el amor, el respeto y la solidaridad en la unión de vida que se establece entre los integrantes del grupo familiar, los cuales resultan predicables de las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Con todo, la CCC señaló en la sentencia que si bien la heterosexualidad no es un elemento existente en todos los tipos de familia, el matrimonio como institución sí se encuentra ligado a la pareja heterosexual, pues así lo previó el constituyente al redactar el artículo 42 de la Constitución. A su vez, llamó su atención la falta de una institución contractual que permita a las parejas del mismo sexo unirse de forma permanente, lo que da cuenta de un déficit de protección constitucional en relación con estas parejas, el cual ha de ser resuelto por el Poder Legislativo. Se dio claridad sobre que la existencia de tal institución contractual, que permita solemnizar las familias compuestas por parejas del mismo sexo, no resultaría atentatoria de la especial protección constitucional que la Carta Política otorgó a la pareja heterosexual unida en matrimonio.

Conforme a esta comprensión, determinó el juzgador que correspondía exhortar al Congreso para expedir una ley que regulase en forma sistemática y organizada los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, por medio de la creación de una institución que permita formalizar y solemnizar estas relaciones, para lo cual tendría un lapso de dos años y que, de no hacerlo, las parejas del mismo sexo podrían acudir ante un notario para tales fines.

Hasta mediados de 2013 los esfuerzos hechos por las organizaciones de la sociedad civil para que el Congreso acatara el exhorto de la CCC fueron infructuosos.

El proyecto de ley que estaba en curso en el Legislativo fue desestimado por los Congresistas el 24 de abril de este año, cuando la plenaria del Senado votó con 57 votos en contra y solo 17 a favor la propuesta que buscaba permitir que las parejas de dos hombres o dos mujeres contrajeran matrimonio civil.

Ahora bien, con base en las consideraciones de la Corte Constitucional en la Sentencia C-577 de 2011, se expidieron fallos posteriores que reformularon el derecho que tiene la pareja del mismo sexo a recibir la pensión de sobrevivientes dejada por el compañero permanente fallecido. En este sentido, las sentencias T-716 de 2011,⁷¹ T-717 de 2011⁷² y T-860 de 2011⁷³ declararon que en virtud del reconocimiento de que las parejas del mismo sexo constituían una forma de familia, no era posible que a éstas se les exigieran más requisitos que a las parejas heterosexuales para acceder a beneficios como la pensión de sobrevivientes.

Por último, la CCC ha proporcionado nuevas posibilidades jurídicas a favor de las parejas del mismo sexo y las personas LGBT luego de la Sentencia C-577 de 2011. Las principales aluden al reconocimiento de que la pareja del mismo sexo tiene vocación hereditaria en la sucesión de su compañero permanente fallecido –C-238 de 2012–⁷⁴ tal cual lo hace el cónyuge supérstite; y la insinuación de que

⁷¹ Se acumulan en esta sentencia de tutela dos casos. El primero es de un hombre gay a quien le fue negado el reconocimiento de la pensión de sobreviviente de su compañero permanente del mismo sexo porque el fallecimiento de éste fue antes de quedar en firme la Sentencia C-336 de 2008. El segundo caso es de una mujer lesbiana a quien le fue negada la pensión de sobreviviente de su compañera permanente del mismo sexo debido a que no hizo constar ante la entidad de pensiones la declaración notarial de unión marital de hecho. La Corte tuteló los derechos de los quejosos (*sic*). Véase CCC, Sentencia T-716 de 2011, ministro ponente Luis Ernesto Vargas Silva, 22 de septiembre de 2011, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/T-716-11.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

⁷² Un hombre gay de Medellín interpuso acción de tutela contra la sentencia de un juzgado de familia, pues éste se negó a declarar una unión marital de hecho entre el quejoso (*sic*) y su pareja del mismo sexo fallecida debido a que no se aportó acta de conciliación o declaración ante notario donde constara la existencia de dicha unión. La Corte tuteló los derechos del quejoso (*sic*). Véase CCC, Sentencia T-717 de 2011, ministro ponente Luis Ernesto Vargas Silva, 22 de septiembre de 2011, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-717-11.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

⁷³ Un hombre gay interpuso acción de tutela para que se le reconociera la pensión de sobrevivientes de su compañero del mismo sexo fallecido en 1998, el peticionario es portador del VIH. La Corte tuteló los derechos del quejoso (*sic*). Véase CCC, Sentencia T-860 de 2011, ministro ponente Humberto Antonio Sierra Porto, 15 de noviembre de 2011, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-860-11.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

⁷⁴ Un ciudadano demandó varias disposiciones normativas del libro tercero del Código Civil, referidas a las normas de la sucesión intestada, por considerar que tales eran inconstitucionales al excluir de la regulación a las uniones maritales de hecho conformadas por personas del mismo y distinto sexo. La Corte declaró exequibles las normas bajo el entendido de que su regulación también aplica a las uniones maritales de hecho heterosexuales o del mismo sexo. Véase CCC, Sentencia C-238 de 2012, ministro ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 22 de marzo de 2012, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-238-12.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

la orientación sexual no heterosexual no impide la adopción de niños cuando esto se hace de forma individual –T-276 de 2012.⁷⁵

Los desarrollos en el tema de familia que se han generado a partir de los fallos de la Corte Constitucional dan cuenta de que su activismo en favor de las personas LGBT continúa. También es posible apreciar que persiste el reconocimiento dentro de este tribunal de que, en principio, correspondería al Congreso de la República legislar en torno a los derechos de las minorías sexuales y al Ejecutivo trabajar en programas para garantizar el goce efectivo de sus derechos, razón por la cual continúa exhortando al Legislativo a regular la materia y al Ejecutivo a crear políticas públicas encaminadas hacia este fin. A continuación se harán algunas breves reflexiones en torno al activismo judicial de la Corte Constitucional, el cual ha servido para acortar la brecha en cuanto al goce de derechos que separaba –y aún persiste– a las personas LGBT del grueso de la población.

VII. A modo de conclusión

El activismo judicial de la Corte Constitucional ha sido la base sobre la cual se han cimentado procesos de inclusión de personas y familias que tienen orientaciones sexuales e identidades de género no mayoritarias. Esto puede afirmarse en la medida en que se han ido acortando las brechas legales entre estos grupos tradicionalmente vulnerados y el grueso de la población, además que ha permitido que el movimiento social LGBT se articule para exigir al Estado posibilidades reales que le permitan ejercer derechos que la jurisprudencia constitucional les ha otorgado, posibilitando el paso de una estrategia orientada al reconocimiento de derechos a otra tendiente a verificar la posibilidad del ejercicio efectivo de éstos.

Hasta aquí se ha podido apreciar que el proceso de reconocimiento progresivo de derechos a las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia⁷⁶ ha tenido tres etapas identificables: i) el reconocimiento de derechos como

⁷⁵ Un hombre gay extranjero adoptó dos niños colombianos. Luego de finalizado el proceso de adopción reveló a funcionarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) su orientación sexual. El ICBF inició un proceso de restablecimiento de derechos y mantuvo la custodia de los niños, al mismo tiempo, hizo una denuncia penal contra el extranjero. Se interpuso una acción de tutela contra el ICBF por la violación de los derechos fundamentales del extranjero y de sus hijos. La Corte tuteló los derechos de los niños. Véase CCC, Sentencia T-276 de 2012, ministro ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 11 de abril de 2012, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-276-12.htm>>, página consultada el 7 de junio de 2013.

⁷⁶ Se llama la atención sobre que si bien la mejora en la situación que afrontan a diario las personas LGBT se ha hecho visible gracias a la jurisprudencia constitucional, ello no significa que en el plano extrajurí-

individuos; *ii*) el reconocimiento de derechos como parejas del mismo sexo; y *iii*) el reconocimiento de derechos como familias.

Se ha visto también que desde 1992, con la expedición de la nueva Constitución Política y la entrada en funcionamiento de sus nuevos mecanismos de protección de derechos, actores judiciales –y en particular con la Corte Constitucional– se han dado a la tarea de proferir sentencias judiciales garantistas de los derechos de las minorías sexuales. Estas sentencias judiciales han interpretado disposiciones normativas constitucionales sobre la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, en el sentido de buscar cobijar a todas las personas sin importar su orientación sexual o su identidad de género. En especial, las sentencias de la Corte Constitucional se han referido a un abanico extenso de casos y han establecido prohibiciones de discriminación en muchas esferas de la vida pública y privada, siendo de esta forma instrumentos que han servido para reducir la brecha de desigualdad entre las personas LGBT y el grueso de la población.

Este proceso ha llegado a tal punto que hoy se puede decir que las personas pertenecientes a la comunidad LGBT se encuentran equiparadas en derechos con las personas heterosexuales, salvo en los que tienen que ver con la posibilidad de casarse y de adoptar niños en pareja. Sobre estos dos temas se espera que en los próximos meses la CCC defina si es posible o no, a la luz de la Constitución, que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio y adopten niños de forma conjunta.

Con todo, el principal logro que puede atribuirse al activismo de la CCC en beneficio de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas no ha sido el

dico no se hubiesen hecho avances importantes en la aceptación de la diversidad sexual como valor. Sobre esto Daniel Bonilla señala: “Finalmente, en el proceso de investigación se hizo evidente como en los últimos dos quinquenios ha habido un cambio notable en la manera como la sociedad colombiana percibe la homosexualidad. Este cambio se explicita particularmente en dos áreas. Por un lado, en la manera como los medios de comunicación se refieren o representan a la comunidad LGBT. Hoy en día es común que en la radio, prensa y televisión se haga referencia a lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas; cada vez más aparecen series, artículos o programas en donde los miembros de la comunidad LGBT son representados sin acudir a estereotipos que los vuelven unidimensionales; y el discurso que se utiliza en los medios para describirlos se aleja cada vez más de las categorías pecado, enfermedad y delito, y se acerca más a las de respeto y reconocimiento de la diferencia sexual. Por el otro, este cambio social se evidencia en la consolidación de un movimiento político y social que visibiliza a la comunidad LGBT en la esfera pública del país y que promueve la defensa de sus derechos”. Véase Daniel Bonilla Maldonado, “Igualdad, orientación sexual y derecho de interés público. La historia de la Sentencia C-075/07”, en *Parejas del mismo sexo: el camino hacia la igualdad*, Colombia, Colombia Diversa/Universidad de los Andes, 2008, pp. 22 y 23.

mero hecho de tomar decisiones judiciales aisladas, sino que, en realidad, consiste en el establecimiento de un marco jurídico con el cual el movimiento social LGBT pueda alzarse frente a la sociedad y el Estado para exigir condiciones que garanticen la posibilidad de ejercer de forma efectiva sus derechos fundamentales. En este sentido, puede decirse que la Corte Constitucional de Colombia hizo modificaciones al ordenamiento jurídico para que las y los ciudadanos tengan la capacidad de hacer transformaciones en la sociedad.

VIII. Bibliografía

- Bonilla Maldonado, Daniel, “Igualdad, orientación sexual y derecho de interés público. La historia de la Sentencia C-075/07”, en *Parejas del mismo sexo: el camino hacia la igualdad*, Colombia, Colombia Diversa/Universidad de Los Andes, 2008.
- Caribe Afirmativo, *Situación de los derechos humanos de la población de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en la Región Caribe 2007-2010*, Cartagena, Caribe Afirmativo, 2012, disponible en <http://www.caribeafirmativo.org/?page_id=72>, página consultada el 7 de junio de 2013.
- CIDH, *Segundo Informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas*, CIDH, 2011.
- Constitución Política de Colombia de 1991, publicada en la *Gaceta Constitucional* núm. 116 el 20 de julio de 1991.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia de tutela, Sentencia T-654 de 2004, ministro ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, 8 de julio de 2004.
- _____, acción de inconstitucionalidad, Sentencia C-029 de 2009, ministro ponente Rodrigo Escobar Gil, 28 de enero de 2009.
- _____, acción de inconstitucionalidad, Sentencia C-098 de 1996, ministro ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, 7 de marzo de 1996.
- _____, acción de inconstitucionalidad, Sentencia C-238 de 2012, ministro ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 22 de marzo de 2012.
- _____, acción de inconstitucionalidad, Sentencia C-373 de 2002, ministro ponente Jaime Córdoba Triviño, 15 de mayo de 2002.
- _____, acción de inconstitucionalidad, Sentencia C-481 de 1998, ministro ponente Alejandro Martínez Caballero, 9 septiembre de 1998.
- _____, acción de inconstitucionalidad, Sentencia C-507 de 1999, ministro ponente Vladimiro Naranjo Mesa, 14 de julio de 1999.
- _____, acción de inconstitucionalidad, Sentencia C-577 de 2011, ministro ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 26 de julio de 2011.

- _____, acción de inconstitucionalidad, Sentencia C-798 de 2008, ministro ponente Jaime Córdoba Triviño, 20 de agosto de 2008.
- _____, acción de inconstitucionalidad, Sentencia C-811 de 2007, ministro ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, 3 de octubre de 2007.
- _____, acción de inconstitucionalidad, Sentencia C-814 de 2001, ministro ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, 2 de agosto de 2001.
- _____, acción de tutela, Sentencia C-075 de 2007, ministro ponente Rodrigo Escobar Gil, 7 de febrero de 2007.
- _____, acción de tutela, Sentencia C-336 de 2008, ministro ponente Clara Inés Vargas Hernández, 25 de marzo de 2008.
- _____, acción de tutela, Sentencia SU-476 de 1997, ministro ponente Vladimiro Naranjo Mesa, 25 de septiembre de 1997.
- _____, acción de tutela, Sentencia SU-623 de 2001, ministro ponente Rodrigo Escobar Gil, 14 de junio de 2001.
- _____, acción de tutela, Sentencia T- 725 de 2004, ministro ponente Rodrigo Escobar Gil, 30 de julio de 2004.
- _____, acción de tutela, Sentencia T-037 de 1995, ministro ponente José Gregorio Hernández Galindo, 6 de febrero de 1995.
- _____, acción de tutela, Sentencia T-062 de 2011, ministro ponente Luis Ernesto Vargas Silva, 4 de febrero de 2011.
- _____, acción de tutela, Sentencia T-097 de 1994, ministro ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, 7 de marzo de 1994.
- _____, acción de tutela, Sentencia T-1096 de 2004, ministro ponente Manuel José Cepeda Espinosa, 4 de noviembre de 2004.
- _____, acción de tutela, Sentencia T-1426 de 2000, ministro ponente Álvaro Tafur Galvis, 19 de octubre de 2000.
- _____, acción de tutela, Sentencia T-248 de 2012, ministro ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 26 de marzo de 2012.
- _____, acción de tutela, Sentencia T-268 de 2000, ministro ponente Alejandro Martínez Caballero, 7 de marzo de 2000.
- _____, acción de tutela, Sentencia T-276 de 2012, ministro ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 11 de abril de 2012.
- _____, acción de tutela, Sentencia T-277 de 1996, ministro ponente Antonio Barrera Carbonell, 20 de junio de 1996.
- _____, acción de tutela, Sentencia T-290 de 1995, ministro ponente Carlos Gaviria Díaz, 5 de julio de 1995.
- _____, acción de tutela, Sentencia T-301 de 2004, ministro ponente Montealegre Lynett, 25 de marzo de 2004.

- _____, acción de tutela, Sentencia T-314 de 2011, ministro ponente Jorge Iván Palacio Palacio, 4 de mayo de 2011.
- _____, acción de tutela, Sentencia T-349 de 2006, ministro ponente Rodrigo Escobar Gil, 5 de mayo de 2006.
- _____, acción de tutela, Sentencia T-492 de 2011, ministro ponente Nilson Pinilla Pinilla, 28 de junio de 2011.
- _____, acción de tutela, Sentencia T-499 de 2003, ministro ponente Álvaro Tafur Galvis, 12 de junio de 2003.
- _____, acción de tutela, Sentencia T-539 de 1994, ministro ponente Vladimiro Naranjo Mesa, 30 de noviembre de 1994.
- _____, acción de tutela, Sentencia T-569 de 1994, ministro ponente Hernando Herrera Vergara, 7 de diciembre de 1994.
- _____, acción de tutela, Sentencia T-594 de 1993, ministro ponente Vladimiro Naranjo Mesa, 15 de diciembre de 1993.
- _____, acción de tutela, Sentencia T-618 de 2000, ministro ponente Alejandro Martínez Caballero, 29 de mayo de 2000.
- _____, acción de tutela, Sentencia T-716 de 2011, ministro ponente Luis Ernesto Vargas Silva, 22 de septiembre de 2011.
- _____, acción de tutela, Sentencia T-717 de 2011, ministro ponente Luis Ernesto Vargas Silva, 22 de septiembre de 2011.
- _____, acción de tutela, Sentencia T-808 de 2003, ministro ponente Alfredo Beltrán Sierra, 18 de septiembre de 2003.
- _____, acción de tutela, Sentencia T-856 de 2007, ministro ponente Humberto Antonio Sierra Porto, 12 de octubre de 2007.
- _____, acción de tutela, Sentencia T-860 de 2011, ministro ponente Humberto Antonio Sierra Porto, 15 de noviembre 15 de 2011.
- _____, acción de tutela, Sentencia T-909 de 2011, ministro ponente Juan Carlos Henao Pérez, 1 de diciembre de 2011.
- _____, acción de tutela, Sentencia T-999 de 2000, ministro ponente Fabio Morón Díaz, 2 de agosto de 2000.
- _____, auto que niega nulidad, Auto A-217 de 2011, ministro ponente Juan Carlos Henao Pérez, 5 de octubre de 2011.
- _____, acción de inconstitucionalidad, Sentencia C-1043 de 2006, ministro ponente Rodrigo Escobar Gil, 6 de diciembre de 2006.
- Colombia Diversa, *Derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en colombia 2005*, Bogotá, Colombia Diversa, 2005.
- _____, *Voces excluidas: legislación y derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia*, Bogotá, Colombia Diversa, 2005.

- _____, *Derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia 2006-2007*, Bogotá, Colombia Diversa, 2007.
- _____, *Todos los deberes, pocos los derechos: situación de derechos humanos de lesbianas, gay, bisexuales y transgeneristas en Colombia 2008-2009*, Bogotá, Colombia Diversa, 2011.
- Decreto –Ley 100 de 1980–, publicado en el *Diario Oficial* núm. 35.461 del 20 de febrero de 1980, disponible en <ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/codigo/codigo_penal_1980.html>, página consultada el 7 de junio de 2013.
- García Villegas, Mauricio, Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Esteban Restrepo Saldañriaga, en *Crítica jurídica teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Bogotá, Uniandes, 2005.
- Jaramillo Sierra, Isabel Cristina, “Familia”, en Motta, Cristina, y Macarena Sáez, *La mirada de los jueces: género y sexualidad en jurisprudencia latinoamericana*, Colombia, Siglo del Hombre, 2008.
- Lemaitre, Julieta, “Los derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: (casi) una narrativa de progreso”, en Bonilla, Daniel, y Manuel A. Iturralde, *Hacia un nuevo derecho constitucional*, Colombia, Universidad de Los Andes, 2005.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, *Hacia el pleno respeto de los derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas. Intervención de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el acto de presentación del libro “Voces excluidas”*, ONU, 2005, p. 2, disponible en <<http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/po0579.pdf>>, página consultada el 7 de junio de 2013.
- Rodríguez Garavito, César, y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, (colección Dejusticia), 2010, disponible en <http://www.rtfn-watch.org/uploads/media/Colombia_-_Cortes_y_cambio_social.pdf>, página consultada el 7 de junio de 2013.

INVESTIGACIÓN

Violaciones a los derechos humanos de los mexicanos solicitantes de asilo en El Paso, Texas, y el sur de Nuevo México de enero de 2008 a junio de 2012

* Ramses Lyst

* Maestra en derechos humanos y especialista en la defensa de derechos humanos de solicitantes de asilo.

Resumen

Este ensayo ofrece una breve historia del asilo en Estados Unidos (EU) y muestra la existencia de violaciones a los derechos de acceso a la justicia y al debido proceso cometidas por agentes del gobierno estadounidense en los casos de mexicanos solicitantes de asilo en El Paso, Texas, y en el sur de Nuevo México. Empieza con una descripción de las leyes nacionales e internacionales que EU ha firmado, las cuales contienen requisitos que los agentes tienen la obligación de cumplir, y sigue con testimonios de asilados mexicanos y descripciones de sus experiencias en el proceso de solicitud de asilo, y termina con conclusiones acerca de varios aspectos de dicho proceso que se prestan a que se cometan violaciones en contra de los derechos humanos de las y los mexicanos que buscan asilo en El Paso, Texas, y el sur de Nuevo México.

Palabras clave: asilo, violaciones, derechos humanos, debido proceso, acceso a la justicia.

Abstract

This essay offers a brief history of asylum in the United States and shows the existence of violations of access to justice and due process in the cases of Mexican petitioners for asylum in El Paso, Texas and southern New Mexico, committed by agents of the United States government. It begins with a description of the national and international laws that the US has signed that contain requirements that the agents have an obligation to comply with and continues with testimonials that consist of the stories of Mexican asylum seekers and descriptions of their experiences in the process of petitioning for asylum; and finishes with conclusions regarding various aspects of the asylum process that lend themselves to violations of the human rights of Mexican asylum seekers in El Paso, Texas and southern New Mexico.

Keywords: asylum, violations, human rights, due process, access to justice.

Sumario

I. Introducción; II. El asilo en Estados Unidos; III. Compilación de historias de personas asiladas mexicanas con base en los testimonios obtenidos de entrevistas directas, de sus solicitudes oficiales de asilo y de sus declaraciones juradas; IV. Conclusiones, y v. Bibliografía.

I. Introducción

a) El trato hacia las personas mexicanas solicitantes de asilo

En los casos de solicitudes de asilo de personas mexicanas en El Paso, Texas, existen violaciones a los derechos al acceso de la justicia, al debido proceso y a la igualdad de protección, que son cometidas por agentes del gobierno estadounidense.

Las dependencias gubernamentales de Estados Unidos (EU) tienen reglas que seguir en el proceso de solicitud de asilo, las cuales están descritas en sus manuales. Asimismo, su Constitución, sus leyes de inmigración y las leyes internacionales que ha firmado el gobierno estadounidense contienen requisitos que las y los agentes están obligados a cumplir.

Sin embargo, aún con la existencia de estas reglas y obligaciones, ¿cuál es la realidad que viven las y los mexicanos que solicitan asilo a EU?

Este ensayo se enfocará en los casos de solicitudes de asilo que fueron presentadas de enero de 2008 a junio de 2012 por personas de origen mexicano en El Paso, Texas, y el sur de Nuevo México, y plantea responder la pregunta: ¿cuáles son aquellos aspectos en el proceso de solicitud de asilo en El Paso, Texas, que se prestan a violaciones a los derechos al debido proceso, al acceso a la justicia y a la igualdad de protección de las personas mexicanas?

b) La metodología

La metodología del ensayo es mixta y se basa en entrevistas abiertas de tipo testimonial, estadísticas, así como cifras oficiales y de organizaciones de la sociedad civil (OSC).

Este artículo es producto de una investigación documental realizada con base en los expedientes legales de las personas que solicitaron asilo a EU. El acopio de información se efectuó a través de distintos momentos: mediante entrevistas a profundidad y observación participante en el proceso de detención de la persona interesada en ser asilada, durante el llenado de las solicitudes de asilo, así como en otras etapas de este proceso legal.

Desde enero de 2008 a junio de 2012 el bufete del abogado Carlos Spector aceptó 76 casos de solicitantes de asilo mexicanos que concentró a 154 clientes. Este ensayo se enfoca en los casos de las familias y de las personas que calificaron para recibir asilo en EU, pues demostraron tener un *miedo creíble* de sufrir persecución por su opinión política y/o porque pertenecen a un grupo social en particular. Una o un solicitante de asilo debe probar que ha sufrido o probablemente sufrirá alguna persecución por su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular, o por su opinión política.¹ La violencia generalizada no se considera dentro de las razones para otorgar el asilo.

Actualmente, las y los asilados en Estados Unidos están empezando a levantar sus voces en contra del Plan Mérida, se involucran en la lucha en Nuevo México por mantener el derecho a una licencia de conducir para todos los residentes del estado –con o sin papeles–, y exigen más controles sobre la venta y el transporte de armas. Han formado un grupo propio denominado Mexicanos en el Exilio, a través del cual informan y educan a la población estadounidense acerca de la situación que se vive en sus pueblos; viajan con la Caravana de la Paz de Javier Sicilia, y ofrecen pláticas y conferencias a grupos estudiantiles. Y es que los derechos humanos se logran defender cuando las víctimas buscan justicia, y gracias al apoyo de organizaciones como la de Mexicanos en el Exilio existe hoy la posibilidad de cambiar la situación de las violaciones a los derechos de las personas asiladas mexicanas en El Paso, Texas, y quizás en el resto de Estados Unidos.

¹ Véase Ley de Inmigración y Nacionalidad, Immigration and Nationality Act, INA § 208(b)(1)(B)(i), “IN GENERAL- The burden of proof is on the applicant to establish that the applicant is a refugee, within the meaning of section 101(a)(42)(A). To establish that the applicant is a refugee within the meaning of such section, the applicant must establish that race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion was or will be at least one central reason for persecuting the applicant.”

II. El asilo en Estados Unidos

Se piensa erróneamente que EU acepta más personas mediante el asilo que cualquier otro país, sin embargo, el reporte de 2011 de la Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) señala que en ese año Sudáfrica fue el primer destino de asilo con 107 000 solicitudes y EU obtuvo el segundo lugar con 76 000. “Casi la mitad de las solicitudes de asilo [a EU] fueron de China (26%), México (14%), o El Salvador (7%)”.²

Aunque EU comparte una frontera de 2 000 millas con México, los casos de asilo otorgados a personas mexicanas son muy pocos. En 2010, de los 4 225 mexicanos que solicitaron asilo a EU, sólo lo obtuvieron 189, es decir, a 4.47% del total de peticiones de asilo presentadas en ese año.³ En 2011 el número de mexicanos que solicitaron asilo a dicho país casi se duplicó a 8 186; sin embargo, únicamente 294 (3.59%) lo consiguieron.⁴ Las estadísticas del ACNUR muestran que, en 2004 y 2005, México no figuraba entre las primeras 15 naciones con solicitantes de asilo a países industrializados, sin embargo, en 2006 se colocó en el 11º lugar, en 2007 su posición ascendió al 7º, en 2008 al 10º, en 2009 descendió al 17º, pero en 2011 volvió a ascender al 11º sitio.⁵

¿Qué es el asilo?, ¿cómo se distingue del refugio? En Estados Unidos cada año el Departamento de Seguridad Interna (DHS, por sus siglas en inglés) publica un reporte con el número de refugiados que ha recibido, así como con la cantidad de casos de asilo que otorgó. Dicho reporte define claramente los términos con los cuales el gobierno estadounidense tipifica las solicitudes de refugio, de asilo, de asilo afirmativo o de asilo defensivo. Bajo estos términos, quienes solicitan asilo lo hacen ya sea dentro del territorio de Estados Unidos o al llegar a un puerto de acceso a ese país, como los puentes, puertos y aeropuertos. Sin embargo, tanto en el caso del refugio como en el de asilo es necesario sustentar las peticiones con base en el inciso 101 (a) (42) de la Ley de Inmigración y Nacionalidad (INA, por sus siglas en inglés) que señala: “aquellas personas que no pueden o no quieren regresar a su país de origen por razones de persecución o por tener un miedo creí-

² United Nations High Commissioner for Refugees, 2011. *Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries. Statistical overview of asylum applications lodged in Europe and selected non-european countries*, Geneve, UNHCR, 2012, pp. 25 y 26, disponible en <<http://www.unhcr.org/4e9beaa19.html>>, página consultada el 13 de junio de 2013.

³ *Ibidem*, p. 43.

⁴ *Ibidem*, p. 45.

⁵ Véanse los reportes de ACNUR de 2005, 2007, 2009 y 2011.

ble de ser perseguidos por cuestiones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social en particular, o por su opinión política”.

En Estados Unidos existen dos tipos de solicitud de asilo: *afirmativo*, a través de un oficial del Servicio de Ciudadanía e Inmigración de EU (U.S. Citizenship and Immigration Services, USCIS), o *defensivo* en procedimientos de deportación frente a un juez de inmigración de la Oficina Ejecutiva para la Revisión Migratoria (Executive Office for Immigration Review, EOIR). Esto constituye una división del trámite de asilo en dos procesos distintos y a cargo de dos diferentes agencias migratorias.

Para que una persona solicite el asilo afirmativo debe estar físicamente en EU. Mientras esté dentro del territorio estadounidense no interesa cómo fue que llegó ni cuál es su estatus migratorio, puede solicitar asilo afirmativo. Cuando una persona pide asilo en un puerto de entrada —en un puente, un aeropuerto, un puerto, etcétera— ante los agentes de Aduanas y Protección Fronteriza de EU (U.S. Customs and Border Protection, CBP), se aprueba su entrevista de miedo creíble, y comienza entonces el proceso de asilo defensivo.

Existen muchas diferencias entre estas dos maneras de lograr el asilo en EU y, sin duda alguna, es mejor el proceso de asilo afirmativo, puesto que las personas que lo solicitan tienen muchas ventajas sobre quienes están en el sistema defensivo.

Generalmente las personas que piden el asilo afirmativo han sido asesoradas por un abogado y tienen visas para estar dentro de EU. Sin embargo, cuando alguien no ha tenido tiempo para hablar con un abogado para conocer cuál es la manera más efectiva de solicitar asilo y —aunque posea una visa para entrar a EU y la presente en el puente o paso fronterizo al momento de solicitarlo—, en casi todos los casos terminará en el proceso defensivo porque ha hecho la solicitud de asilo en un puerto de entrada en lugar de hacerlo desde el interior del país. Es común que las familias grandes tengan que huir apresuradamente y que varios de sus integrantes terminen en diferentes procesos.

El gobierno estadounidense generó un documento para diferenciar los procesos de asilo afirmativo y de asilo defensivo. A continuación se muestra un cuadro que detalla las diferencias entre uno y otro, con un enfoque en las diferencias que son más importantes para las personas mexicanas interesadas en asilarse. Es preciso señalar que la sola existencia de estos procesos tan distintos constituye en sí misma una violación al derecho al debido proceso.

Cuadro 1. Diferencias clave entre los procesos de asilo afirmativo y asilo defensivo

Afirmativo	Defensivo
La persona no está en procedimientos legales frente a un juez de Inmigración	La persona está en procedimientos legales frente a un juez de Inmigración
La persona entrega de una manera afirmativa la forma I-589 a el USCIS	La persona: <ul style="list-style-type: none"> • Se encuentra en proceso de deportación por un oficial de asilo; • Se encuentra en proceso de deportación por violaciones migratorias; o • Intentó entrar a EU sin los documentos correctos y demostró que tiene un miedo creíble de persecución o tortura. Si la persona fue referida por el USCIS, la solicitud de asilo se entrega al juez de Inmigración. Si la persona no ha entregado una solicitud de asilo, él o ella la entregará al juez de Inmigración
La persona se presenta frente a un oficial de asilo del USCIS para una entrevista no adversaria	La persona se presenta frente a un juez de Inmigración con EOIR para una audiencia adversaria parecida a una corte criminal
La persona tiene que proveer un intérprete calificado para la entrevista de asilo	La corte de inmigración provee un intérprete calificado para la audiencia de asilo y todos los demás procedimientos de la corte

Fuente: Elaboración propia con base en el USCIS y en la realidad vivida por las personas mexicanas solicitantes y candidatas de asilo en el periodo de 2008 a 2012, atendidas por el bufete de Carlos Spector.

Cuadro 2. Asilo afirmativo vs. asilo defensivo en general

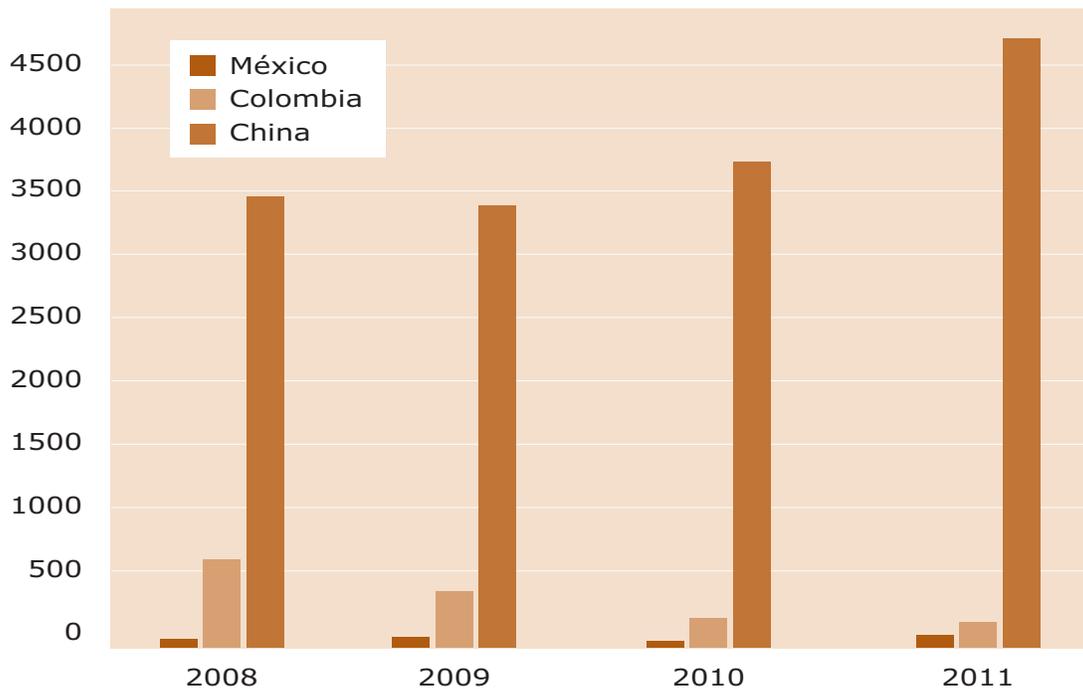
	Afirmativo	Defensivo
Con visa para entrar a EU	La persona típicamente ha consultado a algún abogado	La persona típicamente no ha hablado con un abogado
Sin visa para entrar a EU	La persona está dentro de EU sin documentos	La persona tiene que pedir asilo en un puerto de entrada a EU
Detención	La persona no será detenida	Es muy posible que la persona sea detenida, especialmente si es hombre
Entrevista de miedo creíble	La persona no tiene que pasar por una entrevista de miedo creíble	La persona tiene que presentarse para una entrevista de miedo creíble
Vigilancia	La persona no requiere vigilancia	La persona, si no está detenida estará bajo vigilancia constante por parte del Servicio de Inmigración y Control de Aduanas de EU (U.S. Immigration and Customs Enforcement, ICE) y del Programa de Automatización Seguridad e Información (Información Security Automation Program, ISAP)
Libertad de movimiento	La persona puede viajar a donde quiera dentro de EU	La persona tiene que hacer una cita excepcional con ICE para pedir permiso por parte de su deportador para poder conseguir su firma en una forma I-220 que señale que se le permite viajar. Tiene además que conseguir permiso por parte del ISAP para cambiar su horario de vigilancia o su forma de ser vigilado durante el tiempo del viaje
Tiempo promedio del proceso de principio al fin	Seis meses	Cuatro años

Fuente: Elaboración propia con base en observaciones del proceso legal de las personas atendidas por el bufete de Carlos Spector; noticias de las fechas de sus audiencias; la labor realizada con el fin de conseguir permisos de trabajo para éstas, conversaciones con ellas y con los oficiales del DHS.

a) Casos de asilo defensivo de personas mexicanas en Estados Unidos

Los casos de asilo defensivo otorgados por EU desde 2008 han sido pocos para los mexicanos, para los colombianos han ido disminuyendo y para las personas de nacionalidad china, en cambio, hay muchos y se incrementan año con año. ¿Existe alguna diferencia de trato hacia la gente de procedencia diversa durante el proceso de asilo?

Grafico 1. Casos de asilo defensivo otorgados por EU a México, Colombia y China de 2008 a 2011



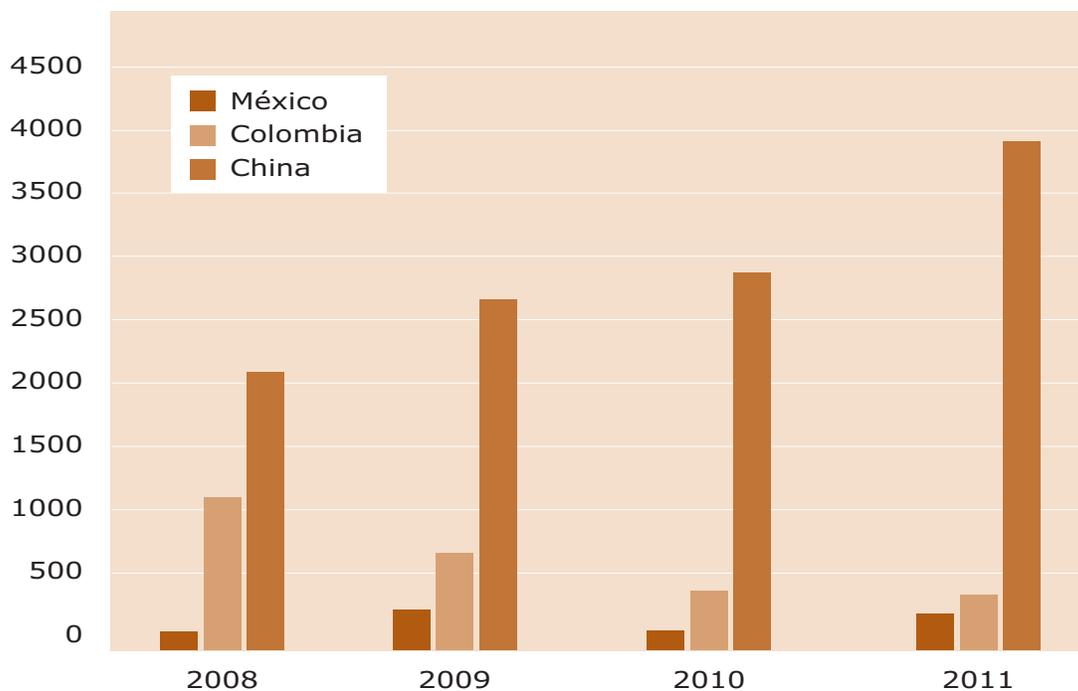
Fuente: Elaboración propia con información del reporte del DHS acerca de los casos de asilo defensivo otorgados por EU en 2011.

El gráfico 1 muestra que EU otorgó asilo defensivo a 73 personas mexicanas en 2008, a 65 en 2009, a 49 en 2010, y a 104 en 2011. Compárense estas cifras con los casos de asilo otorgados a personas originarias de Colombia, otro país *amigo* con el que también existen acuerdos militares: a 547 personas en 2008, a 368 en 2009, a 234 en 2010, y a 213 en 2011. Asimismo, véanse los casos de asilo que Estados Unidos otorgó a China, un país *enemigo* con el que EU no tiene acuerdo militar alguno: a 3 456 en 2008, a 3 449 en 2009, a 3 796 en 2010, y a 4 700 en 2011.⁶

⁶ Daniel C. Martin y James E. Yankay, "Annual Flow Report. Refugees and Asylees: 2011", en *US Department of Homeland Security, Office of Immigration Statistics*, mayo de 2012.

Los casos de asilo afirmativo también reflejan una cisma en los otorgados a solicitantes de países *amigos* y a países *enemigos*. Salehyan y Rosenblum han mostrado cómo en diferentes momentos en la historia de EU “factores como las relaciones militares, económicas y diplomáticas con países que mandan asilados tienen una influencia en índices de aprobación”.⁷

Grafico 2. Casos de asilo afirmativo otorgados por EU a México, Colombia y China de 2008 a 2011



Fuente: Elaboración propia con información del reporte del DHS acerca de los casos de asilo afirmativo otorgados por EU en 2011.

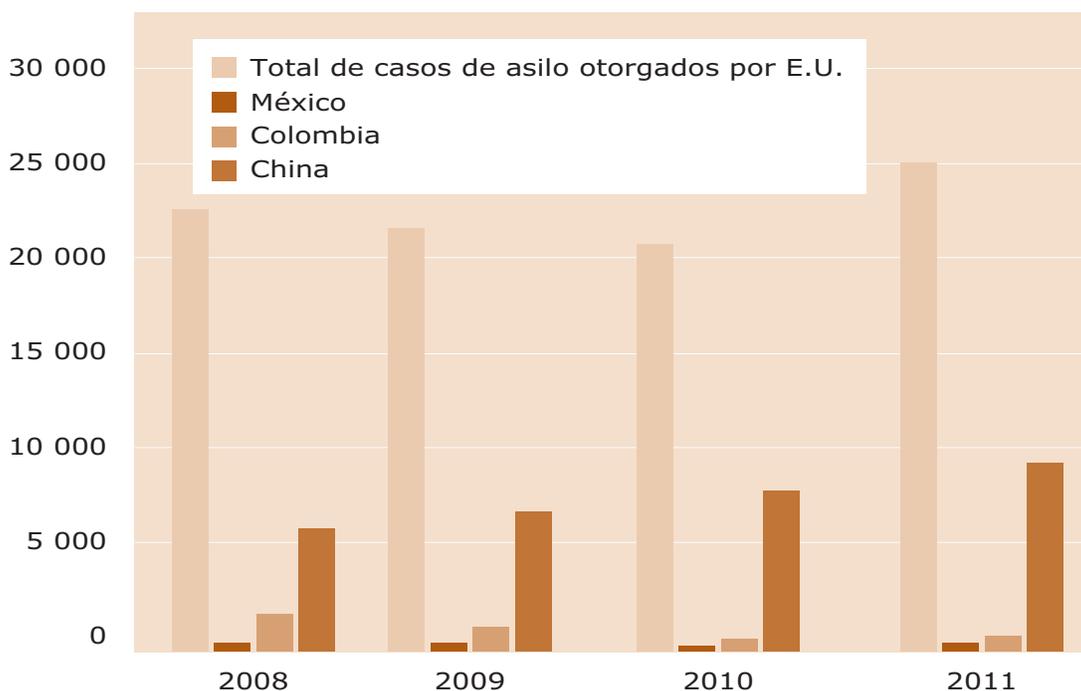
En el gráfico núm. 2 se puede observar que 176 mexicanos recibieron asilo afirmativo en 2008, 191 en 2009, 140 en 2010 y 190 en 2011. Al respecto, los colombianos cuentan con cifras más altas en 2008, año en el que 1 113 recibieron asilo, sin embargo, éstas descendieron a 637 en 2009, a 358 en 2010 y a 325 en 2011. En contraste, los chinos continuaron en una situación muy privilegiada, pues 2 037 recibieron asilo en 2008, 2 710 en 2009, 2 882 en 2010 y 3 901 en 2011.⁸

⁷ Idean Salehyan y Marc Rosenblum, “International Relations, Domestic Politics, and Asylum Admissions in the United States”, en *Political Research Quarterly*, vol. 61, núm. 1, 2 de diciembre de 2008, disponible en <<http://prq.sagepub.com/content/61/1/104>>, página consultada el 13 de junio de 2013.

⁸ Daniel C. Martin y James E. Yankay, *op. cit.*

El número total de personas que recibieron asilo en EU entre 2008 y 2011 fue de 91 220, de éstas se otorgaron 48 668 casos de asilo afirmativos y 42 552 defensivos. El número de mexicanos que recibieron asilo representan 1.08% de los casos totales, de ellos 1.4% fueron casos afirmativos y 0.68% casos defensivos. Los chinos –que literalmente viven en el otro lado del mundo y no están pasando por una crisis humanitaria como en Colombia y México–, sumaron 30% de los casos totales de asilo, es decir, 23.7% de los casos afirmativos y 36.2% de los casos defensivos.

Gráfico 3. Porcentaje de casos de asilo otorgados a México, Colombia y China en relación con el total de casos de asilo otorgados por Estados Unidos de 2008 a 2011



Fuente: Elaboración propia con información del reporte del DHS acerca de los casos de asilo otorgados por EU durante 2011.

Frente a estas consideraciones, vale la pena recordar que en el ámbito jurídico existen leyes nacionales e internacionales que enumeran las obligaciones que tiene EU con las personas asiladas en su territorio para que sus derechos humanos sean respetados y garantizados.

b) Leyes internacionales y el asilo

Después de la segunda Guerra Mundial, como reacción a la violencia y el horror de la guerra, el 24 de octubre de 1945 se conformó la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la cual en un principio se integró “por 51 países que se compro-

metieron a mantener la paz y la seguridad internacionales, fomentar entre las naciones relaciones de amistad y promover el progreso social, la mejora del nivel de vida y los derechos humanos.”⁹ En 1946 el presidente de EU, Harry Truman, envió a Eleanor Roosevelt a la ONU como representante de su país, quien tuvo un papel muy importante en la creación de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), aprobada por la ONU el 10 de diciembre de 1948.

La figura del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados se creó en 1951 en la Asamblea General de la ONU con el propósito de proteger a los refugiados e intentar resolver algunos de sus problemas particulares.¹⁰ Su misión es “velar por la aplicación de las convenciones internacionales que aseguran la protección a los refugiados”.¹¹ En 1951 también se creó la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

Aunque EU tuvo un papel importante en la formación de la ONU, existen varias leyes y tratados que dicho país se ha negado a firmar o ratificar. Sin embargo, sí firmó la DUDH y el artículo 14.1 de dicho instrumento declara que “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”. Otra ley que firmó el gobierno estadounidense, y que tiene un impacto significativo en cuanto a sus obligaciones con respecto del asilo, es el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, ratificado el 1 de noviembre de 1968, por lo que los artículos 2º al 34 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 son obligatorios para el trato de las personas asiladas en EU. De todos los Estados de América y el Caribe existen solo dos que jamás ratificaron la Convención de 1951: Estados Unidos y Venezuela. La Convención de 1951 en el artículo 1.A.2 define a la persona refugiada en los siguientes términos:

Que, como resultado del acontecimiento ocurrido antes del 1 de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguido 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.

⁹ Véase la página en internet de la Organización de las Naciones Unidas, disponible en <<http://www.un.org/es/aboutun/>>, página consultada el 13 de junio de 2013.

¹⁰ Regina Germain, *AILA'S Asylum Primer: A Practical Guide to U.S. Asylum Law and Procedure*, 6^{ta} ed., American Immigration Lawyers Association, 2010, p. 5.

¹¹ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951.

El Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967 declara en su artículo 1.2 que “el término ‘refugiado’ denotará toda persona comprendida en la definición del artículo 1º de la Convención, en la que se darán por omitidas las palabras ‘como resultado del acontecimiento ocurrido antes del 1 de enero de 1951 y [...]’ y las palabras ‘[...] a consecuencia de tales acontecimientos’, que figuran en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1º”.

La Ley de Refugiados de 1980 se escribió con la intención explícita de cumplir con las obligaciones de EU frente al Protocolo y reconoció la necesidad de ayudar a las personas refugiadas en sus necesidades básicas para que puedan incorporarse a su nueva sociedad.

A pesar de que la ONU adoptó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en 1966, EU no lo ratificó sino hasta 1992. El Pacto contiene secciones muy importantes con respecto a las personas asiladas. El artículo 6º informa que “el derecho a la vida es inherente a la persona humana” y el artículo 7º afirma que “no se someterá a ninguna persona a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.”¹² Santhosh Persaud refiere los usos de este Pacto para proteger a las personas asiladas:

El Comentario General núm. 31 consolida hallazgos anteriores del Comité, especialmente el del Comentario General núm. 20, 39 y resume las obligaciones de *no-refoulement* bajo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así: Además, la obligación del artículo 2º requiere que los Estados Parte respeten y aseguren los derechos del Pacto para todas las personas en su territorio y todas las personas bajo su control, lo cual supone una obligación de no extraditar, deportar, expulsar o de otro modo sacar a una persona de su territorio cuando hay razones fundadas para creer que existe un riesgo real de daño irreparable, ya sea en el país al que se le dirija o en cualquier país al que se transporte posteriormente a la persona, de acuerdo a lo que contemplan los artículos 6º y 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹³

El artículo 13 del PIDCP contiene las bases del *non-refoulement*

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a derecho;

¹² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, disponible en <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>>, página consultada el 13 de junio de 2013.

¹³ Santhosh Persaud, *Protecting refugees and asylum seekers under the International Covenant on Civil and Political Rights, Research Paper núm. 132, New Issues In Refugee Research*, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1 de noviembre de 2006.

y a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente y hacerse representar con tal fin ante ellas.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) presentó su *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso* que publicó en inglés en 2010 y en español en 2011. Este reporte señala la existencia de problemas en el sistema de detención de todas las personas migrantes en EU e incluye recomendaciones para guiar al gobierno estadounidense hacia un mejor cumplimiento de sus obligaciones en torno a respetar, proteger y facilitar la protección de los derechos humanos de las y los migrantes.¹⁴ Las anotaciones y recomendaciones de dicho informe se emplean para respaldar las observaciones de este estudio que se basa en los 31 casos de personas asiladas mexicanas en El Paso, Texas.

En 2011 las solicitudes de asilo por parte de ciudadanas y ciudadanos mexicanos constituyeron 14% del total de las presentadas ante EU. Al respecto, cabe preguntarse lo siguiente: ¿Por qué hay tantos mexicanos solicitando asilo? ¿Es razonable pensar que sí fueron deportados y corrían un *riesgo real de daño irreparable*? ¿Por qué llegan tantos a El Paso, Texas? ¿Qué importancia revistió 2008 como año de inicio para realizar este estudio de casos en la región de El Paso, Texas y el sur de Nuevo México? Ahora intentaré responder a estas preguntas.

c) Leyes nacionales y el asilo

El artículo VI, segundo párrafo, de la Constitución de EU reconoce que los tratados internacionales y la Constitución misma son *la ley suprema del territorio*, y vincula jurídicamente a los jueces de cada estado.¹⁵ Asimismo, establece la obligación de respetar todos aquellos tratados y leyes internacionales ratificados por Estados Unidos.

La Carta de Derechos de EU tiene dos enmiendas que se aplican a las personas asiladas: la 5ª y la 14ª. La 5ª enmienda declara que, “no se les privará de la vida,

¹⁴ CIDH, *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso*, OEA/Ser.L/V/11. Doc. 78/10, CIDH/OEA, 30 de diciembre de 2010, disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/Migrantes2011.pdf>>, página consultada el 13 de junio de 2013.

¹⁵ Véase la Constitución de los Estados Unidos, disponible en <<http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution.html>>, página consultada el 13 de junio de 2013.

la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal”. La 14ª enmienda asevera que “ningún estado de Estados Unidos podrá [...] negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección igualitaria de derechos.” Ambas enmiendas se enfocan en el debido proceso y la igualdad en la protección.¹⁶

La primera ley estadounidense escrita específicamente con relación a las y los refugiados fue la Ley de Personas Desplazadas de 1948.¹⁷ Esta ley ayudó principalmente a quienes llegaron desde Europa desplazados por la segunda Guerra Mundial.

La Ley de Inmigración y Nacionalidad de 1952 dedica su sección 208 al tema del asilo, el cual se divide en la solicitud de asilo, las condiciones para su otorgamiento, el estatus de asilo, el procedimiento como tal y, finalmente, los casos de personas que piden asilo desde las Islas Marianas –un grupo específico que tendrá provisiones especiales porque el gobierno estadounidense utilizó dicha isla para desplegar su fuerza aérea a Japón y utilizar las primeras bombas atómicas. Esta ley es importante además porque cambió la política en relación con las detenciones de inmigrantes en general y eliminó esta práctica a menos de que una persona representase un riesgo de fuga o fuera un peligro para la sociedad.¹⁸

Posteriormente el Congreso de EU aprobó la Ley de Ayuda a los Refugiados de 1953, una ley temporal cuya fecha de vencimiento fue el 31 de diciembre de 1956. Se aplicó a un grupo específico de personas inmigrantes que tenía que haber llegado antes de 1953 y privilegió a los alemanes e italianos que no podían regresar a sus países de origen, pero también a quienes habían huido de países comunistas. En 1960 el Congreso aprobó la Ley sobre la Justa Distribución de Refugiados la cual se ocupó de aquellas personas que habían huido de países comunistas o del Medio Oriente.¹⁹

En los años ochenta el Departamento del Estado de Estados Unidos consideraba todo el territorio desde el noroeste de México y hasta el norte de Sudamérica

¹⁶ Véase la Carta de Derechos de los Estados Unidos, disponible en <http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html>, página consultada el 13 de junio de 2013.

¹⁷ Véase Displaced Person's Act of 1948, Chapter 647. An Act to authorize for a limited period of time the admission into the United States of certain European displaced persons for permanent residence, and for other purposes, eightieth Congress, session II, 1948.

¹⁸ Detention Watch Network, “The History of Immigration Detention in the U.S.”, 2008, disponible en <<http://detentionwatchnetwork.org/node/2381>>, página consultada el 13 de junio de 2013.

¹⁹ Véanse Daniel C. Martin y James E. Yankay, *op. cit.*, p. 2; Ley de Personas Desplazadas de 1948; Ley de Ayuda a los Refugiados de 1953; Ley sobre la Justa Distribución de Refugiados de 1960.

como territorio “vital para la seguridad nacional de EU”.²⁰ Muchos estadounidenses estaban en contra del apoyo que su gobierno daba a los dictadores centroamericanos, por ejemplo: con la participación de Estados Unidos en el golpe de estado de 1954 en Guatemala, previo, durante y aún después de ese hecho; con la asistencia militar al ejército de El Salvador, incluso después de las matanzas del arzobispo Romero y las monjas estadounidenses, así como con la ayuda militar y monetaria a los *contras* en Nicaragua. Estos casos ejemplifican la aplicación inconsistente por parte del gobierno de EU de la Ley Para los Refugiados de 1980.²¹ Otro ejemplo es el caso de Nicaragua, en el que Estados Unidos otorgó asilo político a ciudadanos nicaragüenses ricos que arribaban a su territorio por vía aérea, mientras que se lo negaba a miles de nicaragüenses pobres que llegaban a la frontera por otras vías.²²

La Ley de Reforma de la Inmigración Ilegal y Responsabilidad del Inmigrante de 1996 ha tenido consecuencias negativas para la población inmigrante de EU. Una de ellas ha sido el de las detenciones, en las que no se toma en cuenta si existe un riesgo de fuga o si la persona que solicita el asilo representa un peligro para la sociedad.²³ La sección VI de dicha norma asevera que la intención de la ley no es que las personas asiladas resulten afectadas por estas nuevas reglas, pero incluye otras con respecto a la solicitud de asilo. Cuatro de las más problemáticas para los mexicanos que piden asilo en El Paso, Texas son: 1) es necesario solicitar asilo dentro del primer año de estancia en EU; 2) se niega el asilo a ciertos grupos de criminales; 3) los solicitantes tienen que entregar fotos y huellas digitales; y 4) las tarifas de las solicitudes de asilo. También impacta el sistema de permisos humanitarios que permite a las y los solicitantes de asilo vivir con parientes u otras personas en lugar de permanecer en centros de detención, convirtiendo el proceso en uno de caso por caso y con requisitos más exigentes para poder salir de tales centros.

La Ley de Unión y Fortalecimiento de Estados Unidos mediante los Instrumentos Adecuados para Interceptar y Obstruir el Terrorismo (conocido como el USA Patriot Act) fue aprobado el 26 de octubre de 2001. Las secciones 411 y 412 del

²⁰ James D. Crockroft, *Latin America: History, Politics and U.S. Policy*, 2ª ed., Nelson Hall Publishers, 1996, p. 67.

²¹ La Ley Para los Refugiados de 1980 (The 1980 Refugee Act) cambió el procedimiento de otorgamiento del estatus de refugiado con el propósito de ponerlo de conformidad con la ley internacional. La Ley (8 USC 1101 (a)(42) define un refugiado como una persona perseguida o quien tiene “un miedo fundado de persecución a causa de raza, religión, nacionalidad, membresía en un grupo social particular u opinión política”, el 19 de octubre de 2008, disponible en <http://www.npg.org/forum_series/ref&asylum_policy.htm>.

²² James D. Crockroft, *op. cit.*, p. 68.

²³ Detention Watch Network, *ibidem*.

Patriot Act facilitan a los jueces migratorios negar el asilo a una persona solicitante por cualquier problema legal ocurrido en su pasado, incluso si éste ya cumplió su sentencia. Gracias a dicha ley ahora se puede ganar un caso de asilo para que posteriormente la persona asilada permanezca en un centro de detención por un tiempo indeterminado si un procurador sospecha que tiene nexos con algún grupo terrorista, cuya definición cambia constantemente.

En Estados Unidos existen dos agencias del gobierno que son responsables de ver los casos de asilo de personas mexicanas. La primera es el Servicio de Ciudadanía e Inmigración de EU (USCIS, por sus siglas en inglés). Esta agencia trabaja con las personas que cursan por el procedimiento de asilo afirmativo. USCIS tiene oficinas en diferentes regiones del país, la más cercana a la ciudad de El Paso está en Houston, Texas. Las personas en el proceso de asilo afirmativo en El Paso, Texas tienen su entrevista de asilo con un oficial de la oficina de asilo de USCIS en Houston. La segunda agencia es la EOIR. Esta agencia trabaja con las personas que cursan el proceso de asilo defensivo.

d) Departamento de Seguridad Interna

Después de los ataques del 11 de septiembre de 2001, con el propósito de mejorar la seguridad en el país, el gobierno estadounidense cambió la estructura de ciertas agencias que ahora están bajo el control del Departamento de Seguridad Interna (DHS, por sus siglas en inglés).

Las seis agencias que tienen mayor impacto sobre la vida de las y los solicitantes de asilo mexicanos y que ahora están a cargo del DHS son las siguientes:

- *Servicio de Ciudadanía e Inmigración de EU* (USCIS). Trabaja con las personas que están cursando por el procedimiento de asilo afirmativo.
- *Oficina Ejecutiva para la Revisión Migratoria* (EOIR). La EOIR trabaja con los casos de personas en el proceso de asilo defensivo. En esta agencia un juez escucha el caso de asilo defensivo y la procuraduría organiza una ofensa en contra de la o el solicitante de asilo.
- *Aduanas y Protección Fronteriza de EU* (CBP, por sus siglas en inglés). Los oficiales de CBP son las personas que, en primera instancia, tratan quienes cursan por un procedimiento de asilo defensivo. En caso de llegar por tierra, las personas interesadas en obtener el asilo deben ir al cruce fronterizo y solicitarlo a un oficial de CBP.
- *Servicio de Inmigración y Control de Aduanas de EU* (ICE, por sus siglas en inglés). Cuando los oficiales de CBP terminan el interrogatorio de una perso-

na la turnan ya sea al ICE, a un centro para la gente no detenida o a un centro de detención. Si no se retiene a la persona que cursa por un asilo defensivo, se le asigna un agente deportador con quien debe reunirse cada determinado tiempo. La frecuencia de estas reuniones depende del solicitante de asilo y del oficial. Si una persona está en detención, los oficiales del ICE cuentan con la autoridad para liberarla.

- *Juez de Inmigración* (IJ, por sus siglas en inglés).
- *Programa de Automatización Seguridad e Información* (ISAP, por sus siglas en inglés). Si una persona recibe un permiso para salir de detención, además de un deportador de ICE, también se le asigna un oficial del ISAP, quien lo vigilará.

e) Las personas asiladas mexicanas

Las personas asiladas que han llegado desde Chihuahua a Texas cuentan la misma historia una y otra vez, esto independientemente de si fueron policías, activistas, reporteros, camarógrafos, regidores, alcaldes u hombres de negocios en México. Sin importar si pertenecían a la clase baja, media o alta, sus historias son consistentes: narran que con la militarización²⁴ se intensificó la violencia y las violaciones graves a los derechos humanos de la ciudadanía. Cuentan que en el poblado de Balleza, al oeste de Parral, el cártel de Sinaloa está a cargo de este lugar en contubernio con el Partido Acción Nacional (PAN). En Villa Ahumada el cártel La Línea tiene el control del pueblo conjuntamente con el Partido Revolucionario Institucional (PRI). De esta forma los cárteles escogen a los líderes de la sociedad civil que quieren tener en los puestos de poder y utilizando una combinación de dinero, amenazas y, cuando es necesario, la violencia extrema —es decir, la tortura y el asesinato— buscan asegurarse de que las personas que eligen accedan a cargos de regidores o alcaldes para su posterior beneficio. Todos estos pueblos tienen en común el hecho de que la violencia se incrementó con la llegada de los federales y el Ejército, la gente comenta que tanto federales como militares son cooptados por los cárteles y están al servicio de éstos. Amnistía Internacional incluso reconoce que algunas veces los cárteles y las autoridades mexicanas trabajan juntos.²⁵

²⁴ En 2008, la Secretaría de Gobernación (Segob) anunció el inicio del Operativo Conjunto Chihuahua, el cual requería de 2 500 militares y agentes federales.

²⁵ Amnistía Internacional, “Informe anual 2013. Estado de los derechos humanos en el mundo. México”, 2013, disponible en <<http://amnesty.org/es/region/mexico/report-2013>>, página consultada el 13 de junio de 2013.

En los últimos años, mientras se incrementaba la violencia y la impunidad en México, el número de mexicanas y mexicanos que solicitaron asilo en el extranjero también aumentó. Las cifras del ACNUR muestran que en 2007 fueron 2 472 quienes pidieron asilo a EU. En 2010 este número se incrementó a 4 225 y subió casi al doble en 2011, cuando 8 186 personas de origen mexicano solicitaron asilo a dicho país.

La violencia en territorio mexicano ha obligado a muchas personas a dejar sus casas, pueblos natales, terrenos y trabajos. Toda su vida, todo lo conocido. Cuando se toma la decisión de solicitar asilo político, según la experiencia de las personas ya asiladas en esta región, el primer paso ha consistido en cruzar alguno de los puentes entre Ciudad Juárez, Chihuahua, y El Paso, Texas.

Existen asilados mexicanos que en su país elaboraban sus propios ladrillos de adobe y con éstos construían sus casas. Hay quienes eran dueños de sus negocios; algunos eran pequeños pero ellos mismos los habían creado, otros tenían empresas grandes que levantaron con ayuda de sus parientes, y algunos más trabajaban en negocios que habían existido en su familia por generaciones. Es decir, en México tenían una buena vida, eran sus propios jefes y se sentían orgullosos por lo que ellos y/o su familia habían logrado.

Al llegar a EU el contaste es notorio: deben esperar mucho tiempo tan solo para conseguir un permiso de trabajo que les permita enfrentarse a la realidad. Además, es muy difícil que consigan un trabajo en el que se les pague más del salario mínimo y es casi imposible encontrar una situación laboral en la que disfruten del mismo trato y respeto que tenían en México.

Existen otros asilados mexicanos que cuentan con estudios en criminología, finanzas, enfermería y derecho, y que en su país de origen se desempeñaban como jefes de policía, banqueros, enfermeros y abogados. En EU, después de una larga espera para conseguir un permiso de trabajo, es probable que terminen laborando en fábricas, sean vendedores en tiendas, o trabajen en la construcción, el campo o la jardinería.

Asimismo, existen algunos asilados mexicanos que sí tuvieron la posibilidad de planear su éxodo con un poco más de tiempo; que lograron hacer contacto con algún abogado, parientes o un albergue antes de cruzar y llegar con un representante al cruce fronterizo, y que contaron con una casa o lugar a donde pudieron arribar en territorio estadounidense. Estos exiliados generalmente también tuvieron tiempo de escoger recuerdos para llevar a su nuevo país: fotos, documentos importantes, algún objeto con un gran significado emocional; y quizás fue posible que retiraran su dinero del banco. Estos son asilados mexicanos afortunados.

Hay quienes no huyen hasta que el crimen organizado incendia su casa o desaparece a algún miembro de su familia y amenaza al resto de sus integrantes de muerte si no huyen inmediatamente de donde radican. Algunas personas huyen cuando matan a alguno de sus hijos. Otros toman esa decisión desde un hospital después de haber perdido alguna extremidad debido a la práctica de la tortura ejercida por las autoridades. Muchos exiliados reciben amenazas de muerte durante el funeral de un ser querido y tienen que marcharse inmediatamente hacia un cruce fronterizo para pedir asilo, sin siquiera detenerse en su casa. También hay asilados que han tenido que dejar el cuerpo sin vida de un ser querido encima de la tumba de otro familiar, justo donde había sido asesinado, sin poder enterrarlo porque los sicarios están cazando a toda la familia y deben salir en ese mismo momento, sin poder notificar a nadie de lo sucedido.

Estas almas en pena llegan buscando seguridad y pidiendo asilo y, sin embargo, se enfrentan con violaciones a sus derechos humanos, particularmente a sus derechos de acceso a la justicia, al debido proceso e igualdad de protección que son cometidas por agentes del gobierno estadounidense contra las personas mexicanas durante el proceso al que se les somete. Existen problemas de racismo y clasismo, pero también hay elementos del proceso que asemejan violaciones a los derechos humanos y cuyo propósito es desgastar la voluntad de las y los mexicanos interesados en ser asilados. Hay familias de estatus migratorio mixto en las que algunos miembros son ciudadanos, otros son residentes permanentes, algunos están en el proceso de asilo afirmativo mientras otros cursan el proceso defensivo, y todos viven experiencias y pasan por procesos legales completamente distintos cuando llegan a EU. Las personas asiladas a las que alude este ensayo han buscado apoyo legal durante el proceso de asilo, y en algún momento han sido clientes de Carlos Spector, abogado que ha trabajado por varias décadas en asuntos de inmigración en El Paso, Texas.

De los 154 clientes de asilo de origen mexicano atendidos en la oficinas de Carlos Spector, 103 tienen parientes desaparecidos, presuntamente asesinados, es decir, familiares que desaparecieron y después fueron hallados muertos o asesinados. No es poco común en EU que la gente insinúe que las y los mexicanos piden asilo como recurso para conseguir permisos de trabajo, lo cual es sumamente ofensivo para las 103 personas que han perdido para siempre no solo a su patria, su hogar, su cultura, sus amigos y sus trabajos, sino a sus seres queridos.

III. **Compilación de historias de personas asiladas mexicanas con base en los testimonios obtenidos de entrevistas directas, de sus solicitudes oficiales de asilo y de sus declaraciones juradas**

En esta sección se narran de manera amplia las historias que fundamentan los casos de dos familias asiladas que forman parte del grupo de activistas Mexicanos en el Exilio. Sus historias ofrecen un valioso material para el análisis de las graves violaciones del derecho al acceso a la justicia, del derecho al debido proceso, y de sus subderechos.

Detrás de cada historia de asilo existe una tragedia que fue la detonante del éxodo. Por esta causa algunos padres de familia han decidido cambiar los nombres a sus hijos y así protegerlos.

1. *La familia Reyes Salazar*

A la familia Reyes Salazar no se le conoce por esos apellidos en Guadalupe Distrito Bravo, sino como *Los panaderos*. En Guadalupe Distrito Bravo es bastante común que a las personas, e incluso a las familias enteras se las identifique mediante un apodo. A *Los panaderos* les gustaba leer, conversar acerca de la lectura y buscar maneras de mejorar su pueblo, su estado y su país. Eran miembros activos de varios partidos políticos, pero sobre todo del Partido de la Revolución Democrática (PRD). Varios integrantes de la familia trabajaron como oficiales en el ayuntamiento: Rubén y Josefina Reyes Salazar fungieron en diferentes momentos como regidores, Saúl trabajó como secretario del ayuntamiento e hizo campaña para ser presidente del municipio. Toda la familia laboró en la campaña binacional contra el plan de construir un sitio de desechos nucleares en Sierra Blanca, Texas. Después de una década de organización y lucha lograron ganar y el estado de Texas anunció en 1998 que no continuaría con su plan de hacer un lugar de desechos nucleares para evitar dañar el medio ambiente de Sierra Blanca y la región. Como resultado de esta batalla Sara Salazar se ganó el sobrenombre de *doña Sierra Blanca*. Cuando empezaron los feminicidios Josefina y Sara, su madre, se convirtieron en integrantes del grupo Los Mosqueteros del Rastrillo, que acompañaba a los familiares de las jóvenes desaparecidas a buscar sus cuerpos en el desierto. Sara era asesora de derechos humanos del PRD en Chihuahua.

El 16 de noviembre de 2008 Julio César Reyes Reyes fue asesinado. Su madre, Josefina Reyes Salazar, había estado protestando contra las violaciones a los derechos humanos perpetradas por los militares desde su arribo como parte del Operativo Conjunto Chihuahua a principios de 2008. La muerte de su hijo no

la silenció, al contrario, intensificó su lucha en contra de la militarización de su pueblo y su estado.

Tiempo después, el 3 de enero de 2010, es la fecha en que Josefina es asesinada. Aparentemente unos hombres intentaron secuestrarla, pero al resistirse le dispararon en la cara. Su familia insistió en hacer justicia para ella y su hijo. Sara y Rubén exigieron de las autoridades una investigación seria para encontrar a los responsables de estos asesinatos. Sin embargo, el 18 de agosto de ese mismo año, Rubén Reyes Salazar fue acribillado en una calle de su pueblo. Su viuda tenía parientes con ciudadanía estadounidense, y además residentes permanentes, por lo que decidió huir con sus hijos a EU inmediatamente después del funeral de su esposo. Pese a todo, la familia Reyes Salazar continuó pidiendo justicia para sus tres parientes muertos, a la vez que siguieron luchando contra la destrucción del Valle de Juárez. Cuando hombres armados incendiaron la iglesia en Porvenir y comenzaron una campaña de terror durante la cual quemaron tantas casas que el humo alcanzó a varios pueblos en Texas, la prensa internacional se vio forzada a informar al público de la situación, pero la única persona dispuesta a pararse frente a las cámaras de televisión sin cubrir su cara o utilizar un nombre falso fue Elías Reyes Salazar, quien se manifestó en contra de la destrucción de Guadalupe Distrito Bravo y el Valle de Juárez.

El 7 de febrero de 2011, entre dos retenes en la carretera que va desde Ciudad Juárez hasta Guadalupe Distrito Bravo, hombres armados detuvieron a doña Sara Salazar, su nieta, su hija María Magdalena (Malena), su hijo Elías, y su nuera Luisa Ornelas. Así, secuestraron a Malena, Elías y Luisa, y dejaron a doña Sara y a su nieta solas en la carretera. La familia organizó una manifestación frente la Procuraduría de Ciudad Juárez y, al no recibir respuesta alguna de las autoridades locales, una parte se dirigió al Distrito Federal para organizar un plantón en el Zócalo de la ciudad, exigiendo justicia y pidiendo el regreso con vida de sus seres queridos. Fue entonces cuando 19 días más tarde, el 25 de febrero de 2011, los cuerpos sin vida de Malena, Elías y Luisa fueron arrojados en la entrada de Guadalupe Distrito Bravo sobre la calle principal. Inmediatamente después del funeral varios parientes empezaron a recibir amenazas desde el teléfono de Elías, por lo que huyeron hasta el Distrito Federal buscando seguridad.

a) Jorge Luis Reyes Salazar

Después de un mes en el Distrito Federal varios miembros de la familia se dieron cuenta de que no encontrarían ni seguridad ni paz en la ciudad de México y tomaron la decisión de pedir asilo a EU. En abril de 2011 Ángel y Jorge Luis Reyes Salazar llegaron al puente Santa Fe entre Ciudad Juárez y El Paso. Allí defen-

sores de derechos humanos, amigos de la familia, les ayudaron a llegar al puente y los pusieron en contacto con Carlos Spector, quien decidió representarlos de manera gratuita. Ángel nació en El Paso, por lo que contaba con la ciudadanía estadounidense, y su madre, Malena, lo había llevado a El Paso para conseguir su pasaporte estadounidense después del asesinato de su tío Rubén, previendo que fuera necesario tenerlo. Jorge Luis, siendo mexicano sin cualquier tipo de visa para poder entrar en EU, pidió asilo en el puente. El equipo de Spector supuso que Jorge no sería detenido dada la notoriedad del caso de su familia, y por el hecho de que la historia de los Reyes Salazar era conocida hasta por Amnistía Internacional. Sin embargo, siendo un joven mexicano pidiendo asilo en el puente, las autoridades decidieron internarlo en el centro de detención, sin importarles los hechos de su caso.

Así narra Jorge lo que pasó cuando llegó al puente:

A mi llegada al puente fronterizo iba acompañado por mi hermano mayor. Al formarnos en la fila me sentí un poco tenso, pues nunca había pensado pasar hacia Estados Unidos y menos en esta situación, la cual me hacía huir del país por cuestiones de seguridad, pero aun así, aunque mi vida corría peligro volví (*sic*) a ver hacia atrás para ver a México queriendo regresar y lo que más me dolía es que iba a estar lejos de la tumba de mi madre.

Cuando finalmente iba llegando a la caseta, me encontré con la abogada Nancy [Oretskin, quien trabaja con casos de asilo] y Sandra, esposa del abogado Spector.

Cuando me presenté con la oficial para pedir asilo entregué todos los papeles. De allí mi hermano se fue por otra parte. A mí me llevaron para las oficinas de allí. Otros oficiales me interrogaron y querían intimidarme diciéndome que iba a durar mucho en la cárcel, faltándome al respeto con amenazas. Por mi parte, estaba nervioso, pero yo sabía que en México mi vida corría peligro.

Después de 12 horas de insultos, amenazas e interrogatorios decidieron detenerme. Me mandaron al corralón (*sic*). Llegué aproximadamente a la una de la madrugada. Me hicieron cambiarme de ropa y me pusieron un traje azul. Me mandaron a la celda. Nunca había pisado una cárcel. Para mí fue algo feo, pero aprendí muchas cosas esos días que pasaron. Estaba triste, pos no tenía comunicación con nadie de mi familia hasta un domingo que el abogado se presentó y me prometió sacarme de allí. Ya me sentía un poco mejor, pues también me dio el número para poder localizar a mi hermano. Fue una [gran] alegría, pues ya sabía que él por lo menos estaba bien. Poco después fue y me visitó. Lo vi triste, yo también lo estaba, pero no se lo quería demostrar porque quería que él estuviera fuerte.

Después comprendí que nunca en mi vida había conocido tanta gente noble como en ese lugar. Todos eran inmigrantes trabajadores con esperanza de salir [adelante] en este país, luchando [tanto] por un sueño que [hasta] arriesgaban su vida por él. Fue triste conocer a toda esta gente. Tiempo después me dieron la noticia que iba a salir. Me alegré, por fin podría irme de ese lugar. Cuando finalmente salí me dejaron irme, caminé unos cuantos metros para poder hallar un teléfono de donde marcar a mi hermano. Un chavo que me encontré afortunadamente me prestó su celular y le hablé a mi hermano.

Después de ocho días en detención, el oficial que tenía la autoridad para liberar a Jorge en cualquier momento decidió permitirle irse a vivir con su hermano, por lo que contactó a la familia con la cual se quedaría para informarles que alguien debía pasar por él porque lo liberarían en unas horas.

Jorge tendrá su primera cita frente al juez para su primera audiencia maestra hasta enero de 2014.

b) Saúl Reyes Salazar

Mientras tanto Saúl Reyes Salazar –hermano de Josefina, Rubén, Elías y Malena– también decidió pedir asilo con su esposa y sus tres hijos. Nuevamente defensores de derechos humanos se arriesgaron para llevarlos a uno de los puentes entre Ciudad Juárez y El Paso. Todos iban escondidos debajo de algunas cobijas en la parte trasera de un auto. La gran diferencia para ellos fue que casi todos tenían visas láser (la visa B1/B2 de visitantes a EU). Saúl, su esposa y sus dos hijos mayores entraron juntos a EU utilizando sus visas y ya estando allá acudieron con su abogado para llenar las solicitudes de asilo.

En agosto de 2011 Saúl y su familia tuvieron su cita con un oficial de la oficina de asilo en Houston, quien llegó a escuchar su caso a El Paso, Texas. Después de la entrevista –que duró como una hora– dejaron salir a Saúl y comenzó la espera de la decisión. Cinco meses después, el 9 de enero de 2012, Saúl, su esposa y sus hijos recibieron asilo.

2. La familia Escobedo

En el otoño de 2008 desapareció Rubí Frayre Escobedo. Su compañero, Sergio Barraza Bocanegra, después de mentir por meses acerca de su paradero, confesó que la había matado y llevó a la policía y la familia de Rubí al basurero dónde había escondido su cuerpo. Sergio fue arrestado y meses después llegó la fecha de su audiencia. El procurador había estado hablando con Marisela Escobedo, madre de Rubí, acerca de la posibilidad de una negociación de los cargos, pero Marisela quería justicia para su hija y pedía la sentencia más severa para su asesino. Cada día por toda una semana antes de la audiencia Marisela caminó desde el centro de Ciudad Juárez hasta la Corte exigiendo justicia para su hija. Durante la audiencia Sergio pidió perdón a Marisela. Fue un golpe para todos cuando en lugar de que el juez lo sentenciara le dio la absolución. Marisela no podría creerlo. Empezó una campaña para encontrar culpable al asesino de su hija. Organizó una marcha hasta el Congreso del estado en Chihuahua, Chihuahua. Luego trabajó con

la organización de derechos humanos Nuestras Hijas de Regreso a Casa,²⁶ para hacer un viaje hasta el Distrito Federal y demandar justicia frente a los Pinos. En la primera semana de diciembre de 2010 Marisela inició un plantón frente al palacio del gobierno en Chihuahua, diciendo que no lo levantaría hasta que hubiera justicia para su hija.

El 16 de diciembre de 2010 Marisela Escobedo fue asesinada frente al Palacio del Gobierno del estado de Chihuahua. Su asesinato lo capturaron videocámaras alrededor de la plaza. A pesar de ello las autoridades no han podido encontrar al culpable, aunque intentaron culpar por éste crimen a un sicario ya muerto cerca del primer aniversario del asesinato de Marisela.

Mientras la familia de Marisela planeaba su funeral, hombres armados llegaron al almacén de madera y carpintería del compañero de Marisela, donde secuestraron a su hermano e incendiaron el almacén. Al día siguiente el cuerpo sin vida del hermano del compañero de Marisela fue arrojado cerca del almacén destruido.

El 18 de diciembre su familia enterró a Marisela bajo amenazas de muerte y durante su funeral se recibieron más amenazas. Al terminar el funeral, los dos hijos de Marisela, Juan Manuel Frayre Escobedo y Eduardo Alejandro Frayre Escobedo, con su tío Héctor Ricardo Escobedo –hermano de Marisela y testigo de su asesinato– huyeron con Heire –la hija de Rubí– hasta el puente Santa Fe/ Paso del Norte, entre Ciudad Juárez y El Paso, Texas, para pedir asilo. Mientras esperaban, sin previo aviso los oficiales del gobierno de EU se llevaron a Heire a un centro de detención y albergue para menores no acompañados. Después del asesinato de su madre, Heire se había ido a vivir con su abuela. Al ser asesinada su abuela, se trasladó con sus tíos y unas tías estadounidenses residentes permanentes de EU al puente. Todos habían estado en Ciudad Juárez presentes en el entierro de Marisela. A pesar de venir acompañada de parientes cercanos, Heire fue obligada a estar un mes en un centro de detención antes de poder regresarla con su familia. Actualmente una tía suya es su tutora permanente. En la primavera de 2012 Heire consiguió ser asilada. Los oficiales de CBP enviaron a Juan Manuel, Eduardo Alejandro y Héctor Ricardo a centros de detención. Cuando finalmente pusieron en libertad a Juan Manuel, le instalaron una pulsera de vigilancia en su tobillo.

²⁶ Nuestras Hijas de Regreso a Casa, A. C., es una asociación civil de familiares y amistades de mujeres que han sido asesinadas y/o desaparecidas en Ciudad Juárez, Chihuahua, México, desde hace una década. Esta organización nació en febrero de 2001, a raíz de la desatención a las demandas de justicia judicial, la inacción gubernamental, la violación a derechos humanos y la recurrente desatención a víctimas”. Véase <<http://www.mujeresdejuarez.org/>>.

Poco después cruzó Mónica Arias Hernández, esposa de Eduardo Alejandro, quien tuvo la oportunidad de hablar con Carlos Spector antes de llegar. Spector le explicó la diferencia entre el asilo afirmativo y el asilo defensivo. Cruzó con su hijo mayor, quien usó su visa para entrar legalmente a El Paso y pedir asilo afirmativo. En agosto de 2011 Mónica tuvo su audiencia con el oficial de Houston, quien llegó a El Paso para hacer las entrevistas. Dos semanas después le otorgaron el asilo. Para incluir a su esposo y su hijo menor en su solicitud de asilo, bajo la modalidad de estatus derivativo para ambos, Mónica llenó las solicitudes correspondientes, lo cual es un procedimiento sencillo y casi automático.²⁷ A casi dos años de ello, sigue sin tener noticias acerca de la decisión del estatus derivativo.

En la primavera de 2012 el juez de inmigración Hough aceptó una petición para adelantar la fecha de la audiencia individual de Juan Manuel, quien había sufrido amenazas en El Paso y debía vivir lejos de esta área, por lo que debió regresar para la audiencia. El equipo de asilo de las oficinas de Carlos Spector dedicó una semana entera a la preparación del caso para dicha audiencia. Cuando llegó el día de ésta, el procurador explicó que no había recibido la noticia del cambio de fecha con suficiente tiempo para preparar el caso y pidió una prórroga. El juez se la concedió, y sugirió al procurador que dado el hecho de que la cuñada y la sobrina del solicitante ya habían recibido el asilo a través del USCIS, que la procuraduría turnara el caso a dicha dependencia, dado su conocimiento sobre éste. Las oficinas de Carlos Spector continúan solicitando lo que sugirió el juez sin que hasta el momento se tenga éxito. La siguiente audiencia de Juan Manuel está programada para agosto de 2013.

IV. Conclusiones

¿Cuál es el propósito de recopilar esta información? ¿Cuál es su utilidad? Este artículo toca el *qué* de la interrogante de cuáles son los derechos humanos que se violan en el proceso de solicitantes de asilo mexicanos en El Paso, Texas. Además aborda el tema de quiénes están continuamente violando los derechos humanos de las personas solicitantes de asilo mexicanas, en este caso son los oficiales de las seis agencias antes mencionadas. Lo que ahora es necesario encontrar es la respuesta de cómo deben realizarse los derechos de las personas asiladas mexicanas en El Paso, Texas.

²⁷ Estas decisiones, según el sitio red del gobierno, tardan un promedio de cinco meses a nivel nacional y 5.9 meses en la región que concierne a este estudio.

Las obligaciones del gobierno de Estados Unidos de respetar, proteger, garantizar y promover los derechos básicos de las y los mexicanos mientras están en el proceso de solicitar asilo en El Paso, Texas, derivan en parte del hecho de que EU es signatario de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, por lo que los artículos 2º y hasta 34 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 son también obligatorios. Los testimonios denotan que el gobierno estadounidense no está cumpliendo con sus deberes dado que existen demasiadas violaciones a los derechos humanos de las personas de origen mexicano durante el proceso de solicitud de asilo.

Este artículo muestra algunos de los derechos humanos que son vulnerados en el proceso de asilo de solicitantes mexicanos en El Paso, Texas. Además, comparte las historias de las víctimas y muestra quiénes son los opresores. La autora tiene la esperanza de que este documento sienta las bases para comenzar una amplia discusión dentro de EU que pueda prevenir estas violaciones en el futuro.

v. Bibliografía

- AILA's Publications, *Inspector's Field Manual*, disponible en <<http://lib.store.yahoo.net/lib/aila/InspectorsTOC.pdf>>, página consultada el 13 de junio de 2013.
- Amnistía Internacional, "Informe anual 2013. Estado de los derechos humanos en el mundo. México", 2013, disponible en <<http://amnesty.org/es/region/mexico/report-2013>>, página consultada el 13 de junio de 2013.
- Baldini-Potermin, Maria, "Making the case for Mexicans seeking relief from persecution and torture: Asylum, Withholding and Relief Under the Convention against Torture", en *Immigration Briefings 1*, Thomas Reuters (agosto de 2011) Westlaw, 2011.
- Benhabib, Seyla, *The Rights of Others: Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- Bohmer, Carlos, y Amy Ahuman, "Producing Epistemologies of Ignorance in the Political Asylum Application Process", en *Identities: Global Studies in Culture and Power*, vol. 14, issue 5, Routledge, Taylor & Francis Group, LLC, 2007.
- Bowden, Charles, y Molly Molloy, "Mexicans Pay in Blood for America's War on Drugs", en *Dallas Observer News*, Dallas, 2 de agosto de 2012, disponible en <<http://www.dallasobserver.com/2012-08-02/news/mexicans-pay-in-blood-for-america-s-war-on-drugs/>>, página consultada el 10 de junio de 2013.
- Buchanan, Holly, "Fleeing the Drug War Next Door: Drug-related Violence as a Basis for Refugee Protection for Mexican Asylum-Seekers", en *Merkourios*, vol. 27, issue 72, Igitur, Utrecht Publishing & Archiving Services, 2010, pp. 28-60, disponible en <<http://www.merkourios.org/index.php/mj/article/view/21>>, página consultada el 13 de junio de 2013.

- Centro de Derechos Humanos para las Mujeres/Justicia para nuestra hijas/Mukira, “Juárez y Chihuahua, Guerra contra el narcotráfico y Recomendaciones de la CEDAW”, 2012, disponible en <<http://www.scribd.com/doc/100070459/Informe-Sombra-para-la-CEDAW-por-Justicia-para-Nuestras-Hijas-el-Centro-de-Derechos-Humanos-de-las-Mujeres-y-Mukira-AC>>, página consultada el 13 de junio de 2013.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso*, OEA/Ser.L/V/11. Doc. 78/10, CIDH/OEA, 30 de diciembre de 2010, disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/Migrantes2011.pdf>>, página consultada el 13 de junio de 2013.
- Constitution of the United States, 1787, disponible en <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html>, página consultada el 11 de agosto de 2012.
- Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951.
- Crockroft, James D., *Latin America: History, Politics and u.s. Policy*, 2ª ed., Nelson Hall Publishers, 1996.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, disponible en <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf>, página consultada el 13 de junio de 2013.
- Detention Watch Network, “The History of Immigration Detention in the U.S.”, 2008, disponible en <<http://detentionwatchnetwork.org/node/2381>>, página consultada el 13 de junio de 2013.
- Esptein, Brian, “Crossing the line at the border”, en *PBS*, Nueva York, 20 de abril de 2012, disponible en <<http://www.pbs.org/wnet/need-to-know/security/video-first-look-crossing-the-line/13597/>>, página consultada el 13 de junio de 2013.
- Fair Share Refugee Act of 1960 (1960).
- Farfenblum, Bassina, “Executive deference in U.S. refugee law: internationalist paths through and beyond Chevron”, en *Duke Law Journal*, vol. 60, núm. 5, Duke University School of Law, 2011, pp. 1059+.
- Fistetti, Francesco, *Comunidad. Léxico de política*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2004.
- Germain, Regina, *AILA’S Asylum Primer: A Practical Guide to U.S. Asylum Law and Procedure*, 6ª ed., American Immigration Lawyers Association, 2010.
- Huerta, Pamela, “Mexico’s War on Drugs: A Successful Strategy?”, en *University for Peace*, Costa Rica, 9 de abril de 2012, disponible en <http://www.monitor.upeace.org/innerpg.cfm?id_article=894>, página consultada el 13 de junio de 2013.
- Ignatieff, Michael (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton & Oxford/Princeton University Press, 2005.
- Immigration and Customs Enforcement, “2008 Operations Manual ICE Performance Based National Detention Standards (PBNDS), en *Department of Homeland Security Seal-ICE*, disponible en <<http://www.ice.gov/detention-standards/2008/>>, página consultada el 13 de junio de 2013.

- Martin, Daniel C., “Annual Flow Report: Refugees and Asylees: 2010”, en *Office of Immigration and Statistics: Department of Homeland Security*, mayo de 2011, disponible en <http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/statistics/publications/ois_rfa_fr_2010.pdf>, página consultada el 13 de junio de 2013.
- Martin, Daniel C. y James E. Yankay, “Annual Flow Report: Refugees and Asylees: 2011”, en *U.S. Department of Homeland Security, Office of Immigration Statistics*, mayo de 2012.
- Martínez, Sanjuana, “Madres de desaparecidos bordan pañuelos como una forma de resistir y aliviar el dolor”, en *La Jornada*, 2 de septiembre de 2012, disponible en <<http://www.jornada.unam.mx/2012/09/02/politica/017n1pol>>, página consultada el 13 de junio de 2013.
- Moreno Luce, Martha Silvia, “El fundamento de los derechos humanos”, en *Revista Letras Jurídicas*, núm. 15, enero de 2007, disponible en <<http://doctrina.vlex.com.mx/vid/fundamento-derechos-humanos-41926653>>, página consultada el 13 de febrero de 2013.
- National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, “The 9/11 Commission Report: Executive Summary”, disponible en <http://govinfo.library.unt.edu/911/report/911Report_Exec.htm>, página consultada el 13 de junio de 2013.
- Office of Refugee Resettlement, “The Refugee Act”, 1980, disponible en <<http://www.acf.hhs.gov/programs/orr/policy/refact1.htm>>, página consultada el 11 de agosto de 2012.
- Organización de las Naciones Unidas, <<http://www.un.org/es/aboutun/index.shtml>>, página consultada el 13 de junio de 2013.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, disponible en <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>>, página consultada el 13 de junio de 2013.
- Persaud, Santhosh, *Protecting refugees and asylum seekers under the International Covenant on Civil and Political Rights*, Research Paper núm. 132, New Issues In Refugee Research, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1 de noviembre de 2006.
- Plascencia, Luis F. B., “Ignored Migrant Voices-Mexican Political Refugees in the United States”, en *Harvard Journal of Hispanic Policy*, vol. 13, 2000-2001 Hispanic Policy in the 21st Century, 2000.
- Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobado por el Consejo Económico y Social en su Resolución 1186 (XLI), de 18 de noviembre de 1966, y por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2198 (XXI), de 16 de diciembre de 1966, disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/refugiados_protocolo.htm>, página consultada el 13 de junio de 2013.
- Refugee Relief Act of 1953, US Statutes at Large, Public Law 203, Chapter 336, pp. 400-407, 1953, disponible en <<http://www.rohan.sdsu.edu/dept/polsciwb/brian/docs/1953RefugeeReliefAct.pdf>>, página consultada el 13 de junio de 2013.

Salehyan, Idean, y Marc Rosenblum, "International Relations, Domestic Politics, and Asylum Admissions in the United States", en *Political Research Quarterly*, vol. 61, núm. 1, 2 de diciembre de 2008, disponible en <<http://prq.sagepub.com/content/61/1/104>>, página consultada el 13 de junio de 2013.

The Bill of Rights, Nueva York, marzo de 1789, disponible en <http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html>, página consultada el 11 de agosto de 2012]

The UN Refugee Agency, *2008 Global Trends: Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons*, UNHCR, 16 de junio de 2009.

_____, *Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries 2009: Statistical overview of asylum applications lodged in Europe and selected non-European countries*, UNHCR, 23 de marzo de 2010.

_____, *Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries 2010: Statistical overview of asylum applications lodged in Europe and selected non-European countries*, UNHCR, 28 de marzo de 2011.

_____, *Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries 2011: Statistical overview of asylum applications lodged in Europe and selected non-European countries*, Geneve, UNHCR, 27 de marzo de 2012.

The U.S. Department of Justice, "Immigration Courts FY 2010 Asylum Statistics", EOIR-Office of Planning, Analysis, and Technology, 2011.

_____, "Immigration Courts FY 2011 Asylum Statistics", EOIR-Office of Planning, Analysis, and Technology, 2012.

Transactional Records Access Clearinghouse, "Latest Data on Asylum Decisions by Immigration Court Judges: Judge William L. Abbott and Judge Thomas C. Roepke", en *Syracuse University*, 2011, disponible en <<http://trac.syr.edu/immigration/reports/judgereports/>>, página consultada el 11 de agosto de 2012.

USCIS, "Obtaining Asylum in the United States", disponible en <www.uscis.gov/portal/site/uscis>, página consultada el 11 de agosto de 2012.

_____, "Immigration and Nationality Act", disponible en <<http://www.uscis.gov/portal/site/uscis/menuitem.eb1d4c2a3e5b9ac89243c6a7543f6d1a/?vgnnextchannel=f3829c7755cb9010VgnVCM10000045f3d6a1RCRD&vgnnextoid=f3829c7755cb9010VgnVCM10000045f3d6a1RCRD>>, página consultada el 13 de junio de 2012.

US Department of State-Bureau of Western Hemisphere Affairs, "The Merida Initiative: Expanding the US/Mexico Partnership", 29 de marzo de 2012, disponible en <<http://www.state.gov/p/wha/rls/fs/2012/187119.htm>>, página consultada el 13 de junio de 2013.

Weinberg, Bill, "Colombia's Heart of Darkness in NYC--and DC", en *The Nation*, 29 de julio de 2008.

"Anuncian Operativo Conjunto Chihuahua", en *Noticieros Televisa*, México, 27 de marzo de 2008, disponible en <<http://www.esmas.com/noticierostelevisa/mexico/717671.html>>, página consultada el 22 de agosto de 2012.

ENSAYOS TEMÁTICOS

La teoría discursiva dialógica de Robert Alexy: notas principales

Rodolfo L. Vigo*

* Abogado, doctor en ciencias jurídicas y sociales por la Universidad Nacional del Litoral (UNL), licenciado en ciencias políticas por la Universidad Nacional de Rosario, ex camarista civil y comercial y ministro de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe desde 1988. También es miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, docente de la UNL, la Universidad Austral y la Pontificia Universidad Católica Argentina, campus Rosario. A la fecha ha publicado más de 16 libros relacionados con la ética, la interpretación, el derecho natural y la argumentación jurídica.

Resumen

Robert Alexy es uno de los filósofos del derecho con mayor influencia en los últimos años. Su teoría acerca del derecho ha guiado el actuar y las decisiones de diversos tribunales constitucionales en todo el mundo y ha establecido una pauta alternativa para mirar y entender el derecho; pero además los postulados que conforman la base de sus ideas ofrecen algunas eficaces respuestas a diversas interrogantes que aún se hallan en el centro de la discusión de la iusfilosofía actual.

Palabras clave: derecho, moral, filosofía jurídica, Alexy, principios, ponderación, positivismo.

Abstract

Robert Alexy is one of the most influential Law philosophers in the recent years. His theory about Law has guided the actions and decisions of many constitutional courts around the world and has established an alternative way to look at and understand Law; but also the principles that support his ideas provide some effective answers to various questions that are still in the focus of iusphilosophy discussion.

Key words: Law, moral, legal philosophy, Alexy, principles, weighing, positivism.

Sumario

I. Introducción; II. Conceptos del derecho (positivismo y no positivismo); III. Un concepto del derecho no positivista; IV. El efecto riesgo por ausencia de control ético; V. La razón práctica discursiva alexyana; VI. El derecho como institucionalización de la razón práctica discursiva; VII. La teoría de la argumentación jurídica; VIII. Los principios jurídicos; IX. Ponderación y principio de proporcionalidad; X. El Estado constitucional democrático; XI. Los derechos fundamentales; XII. El constitucionalismo moderado; XIII. Conclusiones.

I. Introducción

Al considerar las citas, artículos y libros que se han ocupado de la teoría discursiva dialógica racional de Robert Alexy, se puede afirmar que éste es sin duda uno de los más importantes iusfilósofos europeos actuales. Ello se debe a que, en buena medida, los temas que hoy interesan a la teoría jurídica son los que han motivado el análisis de este importante especialista. Así, al leerlo se puede comprender gran parte de los debates que se encuentran en el terreno de la iusfilosofía contemporánea. Además, la teoría alexyana actualmente expresa de forma paradigmática la agenda y orientación por la que se mueve la filosofía del derecho en consonancia con las características que muestra el derecho que está vigente en Europa. En el presente artículo se repasarán rápida y sucintamente los aportes medulares y particulares de tan destacado pensador.¹

II. Conceptos del derecho (positivismo y no positivismo)

Con el fin de explicitar su filosofía del derecho, sin ambages y de manera rigurosa, Robert Alexy se ha ocupado puntualmente de proponer un concepto del derecho, con la advertencia de que el problema central al respecto es la relación entre moral y derecho, y que las respuestas que se le han brindado siguen siendo –después de dos mil años– básicamente dos: la positivista y la no positivista.

La opción alexyana es inequívocamente por una teoría no positivista que establece la conexión conceptual y necesaria entre derecho y moral. Por supuesto que ese concepto de derecho no deja de lado la dimensión institucional de legalidad conforme al ordenamiento –expresada por Hans Kelsen o Herbert Hart– ni la

¹ Para una lectura ampliada puede consultarse mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas. Ross, Hart, Bobbio, Dworkin, Villey, Alexy, Finnis*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis/Abeledo Perrot, 2006, pp. 294-359.

exigencia de la eficacia social –(por ejemplo de Alf Ross–, pero le suma la corrección moral, racional, discursiva o ideal. Estas conexiones entre derecho y moral pueden ser clasificantes o definitorias –la ausencia del elemento moral resulta incompatible con la existencia del derecho– o cualificantes –la ausencia de ese elemento moral sólo provoca que las normas o los sistemas jurídicos resulten defectuosos o deficitarios, aunque sin perder el carácter jurídico–. En definitiva, el concepto de derecho no positivista de Alexy privilegiará la perspectiva del participante, incluirá la noción de validez –sistémica, social y ética–, comprenderá el derecho como un sistema de procedimientos y admitirá conexiones tanto clasificantes como cualificantes entre derecho y moral.

III. Un concepto del derecho no positivista

La referida conexión implica que los órdenes sociales *absurdos* (*sinnlose Ordnungen*) –en los que está permitido cualquier acto de violencia y en los que no existen fines coherentes sino contradictorios, cambiantes e incumplibles– y los órdenes depredatorios (*prädatorische order räuberische Ordnungen*) –las bandas de los dominadores armados, si bien establecen algunas normas, éstas no fundan ningún derecho de los dominados– son derecho y recién se le puede reconocer cuando el orden depredatorio se convierte en un orden de dominación (*Herrscherordnung*); es decir, cuando los actos de explotación de los dominados se llevan a cabo a través de una praxis reglada que se afirma como correcta ante cualquiera porque sirve a un fin superior. La conclusión no positivista alexyana es que “una práctica social que no pretenda nada fuera de la fuerza o el poder no sería un sistema jurídico” o también, con resonancias radbruchianas, que “el derecho es una realidad que tiene el sentido de servir a los valores jurídicos”.

Queda muy claro que no cualquier contenido es compatible con el derecho. Incluso Alexy recupera la fórmula adoptada por el Tribunal de Núremberg que había propuesto Gustav Radbruch: “la injusticia extrema no es derecho”, y a través de ella sostiene que cuando se condena penalmente a los “guardines del muro de Berlín” no hay un problema de retroactividad de la ley penal debido a que ésta, cuando autorizaba matar a quien intentara cruzar aquel muro, tenía un contenido tan extremadamente injusto que no había podido nacer en el derecho, aun cuando tenía cubiertos otros requisitos igualmente necesarios para su aparición en él.

IV. El efecto riesgo por ausencia de control ético

El concepto no positivista del derecho que establece límites morales para que éste surja resulta absolutamente funcional en los actuales tiempos de justicia

supranacional y de reconocimiento de crímenes imprescriptibles. El derecho ya no queda librado del contenido que establezca el poder soberano de una asamblea constituyente o de un Parlamento, y por ello se le exige a quien va a hacer derecho o a cumplirlo que someta su decisión jurígena a ese control de validez ética, pues de lo contrario estará –advierte Alexy– asumiendo *un riesgo* mientras que se instala en una situación de potencial reproche jurídico penal futuro. De esa manera el mensaje que se infiere de la teoría señalada para todos los que ejercen poderes del Estado es que observen el límite moral que pesa indisponiblemente sobre el derecho para que así no asuman riesgos y queden consecuentemente preservados de cualquier eventual cuestionamiento o responsabilidad jurídica con posterioridad. Esa forma en que se define el derecho con límites éticos indisponibles no sólo es una posición teórica no positivista, sino que también implica futuras consecuencias jurídicas posibles para aquellos que lo crean o lo cumplen sin concretar esa valoración moral.

v. La razón práctica discursiva alexyana

Las afirmaciones alexyanas en materia de la moral están posibilitadas por una confianza destacable que depositan en la razón práctica, ya que proponen lo que llaman *código de la razón práctica*, constituido por 28 reglas que orientan procedimentalmente al discurso argumentativo para garantizar que se puedan responder racional y correctamente problemas o preguntas *prácticas* sobre lo bueno o lo malo, lo justo o lo injusto, lo correcto o lo incorrecto. La clave de ese diálogo racional, discursivo o argumentativo lo constituye “la pretensión de corrección” que acompaña toda aseveración humana. La teoría del discurso confía en la posibilidad de discutir racionalmente y alcanzar juicios prácticos en la medida en que se sigan aquellas reglas, por lo que principalmente es una teoría procedimental de la corrección práctica. El método del discurso es argumentativo, de manera que la teoría sobre éste se diferencia de las teorías procedimentales de la tradición hobbesiana que operan en un proceso de negociación y de toma de decisiones.

VI. El derecho como institucionalización de la razón práctica discursiva

El discurso sujeto a la totalidad de sus reglas es ideal y, por ende, se constituye en *idea regulativa* de los discursos reales, de manera que cualquiera que intente convencer con argumentos a un adversario presupone que éste debería estar de acuerdo bajo condiciones ideales. Los discursos reales pueden aproximarse en distintas medidas a los discursos ideales; sin embargo, el respeto a sus reglas conlleva que haya resultados que son *discursivamente imposibles* y otros *discur-*

sivamente necesarios. Así, queda entre ambos un amplio espacio para lo meramente posible en este sentido en donde se pueden obtener diferentes resultados en el discurso de forma racional.

Esta limitación de la teoría del discurso vuelve racional la determinación de procedimientos jurídicamente regulados que garanticen conocer su resultado y adoptar una decisión. Además de saber la respuesta, se torna necesario asegurar coercitivamente su respeto o acatamiento, y así el derecho también sustituye ese déficit del discurso. Una tercera razón a favor del derecho es que se requiere una organización para no delimitar la vida social a meras acciones individuales o espontáneas:

El carácter ideal de la teoría del discurso conduce [confía Alexy] a la necesidad de su inclusión en una teoría del Estado y del derecho. Este vínculo es mucho más que una simple compensación a sus mencionadas debilidades. Un sistema jurídico que desee responder a las exigencias de la razón práctica, sólo puede crecer a través de nexos de elementos institucionales o reales con tales ideales y no sólo de modo institucional.

VII. La teoría de la argumentación jurídica

La importancia de ésta es subrayada cuando Alexy afirma que las reglas y principios de un sistema jurídico constituyen su dimensión estática y, por ende, para conocerlo completamente se necesita identificar su dimensión dinámica constituida por la teoría o el modo en que los juristas operan aquellas normas y justifican sus respuestas jurídicas. Dicha justificación comprende la *interna o lógica*, que regula aquellas conexiones entre enunciados o premisas; sin embargo, las discusiones se enfocan básicamente en la *justificación externa*, es decir, en las razones que los juristas usan para fundarlas.

La presencia de normas jurídicas no garantiza la solución para todos los problemas debido a la vaguedad del lenguaje, la posibilidad de conflictos normativos, la ausencia de normas o la necesidad de resolver casos en contra del contenido literal de las normas. El discurso jurídico implica exigencias propias como la sujeción a la ley, la consideración de los precedentes, el encuadre en la ciencia jurídica y las limitaciones de las reglas procesales. Asimismo, Alexy ratifica la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general en tanto se propone la unión en todos los niveles de los argumentos específicamente jurídicos con los argumentos prácticos generales. Frente al planteamiento dworkiniano de la “única respuesta correcta” para cada caso, Alexy opta por sostener que los participantes en un discurso jurídico deben elevar la pretensión de que su respuesta es la única correcta, independientemente de que ésta exista o no.

VIII. Los principios jurídicos

Las conexiones entre moral y derecho no son sólo clasificantes sino también cualificantes en el sentido de que hay elementos morales del derecho que posibilitan un mejor o peor derecho, aunque sin perder tal carácter. Aquí aparece el enriquecedor y actual terreno de los principios que en la visión de Alexy no se distingue de los valores –“principios y valores son por tanto lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto deontológico, y en otro caso bajo un aspecto axiológico”– y, por ende, ellos tienen contenido moral y su forma es jurídica. Pero mientras que las reglas son *mandatos definitivos*, los principios son *mandatos de optimización* en tanto que disponen lo mejor según las posibilidades fácticas y jurídicas implicadas en el caso. De esa manera, el mejor derecho queda comprometido con esa tarea de recurrir apropiadamente a los principios que conllevan para el jurista procurar inferir de ellos la respuesta más adecuada de entre aquellas posibles fáctica y jurídicamente. La moral o la corrección del derecho circula por éste a través de los *principios* y para aplicarlos se requieren no silogismos sino ponderaciones.

IX. Ponderación y principio de proporcionalidad

Precisamente en el terreno de aplicar principios, Alexy ha proporcionado una compleja y rica teoría que no sólo ha generado adhesiones y desarrollos sino que, además, ha sido invocada expresamente por muchos tribunales constitucionales del mundo, en particular el alemán. En ese terreno recordemos el *principio de proporcionalidad* con sus tres subprincipios: idoneidad –la intervención debe procurar un fin constitucional–, necesidad –la afectación al principio debe ser la menos gravosa de entre las disponibles– y proporcionalidad en sentido estricto –la afectación debe compensarse o equilibrarse con beneficios–.

Por otro lado, Alexy ha trabajado específicamente el problema de la ponderación de los principios al enunciar la llamada *ley de ponderación* –“cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”– más la *fórmula de peso*, que intenta matematizar el peso de los principios en tensión al conferir un valor numérico al *peso abstracto* de los principios, su peso concreto en el caso y la seguridad de las premisas empíricas en juego.

x. El Estado constitucional democrático

Como ya adelantábamos, “el discurso necesita del derecho para alcanzar la realidad, y el derecho necesita del discurso para lograr legitimidad”. Así, el sistema jurídico acorde con el discurso y su pretensión de corrección responde a exigencias formales y sustanciales que Alexy resume en estos términos: “La teoría del discurso conduce al Estado democrático constitucional porque formula dos exigencias fundamentales en relación con el contenido y la estructura del sistema jurídico: los derechos fundamentales y la democracia”. Si bien existen diversas ideas sobre la democracia, de acuerdo con Alexy la teoría del discurso exige la democracia deliberativa e incluso avanza en proyecciones concretas como

el asegurar un juego de argumentos en los medios electrónicos suficientemente libre, que no pueda ser deformado o sometido por el dinero o el poder, y hay que regular la financiación de los partidos políticos de modo tal que el compromiso del proceso político con la responsabilidad de los ciudadanos sea asegurado y preservado.

Frente a la alternativa de que las decisiones parlamentarias violenten derechos fundamentales como las exigencias de la propia democracia deliberativa, existe la jurisdicción constitucional como medicina autocurativa de la democracia. Alexy excluye de la decisión legislativa al ámbito de la *moral personal* y reconoce como límite de ésta a la moral pública, es decir, “aquello que ciudadanos racionales con concepciones personales del bien distintas consideran como condiciones de cooperación social justa tan importantes como para que el simple legislador no pueda decidir sobre ello”.

xI. Los derechos fundamentales

Todo aquel que opta por el discurso y el consenso para resolver los problemas prácticos debe aceptar los derechos fundamentales cuyo núcleo lo constituyen los derechos a la libertad y a la igualdad. Alexy ha trabajado con cuatro modelos teóricos: aristotélico, hobbesiano, nietzscheano y kantiano, y por supuesto que su vinculación está con el último; sin embargo, a la hora de la fundamentación de los derechos humanos no duda en recurrir a una *metafísica racional y universal* que se remite centralmente a la estructura de la comunicación habermasiana.

Al respecto, Alexy destaca que hay derechos humanos absolutos y relativos: los primeros son derechos que tienen todos frente a todos –el derecho a la vida es un ejemplo–; los segundos son aquellos que los miembros de toda comunidad jurídica tienen en su comunidad –por ejemplo, el de elegir.

Tanto los derechos humanos absolutos como los relativos son [sin ambages lo afirma Alexy] derechos suprapositivos o morales. Una Constitución sólo puede justificarse cuando contiene los derechos humanos absolutos y relativos como derechos fundamentales o positivizados.

Una Constitución incorpora el “derecho racional de la modernidad” o los “principios fundamentales del derecho natural y racional y de la moral moderna del derecho y del Estado” cuando consagra la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la democracia, el Estado de derecho y el Estado social. Cabe destacar que los derechos fundamentales también operan como *principios* y, por ende, su aplicación conlleva el uso de la ponderación y el principio de proporcionalidad.

XII. El constitucionalismo moderado

Robert Alexy ha distinguido entre los sistemas jurídicos modernos aquellos que adscriben al *constitucionalismo* y los propios del *legalismo*. Esta última alternativa se caracteriza por: 1) rechazar los valores o principios y sólo postular normas para la formulación del derecho; 2) recurrir a la subsunción en la aplicación del derecho, descartando la ponderación; 3) reivindicar la autonomía del legislador democrático dentro de la Constitución en lugar de la omnipotencia judicial, y 4) sostener la independencia del derecho ordinario en lugar de la omnipresencia de la Constitución. Obviamente, la visión del constitucionalismo se apoya en estas cuatro variantes que el legalismo rechaza.

La propuesta alexyana opta por un *constitucionalismo moderado* respaldado en los tres niveles del sistema jurídico –reglas-principios-procedimiento–, con la convicción de que dicha postura “es la que permite realizar en la mayor medida la razón práctica”, al confiar a la ponderación racional el espacio para la competencia de decisión del legislador democráticamente legitimado y los principios materiales de la Constitución.

XIII. Conclusiones

El panorama que se ha descrito ilustra la riqueza, amplitud, rigor y actualidad de la teoría discursiva alexyana, por lo que puede concluirse con facilidad que se trata de una propuesta que justificadamente se ha constituido en un interlocutor privilegiado en los debates que en la actualidad se despliegan en el campo de la filosofía del derecho y la teoría jurídica en general.

Como cualquier obra relevante, también genera balances contradictorios donde se subrayan aciertos y cuestionamientos; nosotros mismos lo hemos hecho en

otro lugar a donde remitimos a las y los lectores.² Más allá de ese balance, ahora corresponde destacar que Robert Alexy, con valentía académica y originalidad, ha renovado discusiones y perspectivas que tienen consonancia con el derecho más real y concreto de nuestro tiempo.

² Rodolfo Vigo, “Balance de la teoría jurídica discursiva de Robert Alexy”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, vol. 26, Universidad de Alicante, 2003, pp. 203-225.

ENSAYOS TEMÁTICOS

El derecho a la consulta en el sistema interamericano de derechos humanos: estándares después del caso Sarayaku*

Lisl Brunner y Karla Quintana**

* Este artículo se publicó originalmente en inglés con el título "The Duty to Consult in the Inter-American System: Legal Standards after *Sarayaku*", en *ASIL Insights*, vol. 16, núm. 35, 28 de noviembre de 2012. La presente traducción al español es de las propias autoras y se edita con el permiso de la American Society of International Law, disponible en <<http://www.asil.org>>.

** Al momento de escribir el presente artículo ambas autoras se desempeñaban como especialistas en derechos humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Desde enero de 2013, Karla I. Quintana Osuna funge como secretaria de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Las opiniones expresadas en este documento son exclusivas de las autoras y no necesariamente representan el punto de vista de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la CIDH y la SCJN. Las autoras desean agradecer a Fergus MacKay por sus comentarios al presente artículo.

Resumen

Los derechos humanos de pueblos y comunidades indígenas han cobrado mayor visibilidad gracias al desarrollo de instrumentos internacionales y a sentencias de tribunales del mismo ámbito, en las cuales se ha señalado la responsabilidad internacional de los Estados al no respetar y garantizar los derechos que colectivamente les pertenecen. El desarrollo económico y la desmedida explotación de los recursos naturales son fenómenos que particularmente suelen tener un impacto en los pueblos y comunidades indígenas; por ello, los Estados y sus autoridades deben realizar ejercicios de consulta previa con dichos pueblos y comunidades respecto de las decisiones que les afecten. El objetivo del presente artículo es analizar cómo la obligación de consultar ha mostrado un cambio importante después del pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Sarayaku vs. Ecuador*.

Palabras clave: pueblos y comunidades indígenas, derechos colectivos, obligación de consultar previamente, recursos naturales, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Abstract

Human rights of indigenous people have gained visibility through the development of international instruments and judgments of international courts, in which have noted the international responsibility of States by failing to respect and ensure their collective rights. Economic development and excessive exploitation of natural resources particularly often have an impact on indigenous people and communities; therefore, States and their governments must undertake consultation exercises with these peoples and communities on decisions that affect them. This paper aims to analyze how the duty to consult has shown a significant change after the pronouncement of the Inter-American Court of Human Rights in the *Sarayacu vs. Ecuador* case.

Keywords: indigenous people and communities, collective rights, duty to consult, natural resources, Inter-American Court of Human Rights.

Sumario

I. Introducción; II. Hechos y temas presentados en el caso Sarayaku; III. Origen de la obligación de consulta en el derecho internacional; IV. La sentencia de la Corte Interamericana en el caso Sarayaku; v. Implicaciones para futuros casos que involucren consentimiento previo con comunidades indígenas en el continente americano; VI. Bibliografía.

I. Introducción

A lo largo del continente americano se están llevando a cabo proyectos de desarrollo de gran escala que afectan los territorios de pueblos indígenas que posiblemente no han tenido participación en el proceso de toma de decisiones que condujo a su aprobación. En una sentencia emitida el 27 de junio de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) declaró la responsabilidad internacional del Estado de Ecuador por no haber consultado al pueblo indígena de Sarayaku al otorgar una concesión petrolera en su territorio ancestral. Diversos elementos de la decisión resultan notables: por primera vez, la Corte IDH reconoce la violación a los derechos colectivos del pueblo de Sarayaku en lugar de los derechos individuales de sus miembros. La Corte IDH también sostuvo que la obligación de consultar a los pueblos indígenas sobre medidas legales o administrativas que les afectarán directamente se ha convertido en un principio general de derecho internacional. Asimismo, en su sentencia se esclarece el origen de la obligación de consultar en el sistema interamericano, tema que será abordado en el presente artículo.

II. Hechos y temas presentados en el caso Sarayaku

En 1992 Ecuador reconoció el título ancestral territorial de Sarayaku, al entregar una parcela indivisa de tierra a 28 comunidades indígenas –una de ellas fue el pueblo kichwa de Sarayaku– a lo largo del río Bobonaza, en la región amazónica. Tres años después, el Estado hizo un llamado para la octava ronda internacional con el fin de recibir propuestas de exploración y explotación de hidrocarburos en la Amazonia, incluyendo el territorio mencionado. El 26 de julio de 1996, Ecuador y una compañía petrolera argentina –Compañía General de Combustibles (CGC)– firmaron un contrato para la exploración y explotación de petróleo de un bloque de la Amazonia, 65% del cual se encontraba dentro del territorio ancestral del pueblo de Sarayaku. Las obligaciones de la CGC incluían, entre otras, la preparación de un estudio de impacto ambiental (EIA) y la obtención de los permisos

necesarios por parte de terceros. En 1997 se aprobó el EIA para la fase de prospección sísmica, pero éste nunca se ejecutó; en 2002, se aprobó un EIA actualizado y el proyecto dio inicio.

Entre 2002 y 2003 la actividad de la CGC dentro del bloque petrolero avanzó en 29% del territorio de Sarayaku, destruyendo parte de su *kausa sawach* (selva viviente). En dicho periodo la CGC colocó aproximadamente 1 433 kilos de pentolita (explosivos) que, salvo un ínfimo porcentaje, aún no han sido removidos. En febrero de 2003 la CGC suspendió los trabajos de prospección sísmica debido a causas de fuerza mayor.

Como resultado de la exploración petrolera, el pueblo kichwa se vio impedido para practicar sus medios de subsistencia tradicionales dentro de su territorio; y su libertad de movimiento, dentro y fuera de su territorio, fue limitada. Los habitantes de Sarayaku también tuvieron que defender su territorio del Ejército, el cual había firmado un acuerdo para proteger a las compañías petroleras en la Amazonia y, en consecuencia, había instalado cuatro bases militares. Ni Sarayaku ni los pueblos vecinos fueron consultados por Ecuador respecto del proyecto de explotación petrolera, tal como lo reconoció el Estado ante la Corte IDH. Los esfuerzos de la población de Sarayaku para que se repararan las afectaciones que vivieron fueron infructuosos en los tribunales ecuatorianos.

El punto de mayor controversia ante la Corte IDH fue en relación con la fecha a partir de la cual el Estado tenía la obligación de consultar al pueblo indígena. Los peticionarios y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) argumentaron que las consultas se debieron haber realizado desde el momento de la firma del contrato con la CGC en 1996. Por su parte, el Estado ecuatoriano consideró que dicha obligación no existió sino hasta 1998 o 1999, cuando ratificó el Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y reformó su Constitución para reconocer el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados antes de explotar los recursos naturales en sus territorios. Mientras que los peticionarios citaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la evolución de normas jurídicas internacionales, Ecuador basó su argumento en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la enunciación específica de la obligación de consultar prevista en el Convenio núm. 169 de la OIT.

III. Origen de la obligación de consulta en el derecho internacional

En el sistema interamericano de derechos humanos la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas y tribales antes de emprender acciones que po-

drían afectar sus tierras tradicionales y de obtener su consentimiento previo en ciertas circunstancias se ha expresado como el derecho a la participación efectiva en la toma de decisiones que tengan un impacto en la vida de las comunidades. La CIDH y la Corte IDH han definido el alcance de este derecho de conformidad con los principios de derecho internacional que han evolucionado desde los años sesenta y setenta; tiene su origen en el derecho a la libre determinación que se encuentra en el artículo 1º de los pactos de derechos humanos que entraron en vigor en 1976.¹ Adicionalmente, se le ha interpretado como un aspecto del derecho de las *minorías* a practicar su cultura y a ser libres de discriminación, tal como se establece en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

En 1989 el Convenio núm. 169 de la OIT consagró los derechos de los pueblos indígenas a gozar plenamente de los derechos humanos, incluyendo los derechos económicos, sociales y culturales, sin discriminación; y a participar en la toma de decisiones cuando las acciones del Estado puedan afectarles directamente.² Además, reconoció el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la propiedad de las tierras que tradicionalmente han ocupado, y estableció la obligación estatal de consultarles “de buena fe y [...] con la finalidad de lograr el consentimiento” cuando se estén tomando decisiones que afecten sus tierras o los recursos existentes en ellas. El Convenio claramente requiere el “consentimiento libre e informado” de los pueblos indígenas en caso de que sea necesario trasladarlos de sus territorios tradicionales.³ En una Observación General emitida en 1994, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas también reconoció el derecho de los pueblos indígenas y otras minorías a la participación eficaz en las decisiones que pudieran tener un impacto en sus tierras y recursos,⁴ y tres años después el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés) indicó que el desarrollo y uso de tierras y recursos de los pueblos indígenas

¹ Soberanía permanente sobre los recursos naturales, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 1803 (XVII) del 14 de diciembre de 1962; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, artículo 1º; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, artículo 1º.

² OIT, Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la Conferencia General de la OIT durante su 76ª sesión, Ginebra, 27 de junio de 1989, artículos 3º; 2.2, inciso *b*, 5º, inciso *a*; y 6.1, inciso *b*.

³ *Ibidem*, artículos 14.1, 6.2, 15.2 y 16.2.

⁴ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General núm. 23. Derecho de las minorías (artículo 27), aprobada en el 50º periodo de sesiones, 1994, párr. 7.

solamente debería realizarse con su “consentimiento libre e informado”.⁵ Desde 2001, estos principios han sido retomados con mayor frecuencia en los informes de Naciones Unidas.⁶

A partir de los años noventa la CIDH ha examinado de manera consistente el Convenio núm. 169 de la OIT y la doctrina del sistema de Naciones Unidas para interpretar el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a su participación efectiva en la adopción de decisiones que se relacionen con sus tierras y estilos de vida.⁷ La CIDH ha considerado que éstos emanan de los derechos a la propiedad (consagrado en el artículo 21 de la CADH y en el artículo XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), a ser libre de discriminación y de los derechos políticos (artículo 23 de la CADH). Así, la ratificación del Convenio núm. 169 de la OIT por parte de un Estado no ha sido considerada como determinante en cuanto al alcance de sus obligaciones. En su informe de 1998 la CIDH concluyó que Nicaragua había violado el artículo 21 de la CADH por haber otorgado una concesión en el territorio de la comunidad indígena de Awás Tingni sin su consentimiento.⁸ En el caso Dann —el cual involucraba la incursión

⁵ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General núm. 23. Derechos de los pueblos indígenas, aprobada en el 51º periodo de sesiones, 18 de agosto de 1997, párr. 5.

⁶ Véanse, por ejemplo, Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Cuestiones indígenas. Derechos humanos y cuestiones indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la Resolución 2002/65* de la Comisión*, E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, párr. 73; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Colombia*, E/C.12/1/Add.74, 6 de diciembre de 2001, párr. 12; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Ecuador*, CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ecuador*, E/C.12/1/Add.100, 7 de junio de 2004, párr. 12; Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, 2004; Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Progress report on the study on indigenous peoples and the right to participate in decision-making. Report of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples*, A/HRC/15/35, 23 de agosto de 2010; y Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Industrias extractivas que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos*, A/HRC/18/35, 11 de julio de 2011.

⁷ Véanse, por ejemplo, CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, OEA/Ser.L/V/II.96 Doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997, capítulos VIII-IX; y CIDH, *Informe núm. 75/02. Caso 11.140. Fondo, Mary y Carrie Dann. Estados Unidos*, 27 de diciembre de 2002, párrs. 124-127.

⁸ CIDH, *Informe núm. 27/98. Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni. Nicaragua*, 3 de marzo de 1998, citado en Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 31 de agosto de 2001, serie C, núm. 79, párr. 25.

del gobierno de Estados Unidos en tierras de los *western shoshone* desde los años setenta— la CIDH determinó que la Declaración Americana requería que el Estado adoptara

medidas especiales para garantizar el reconocimiento del interés particular y colectivo que los pueblos indígenas tienen en la ocupación y el uso de sus tierras y recursos tradicionales y su derecho a no ser privados de este interés excepto con su previo consentimiento plenamente informado, en condiciones de equidad y previa una justa compensación.⁹

Ninguno de tales Estados había ratificado el Convenio núm. 169 de la OIT cuando la CIDH emitió los respectivos informes.

Asimismo, la Corte IDH ha empleado las normas de interpretación contenidas en el artículo 29, inciso *b*, de la CADH y “una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos” en sus sentencias relacionadas con los derechos de los pueblos y comunidades indígenas a sus tierras y a la participación efectiva en la adopción de decisiones.¹⁰ La Corte IDH ha adoptado un enfoque parecido al de la CIDH en cuanto a que no ha puesto tanto peso en si un Estado ha ratificado el Convenio núm. 169 y en la fecha en que esto ha ocurrido. En 2005, la Corte IDH dio contenido a la CADH al analizar dicho convenio para determinar que Paraguay había violado el derecho a la propiedad de la comunidad de Yakye Axa con respecto a eventos que ocurrieron casi un año antes de que el Convenio entrara en vigor en aquel país.¹¹ En la sentencia del caso Saramaka de 2007, la Corte IDH dilucidó el alcance del derecho a la participación efectiva, concluyendo que Surinam debió haber consultado al pueblo saramaka, una comunidad tribal, “en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión” que tendría un gran impacto en su territorio; dicho Estado había otorgado concesiones madereras y mineras dentro de las tierras del pueblo saramaka entre 1997 y 2004. A pesar de que Surinam no era parte del Convenio núm. 169 de la OIT, la Corte IDH analizó este instrumento en conjunto con la recién adoptada Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹² (a

⁹ CIDH, *Informe núm. 75/02. Caso 11.140. Fondo, Mary y Carrie Dann. Estados Unidos*, doc. cit., párr. 131.

¹⁰ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas)*, doc. cit., párrs. 147-153. El artículo 29, inciso *b*, establece: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: *b*) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

¹¹ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125, párrs. 84, 127-137, 141 y 156.

¹² Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 61/295 del 13 de septiembre de 2007. En su artículo

favor de la cual había votado Surinam), el derecho a la autodeterminación e informes de Naciones Unidas para interpretar sus obligaciones estatales con base en la CADH. Debido a que concluyó que no se había realizado ninguna consulta con los saramaka, la Corte IDH no analizó a profundidad la cuestión del consentimiento o las consecuencias de la falta de su obtención.¹³

iv. La sentencia de la Corte Interamericana en el caso Sarayaku

Ecuador ratificó el Convenio núm. 169 de la OIT después de haber otorgado la concesión petrolera en el territorio de Sarayaku y del primer EIA, pero con anterioridad a la actualización de éste, al ingreso de la CGC a dicho territorio y a la subsecuente colocación de explosivos.¹⁴ Alejándose de su precedente en el caso Saramaka, la Corte IDH asumió una postura intermedia en el caso Sarayaku, al establecer que “[s]i bien antes de la ratificación de dicho Convenio existía la obligación [del Estado ecuatoriano] de garantizar al pueblo [de] Sarayaku el derecho al goce efectivo de su propiedad conforme su tradición comunitaria, teniendo en cuenta las particularidades propias de su identidad indígena en su relación con el territorio”, Ecuador tenía la obligación internacional de consultar “por lo menos” desde que ratificó este convenio y desde la reforma constitucional de 1998.¹⁵ Finalmente, la Corte IDH añadió –fundamentando su razonamiento en el del Comité de Expertos de la OIT¹⁶– que, “por lo menos” desde la fecha de ratificación del Convenio, Ecuador tendría que haber aplicado las disposiciones de tal Convenio en la implementación del proyecto, aun cuando éste hubiera comenzado a ejecutarse con anterioridad.¹⁷

De acuerdo con la Corte IDH, la obligación de consultar es “un principio general de derecho internacional”¹⁸ y sugirió que, sin perjuicio de que los Estados hayan

32.2 la Declaración establece que los Estados deben celebrar consultas de buena fe con los pueblos indígenas con el fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar proyectos que afecten sus tierras y recursos.

¹³ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, serie C, núm. 172, párrs. 93-95, 130-134, 146 y 154.

¹⁴ Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y Reparaciones)*, Sentencia del 27 de junio de 2012, serie C, núm. 245, párr. 176.

¹⁵ *Ibidem*, párrs. 172, 176 y 183.

¹⁶ El Comité de Expertos se creó en 1926 para examinar los informes gubernamentales en relación con las convenciones ratificadas por dichos Estados. De acuerdo a la OIT, el papel del Comité es “proveer una evaluación imparcial y técnica del estado de aplicación de estándares laborales internacionales”.

¹⁷ Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y Reparaciones)*, *doc. cit.*, notas al pie 234 y 266.

¹⁸ *Ibidem*, párr. 164.

ratificado convenciones internacionales específicas, “está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta”¹⁹ con base en el desarrollo del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas en el sistema interamericano, otros instrumentos internacionales y la jurisprudencia de las más altas cortes nacionales del continente americano.

La Corte IDH fue explícita al detallar los requisitos para asegurar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y tribales.²⁰ Estableció que la obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que el proceso de planear y llevar a cabo la consulta no puede delegarse a una compañía privada o a terceros.²¹ Asimismo, consideró que el proceso de consulta debe implicar un “diálogo genuino como parte de un proceso de participación con miras a alcanzar un acuerdo”,²² y debe ser concebido como un “verdadero instrumento de participación” llevado a cabo de “buena fe”, con “mutua confianza” y con el objetivo de alcanzar un consenso.²³

Mientras que en el caso Saramaka la Corte IDH ya se había referido a la necesidad de que los pueblos indígenas y tribales otorgaran su consentimiento en proyectos de gran escala que afectaran sus territorios, en el caso Sarayaku tomó una postura distinta. La Corte IDH recordó que “la consulta debe tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones”,²⁴ y citó un párrafo de la sentencia del caso Saramaka que establece que

¹⁹ *Ibidem*, párr. 165.

²⁰ La Corte IDH destacó: *i*) que los pueblos indígenas deben estar involucrados en los proyectos que puedan afectar el territorio donde se encuentran u otros derechos esenciales para su supervivencia como grupo; *ii*) la necesidad de las comunidades de estar involucradas en todas las fases de la planeación y desarrollo del proyecto; *iii*) el derecho de los pueblos indígenas a estar informados de los beneficios y los riesgos potenciales de los proyectos; *iv*) el deber del Estado de monitorear el EIA; *v*) la obligación de consultar de acuerdo con las costumbres y tradiciones indígenas; *vi*) la prohibición de ejercer coerción contra la comunidad y sus líderes, y *vii*) la obligación del Estado de demostrar que garantizó la consulta previa. *Ibidem*, párrs. 167, 186, 177, 179, 181, 200 y 206.

²¹ *Ibidem*, párr. 187.

²² *Ibidem*, párrs. 167 y 200.

²³ *Ibidem*, párr. 186.

²⁴ *Ibidem*, párr. 177.

cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio [...] [de un pueblo indígena] el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a [...] [dicho pueblo] sino también [que] debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.²⁵

Adicionalmente, en la sentencia del caso Sarayaku, la Corte IDH notó además que el propósito del EIA no es sólo tener una medida objetiva del impacto en el territorio y en las personas que lo habitan sino también asegurar que los miembros de la comunidad “puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, ‘con conocimiento y de forma voluntaria’”. Asimismo, la Corte IDH se refirió constantemente a la necesidad de buscar y llegar a acuerdos, mantener el diálogo y alcanzar consensos.²⁶

Parecería que este tribunal consideró innecesario hacer un pronunciamiento específico en cuanto al requisito del consentimiento en el presente caso, en virtud de que el Estado no satisfizo su obligación preliminar de consulta. Es decir, la Corte IDH pudo haber estimado que, al no darse una consulta previa e informada con todos los requisitos establecidos en el derecho internacional, es innecesario profundizar en el concepto y la aplicación del consentimiento.²⁷

v. Implicaciones para futuros casos que involucren consentimiento previo con comunidades indígenas en el continente americano

La sentencia del caso Sarayaku tiene implicaciones para actores estatales y no estatales en el continente americano y más allá. Respecto de proyectos de desarrollo que ya se estén ejecutando y que afecten a comunidades indígenas, la sentencia de este caso indica que la ratificación de la CADH por parte de un Estado será el factor más significativo para definir sus obligaciones y las consecuencias jurídicas que se deriven de su incumplimiento. La Corte IDH y la CIDH considerarán también si un

²⁵ Véase Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, doc. cit., párr. 134. La Corte aún no ha abordado cómo se considerará exactamente el consentimiento necesario basado en la interpretación y aplicación de la terminología usada en el caso del pueblo Saramaka, incorporada a través de una nota al pie en el caso del pueblo Sarayaku.

²⁶ Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y Reparaciones)*, doc. cit., párrs. 205, 209, 186.

²⁷ Sin embargo, la Corte IDH evade la cuestión de cuándo se requiere el consentimiento. De conformidad con el derecho internacional, un tribunal debe considerar –luego de un EIA– si hay impactos importantes o se afecta la integridad del territorio. La Corte IDH evadió una vez más especificar lo que sucedería en dichos escenarios y en otros que no cumplan con tales criterios.

Estado ha ratificado el Convenio núm. 169 de la OIT y en qué fecha, dando cierta deferencia a las conclusiones formuladas por el Comité de Expertos de la OIT sobre la situación en particular. No obstante, la conclusión de la Corte IDH acerca de que la obligación de consultar es un principio general del derecho internacional, aunada a la decisión de la CIDH en el caso Dann, demuestran que la ratificación de las convenciones no necesariamente será determinante para declarar la responsabilidad internacional de un Estado por haber violado el derecho a la participación efectiva de una comunidad indígena.

Asimismo, la sentencia del caso Sarayaku también tiene implicaciones para Estados que no son parte de la CADH, ya que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el CERD y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos consultan la jurisprudencia de la Corte IDH para desarrollar sus interpretaciones sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales.²⁸ De esta manera, es probable que la determinación de la Corte IDH, a cerca de que la obligación de consultar a las comunidades indígenas se ha convertido en un principio general de derecho internacional, tenga influencia más allá de los límites geográficos de la jurisdicción de la propia Corte Interamericana.²⁹ Finalmente, la sentencia tiene consecuencias para las empresas multinacionales cuyas operaciones transnacionales están siendo evaluadas a la luz de estándares que se asimilan –cada vez con más frecuencia– a las obligaciones de los Estados.³⁰ De-

²⁸ Véase, por ejemplo, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación núm. 276/2003. *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council) vs. Kenya*, 25 de noviembre de 2009.

²⁹ Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y Reparaciones)*, doc. cit., párr. 164.

³⁰ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Cuestiones indígenas. Derechos humanos y cuestiones indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la Resolución 2002/65* de la Comisión*, doc. cit., párrs. 70-72; Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Industrias extractivas que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos*, doc. cit.; Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011; Corporación Financiera Internacional, Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social, en vigor a partir del 1 de enero de 2012, norma de desempeño 7; Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo, Política Ambiental y Social, aprobada por su Junta Directiva el 12 de mayo de 2008 y entrada en vigor el 12 de noviembre de 2008, requisito de desempeño 7; Manual de Operaciones del Banco Mundial, Política operacional 4.10. Pueblos indígenas, julio de 2005; Departamento Jurídico del Banco Mundial, Nota legal sobre pueblos indígenas, abril de 2005; y Banco Interamericano de Desarrollo, *Operational Policy on Indigenous Peoples and Strategy for Indigenous Development*, Washington, D. C., BID, julio de 2006.

bido al amplio impacto del litigio que puede resultar de los casos que involucren consultas realizadas de manera indebida, la evolución de los estándares internacionales sobre la obligación de consultar resulta pertinente para una amplia gama de actores.

VI. Bibliografía*

Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo, Política Ambiental y Social, aprobada por su Junta Directiva el 12 de mayo de 2008 y entrada en vigor el 12 de noviembre de 2008.

Banco Interamericano de Desarrollo, *Operational Policy on Indigenous Peoples and Strategy for Indigenous Development*, Washington, D. C., BID, julio de 2006.

CIDH, *Informe núm. 27/98. Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Nicaragua*, 3 de marzo de 1998.

———, *Informe núm. 75/02. Caso 11.140. Fondo, Mary y Carrie Dann. Estados Unidos*, 27 de diciembre de 2002.

———, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, OEA/Ser.L/V/II.96 Doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997.

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación núm. 276/2003. *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council) v. Kenya*, 25 de noviembre de 2009.

Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Cuestiones indígenas. Derechos humanos y cuestiones indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65* de la Comisión, E/CN.4/2003/90*, 21 de enero de 2003.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Colombia*, E/C.12/1/Add.74, 6 de diciembre de 2001.

———, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ecuador*, E/C.12/1/Add.100, 7 de junio de 2004.

* N. del E.: La versión en inglés del presente artículo no incluyó un apartado con referencias bibliográficas. Para efectos de su publicación en *métodhos*, se incorpora esta sección con el fin de proporcionar mayor información a las y los lectores.

- Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General núm. 23. Derecho de las minorías (artículo 27), aprobada en el 50º periodo de sesiones, 1994.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Ecuador*, CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003.
- , Recomendación General núm. 23. Derechos de los pueblos indígenas, aprobada en el 51º periodo de sesiones, 18 de agosto de 1997.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Industrias extractivas que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos*, A/HRC/18/35, 11 de julio de 2011.
- , *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011.
- , *Progress report on the study on indigenous peoples and the right to participate in decision-making. Report of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples*, A/HRC/15/35, 23 de agosto de 2010.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada y suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, A/CONF.39/27, aprobada en Viena el 23 de mayo de 1969.
- Corporación Financiera Internacional, Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social, en vigor a partir del 1 de enero de 2012.
- Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125.
- , *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 31 de agosto de 2001, serie C, núm. 79.
- , *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, serie C, núm. 172.
- , *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y Reparaciones)*, Sentencia del 27 de junio de 2012, serie C, núm. 245.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 61/295 del 13 de septiembre de 2007.

Departamento Jurídico del Banco Mundial, Nota legal sobre pueblos indígenas, abril de 2005.

Manual de Operaciones del Banco Mundial, Política operacional 4.10. Pueblos indígenas, julio de 2005.

OIT, Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la Conferencia General de la OIT durante su 76ª sesión, Ginebra, 27 de junio de 1989.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966.

Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, 2004.

Soberanía permanente sobre los recursos naturales, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 1803 (XVII) del 14 de diciembre de 1962.

PRESIDENTE

Luis González Placencia

CONSEJO

José Antonio Caballero Juárez
José Luis Juan Caballero Ochoa
Miguel Carbonell Sánchez
Denise Dresser Guerra
Manuel Eduardo Fuentes Muñiz
Mónica González Contró
Nancy Pérez García
Nashieli Ramírez Hernández
José Woldenberg Karakowsky

VISITADURÍAS GENERALES

Primera Mario Ernesto Patrón Sánchez
Segunda Rosalinda Salinas Durán
Tercera José Antonio Guevara Bermúdez
Cuarta Guadalupe Ángela Cabrera Ramírez
Quinta Luis Jiménez Bueno

CONTRALORÍA INTERNA

Rosa María Cruz Lesbros

SECRETARÍAS

Ejecutiva Gabriela Gutiérrez Ruz
**Promoción de los Derechos Humanos
e Incidencia en Políticas Públicas** Gerardo Sauri Suárez

CONSULTORÍA GENERAL JURÍDICA

Fernando Francisco Coronado Franco

DIRECCIONES GENERALES

Quejas y Orientación Alfonso García Castillo*
Administración Irma Andrade Herrera
Comunicación por los Derechos Humanos Daniel Robles Vázquez
Educación por los Derechos Humanos José Luis Gutiérrez Espíndola

DIRECCIÓN EJECUTIVA DE SEGUIMIENTO

Montserrat Matilde Rizo Rodríguez

CENTRO DE INVESTIGACIÓN APLICADA EN DERECHOS HUMANOS

Ricardo A. Ortega Soriano

SECRETARÍA PARTICULAR DE LA PRESIDENCIA

María José Morales García

COORDINACIÓN GENERAL DE VINCULACIÓN ESTRATÉGICA

Leonardo Mier Bueno

COORDINACIONES

Asesores María José Morales García*
Interlocución Institucional y Legislativa Cristina Isabel Hernández López*
Tecnologías de Información y Comunicación Rodolfo Torres Velázquez
Servicios Médicos y Psicológicos Sergio Rivera Cruz*
Servicio Profesional en Derechos Humanos Mónica Martínez de la Peña

* Encargado de despacho