

# DERECHOS HUMANOS Y GRUPOS VULNERABLES EN CENTROAMÉRICA Y EL CARIBE

TOMO II

Aída Díaz-Tendero Bollain



**CIALC**

Centro de Investigaciones sobre  
América Latina y el Caribe

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

*Rector*

Dr. Enrique Luis Graue Wiechers

*Secretario General*

Dr. Leonardo Lomelí Vanegas

*Secretario de Desarrollo Institucional*

Dr. Alberto Ken Oyama Nakagawa

*Coordinadora de Humanidades*

Dra. Guadalupe Valencia García

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOBRE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

*Director*

Mtro. Rubén Ruiz Guerra

*Secretaria Académica*

Dra. Guadalupe Gómez-Aguado

*Encargado de Publicaciones*

Gerardo López Luna

Derechos humanos y grupos vulnerables  
en Centroamérica y el Caribe

TOMO II

COLECCIÓN  
POLÍTICA, ECONOMÍA Y SOCIEDAD EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE  
35

Aída Díaz-Tendero Bollain

Derechos humanos y grupos vulnerables  
en Centroamérica y el Caribe

TOMO II



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOBRE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE  
MÉXICO 2021

Este libro, derivado del Programa de Apoyo a Proyectos de Investigación e Innovación Tecnológica “Envejecimiento de la población en América Central y las Antillas Mayores en el siglo XXI. Aspectos sociodemográficos, de economía política y de derechos humanos” (IA300117), se publicó con el apoyo de la Dirección General de Asuntos del Personal Académico (DGAPA) de la UNAM.

**Catalogación en la publicación UNAM. Dirección General de Bibliotecas y Servicios Digitales de Información.**

**Nombres:** Díaz-Tendero Bollain, Aída, editor.

**Título:** Derechos humanos y grupos vulnerables en Centroamérica y el Caribe / Aída Díaz-Tendero Bollain.

**Descripción:** Primera edición. | México : Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe, 2021. | Serie: Colección política, economía y sociedad en América Latina y el Caribe ; 35.

**Identificadores:** LIBRUNAM 2099305 | ISBN: 9786073043816.

**Temas:** Derechos humanos -- América Central. | Derechos humanos -- Caribe (Región). | Minorías -- Condición jurídica, leyes, etc. -- América Central. | Minorías -- Condición jurídica, leyes, etc. -- Caribe (Región). | Justicia social -- América Central. | Justicia social -- Caribe (Región).

**Clasificación:** LCC JC599.A49.D47 2021 V.2 | DDC 306.097281—dc23

Diseño de portada: M.A.V. Marie-Nicole Brutus H.

Primera edición: abril de 2021

Fecha de edición: 5 de abril de 2021

D.R. © 2021    Universidad Nacional Autónoma de México  
Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510  
México, Ciudad de México

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOBRE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE  
Torre II de Humanidades, 8º piso,  
Ciudad Universitaria, 04510, México, Ciudad de México  
Correo electrónico: [cialc@unam.mx](mailto:cialc@unam.mx)  
<http://cialc.unam.mx>

ISBN: 970-32-3582-4 (Colección)

ISBN: 978-607-30-4381-6 (Obra)

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Impreso y hecho en México

*Para Eduardo*

## ÍNDICE

### I. PERSONAS MAYORES

1. Poder económico y discriminación etaria: la tutela del adulto mayor como derecho humano emergente . . . . 13  
*Gilbert Armijo*
2. De los estándares internacionales a las normatividades nacionales. El derecho a la salud de las personas mayores . . . . . 45  
*Aída Díaz-Tendero*
3. Los mecanismos de autoprotección jurídica, la enfermedad de Alzheimer y el ejercicio de la autonomía de la voluntad en previsión de la propia incapacidad. . . . 71  
*Joanna Pereira Pérez*

### II. PERSONAS VÍCTIMAS

#### DE DESPLAZAMIENTO FORZADO

4. Desplazados climáticos en El Salvador. . . . . 111  
*Cintya Berenice Molina Rodríguez y Sofía Guadalupe Paniagua Meléndez*
5. La protección de las personas desplazadas internas en El Salvador. Avances, desafíos y oportunidades. . . . . 137  
*Brenda Raquel Romero Arias*

### III. PERSONAS CON DISCAPACIDAD

6. La discapacidad desde un enfoque público y privado . . . 175  
*Caridad del Carmen Valdés Díaz*
7. La aplicación de la Convención de los Derechos  
de las Personas con Discapacidad por la Sala de lo Civil  
y de lo Administrativo del Tribunal Supremo cubano . . . 221  
*Leonardo B. Pérez Gallardo*

### IV. DEMOCRACIA, GENOCIDIO, PUEBLOS INDÍGENAS Y GRUPOS VULNERABLES

8. La defensa de los derechos humanos en Centroamérica:  
labor riesgosa en Estados que se resisten a proteger . . . . . 277  
*Marcia Aguiluz Soto y Luis Enrique Eguren*
9. La protección de las personas que pertenecen a grupos  
vulnerabilizados: especial referencia al ordenamiento  
jurídico dominicano . . . . . 313  
*Hermógenes Acosta de los Santos*
10. Nicaragua. El desafío de la democracia frente  
al autoritarismo . . . . . 345  
*Mario Sánchez, Hloreley Osorio Mercado y Arnin Cortez*
11. En El Salvador sí hubo genocidio . . . . . 409  
*Paula Cuéllar Cuéllar*
12. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales  
en la jurisprudencia de la Corte Interamericana:  
un aporte para el Derecho Internacional  
de los Derechos Humanos . . . . . 417  
*Eduardo Ferrer Mac-Gregor*

## I. PERSONAS MAYORES



# 1. PODER ECONÓMICO Y DISCRIMINACIÓN ETARIA: LA TUTELA DEL ADULTO MAYOR COMO DERECHO HUMANO EMERGENTE

Gilbert Armijo

## I. INTRODUCCIÓN

El tema de la tercera edad es un tema invisible. Parecería que el envejecimiento, al igual que la muerte, es un problema de otros, nunca nuestro, a tal grado que en nuestra sociedad del siglo XXI existen dos grandes grupos desprotegidos: los niños y los ancianos. Se podría decir que, conforme envejecemos, nuestros derechos constitucionales también tienen fecha de caducidad.

A medida que las canas aparecen, comienzan a desaparecer los derechos mínimos, la libertad ambulatoria, la libertad sexual, y la realidad muestra que los hijos poco a poco asumen el papel de padres y los padres el de hijos.

Por ello es bueno reflexionar sobre si es necesario que exista un derecho especializado que proteja estos derechos. Desde luego, admitirlo implica tácitamente reconocer que los derechos de los que somos destinatarios por nuestra sola existencia ya no son eficaces para este grupo. Debemos preguntarnos qué cambia al cumplir, por ejemplo, sesenta y cinco años, y qué norma dice que a partir

de ese momento no sólo debemos pensionarnos, sino que nuestros derechos también asisten a su jubilación.<sup>1</sup>

Indudablemente, según pasa el tiempo, el grupo de la tercera edad tiene nuevas necesidades, por ello es preciso que la sociedad le brinde apoyo para solucionar sus problemas, algunos tan simples como una mayor oferta de medicinas, otros tan complejos como la soledad.

Ante esta realidad, diferentes ONGs e incluso las Naciones Unidas han mostrado una creciente preocupación por el diseño de una protección internacional especial para este grupo etario. Para algunos esto es inconcebible, pues los derechos humanos no están diseñados para la protección de categorías.<sup>2</sup>

Sin embargo, cada vez más asistimos a un replanteamiento de esta vieja tesis, conforme las protecciones específicas se multiplican en favor de los trabajadores, los discapacitados, las mujeres, los niños y los ancianos, sin que por ello se pueda considerar que la tutela de las minorías implica por sí misma una violación al principio de igualdad, precisamente por las necesidades tan especiales que caracterizan a cada grupo.<sup>3</sup>

## II. EFECTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES DEL ENVEJECIMIENTO EN COSTA RICA

El envejecimiento no sólo tiene efectos personales, como la disminución de las capacidades físicas y psíquicas, sino que también

<sup>1</sup> Debemos advertir que el análisis que se hace no es el clásico de los derechos económicos, sociales y culturales.

<sup>2</sup> Categoría que se vuelve minoría económica. Véase Luis Prieto Sanchíz: “Igualdad y minorías”, en *Derechos y libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, núm. 5, año II, julio-diciembre de 1995, p. 120.

<sup>3</sup> Sandra Huenchuan y Alejandro Morlachetti, “Análisis de los instrumentos internacionales y nacionales de derechos humanos de las personas mayores”, en *Notas de Población*, núm. 81, CEPAL, 2003, pp. 50-51.

tiene una serie de efectos sociales que han obligado a los Estados a tomar decisiones de políticas públicas.

A modo de ejemplo, citamos un estudio de Pedro Nikken sobre el crecimiento mundial de este grupo. Conforme la sociedad brinda una mayor calidad de vida, las expectativas crecen en igual proyección; por ejemplo, en 1950 las personas mayores de sesenta años eran 200 millones, para 1975 habían aumentado a 350 millones y para 2025 se espera que existan 1 100 millones. Esto significa un aumento del 224 en sólo cincuenta años.<sup>4</sup>

En la Declaración de Montevideo se hablaba de números igualmente preocupantes para los Estados latinoamericanos y del Caribe, pues la proyección para 2000 era que el 8.1% de los habitantes tendrían más de 60 años (un total de 42 millones de personas), y para 2020 la proporción habría ascendido al 12.4% de la población total (84 millones de personas).<sup>5</sup>

El tema puede ser abordado desde dos perspectivas: la económica y la social o humanitaria. Las tesis no son necesariamente antagónicas, pero desde luego pueden ser entendidas de esa manera.

### 1. La perspectiva económica

Desde el enfoque económico, el envejecimiento se ve como un problema. Implica un cambio de estructuras que conlleva una serie de falencias y dificultades que debe enfrentar el país cuando disminu-

<sup>4</sup> Pedro Nikken, *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, julio-diciembre 1986, p. 32.

<sup>5</sup> En nuestro caso, la esperanza de vida aumentó de manera extraordinaria: pasó de 42 años en 1930 a 78.5 en 2008, que es la segunda más alta de América, por debajo únicamente de Canadá, pero por encima de países como Estados Unidos y Cuba. Programa Estado de la Nación (Costa Rica), *Estado de la región en desarrollo humano sostenible: un informe desde Centroamérica y para Centroamérica*. San José C. R., Estado de la Nación, 2008, p. 183.

ye la población económicamente activa, entendida como aquella susceptible de producir riqueza mediante el trabajo físico e intelectual. Esto obliga a reformular la planificación para el desarrollo de acuerdo con los nuevos factores demográficos.<sup>6</sup>

En este primer modelo la economía desempeña un papel esencial; en consecuencia, se toma una serie de medidas tendientes a contener el gasto social y a implementar nuevas políticas para hacer producir a los improductivos, es decir, las personas de la tercera edad. La forma de hacerlo es imponer nuevos impuestos a las pensiones o jubilaciones, pues deben contribuir cada vez más al sostenimiento del régimen. En igual sentido, de acuerdo con estudios actuariales, se vuelven práctica común las constantes reformas a la ley del régimen de pensiones, sobre la base jurídica de que el derecho se adquiere en el momento de pensionarse y hasta que ello ocurra sólo se cuenta con una expectativa de derecho.<sup>7</sup>

Esta tesis jurídica permite cambiar las reglas del juego en la normativa pertinente, en perjuicio de los futuros pensionados. Se aumenta la edad de jubilación, y el dinero que efectivamente van a recibir es un porcentaje cada vez menor. Para entendernos: desaparecen las pensiones del 100%, que se disminuyen al 80%, al 70 y en algunos casos al 50% del salario devengado. Como cada vez es más difícil que una persona pueda subsistir con una pensión, se la obliga indirectamente a continuar trabajando si desea mantener su nivel de vida.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> En la transición hacia el envejecimiento hay un periodo en el que grupo de menores de 15 años se reduce y el de mayores de 64 años aún no ha crecido de manera sustancial, por lo que la dependencia demográfica permanece baja; a esto se denomina *bono demográfico*. En Costa Rica el beneficio del bono demográfico finaliza en quince años. Programa Estado de la Nación, Costa Rica, *op. cit.*, p. 184.

<sup>7</sup> Véanse las constantes reformas a la Ley de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional (ley 8536, del 27/07/2006; ley 7946, del 18/11/1999; ley 7531, del 10/07/1995, entre otras).

<sup>8</sup> Sonia Cuentas, “Propuestas e iniciativas para la seguridad económica de los adultos mayores en América Latina y el Caribe”, en *Dehuidela*, vol. 13, año 7,

En otros casos la tramitología burocrática se ensaña con este grupo etario, de manera que pensionarse se vuelve un verdadero calvario. Esto se debe a la cantidad de trámites administrativos que es preciso completar antes de disfrutar de la pensión, a veces por años, como ocurre en Costa Rica con la Junta de Pensiones y Jubilaciones.<sup>9</sup>

Por cada día que el Estado atrasa la pensión a la persona de la tercera edad, esta debe vivir de la caridad o convertirse en un dependiente más de su familia, en especial si no tiene ahorros suficientes para superar la transición de trabajador activo a pensionado. Una vez que se acoge a la pensión no recibe salario, pero tampoco pensión, porque esta se encuentra en trámite.

El Estado, en cambio, por cada día, mes o año que retarde el pago, puede utilizar esos dineros para solventar otras “necesidades más apremiantes”. Prácticamente se trata de un enriquecimiento ilícito, pues cuando finalmente el Estado le da la pensión o la jubilación a la persona de la tercera edad, no hace ninguna indexación ni tampoco le paga intereses por el tiempo transcurrido.

En Costa Rica existe una doble injusticia. La edad promedio de vida de una persona es de 76 años; si se jubila a los 65, sabemos que prácticamente esa persona ha cotizado para un régimen de pensiones por treinta años y lo disfrutará a los sumo diez. Si tomamos en consideración que el otorgamiento efectivo de la pensión demora aproximadamente de tres a cuatro años, tenemos que esa persona sólo vivirá en condiciones medio dignas seis años. En síntesis, cada vez que se atrasa el pago de una pensión, se le roba a la persona lo más valioso, que es precisamente lo que no tiene: el tiempo y el derecho a morir con dignidad.

---

Universidad Nacional, junio-diciembre de 2006, p. 18. En igual sentido, OIT, “Seguridad de los ingresos en la vejez”, en *Dehuidela*, vol. 13, año 7, Universidad Nacional, junio-diciembre de 2006, p. 22.

<sup>9</sup> Cerca de un 40% de los amparos que nos ingresaron en 2008 fueron por estas razones.

## 2. *La configuración social y humanitaria*

Desde el enfoque social y humanitario las respuestas son diferentes. Se reconoce que el anciano tiene necesidades específicas y, sobre todo, que su dignidad no debe ser menoscabada, porque no se trata de una minoría sobreviviente, débil e improductiva, sino de seres humanos que ingresan en una nueva etapa de su vida. Por ello, se hace hincapié en la solución de problemas puntuales, como la salud, la calidad de vida, la educación, la independencia y la libertad, sólo por mencionar algunas.<sup>10</sup>

Desde luego, los críticos de esta tesis insisten en que ello solo es posible cuando se cuenta con los medios económicos que puedan sostener esas estructuras sociales.

En doctrina, las discusiones han sido arduas y en algunos casos infructuosas; sin embargo, se sigue discutiendo sobre cómo encontrar el equilibrio entre el desarrollo económico y la potenciación de los aspectos humanitarios.

La comunidad internacional y la OIT, en un primer momento a través de la Sociedad de Naciones, desarrollaron una serie de mínimos en cuanto a la edad de retiro y las condiciones en las cuales debía pensionarse un ser humano, y últimamente se insiste en el derecho al trabajo, la dignidad y el derecho a la vivienda, sólo por mencionar algunos de los derechos básicos.

Evidentemente se ha recorrido un largo camino desde 1948, fecha en que se inició una serie de esfuerzos en ese sentido. A la delegación argentina correspondió el honor de presentar ante las Naciones Unidas un primer esbozo de lo que se pretendía que fuera la primera “Declaración de las Personas de Edad Avanzada”. El intento fracasó, pues no contó con los acuerdos necesarios para aprobarse. En 1982 se convocó la Primera Asamblea Mundial sobre las Perso-

<sup>10</sup> Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004, p. 65.

nas de Edad y logró aprobarse la resolución 33/52, que pasaría a ser conocida como la Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento.<sup>11</sup>

Estas recomendaciones no eran vinculantes para los Estados miembros de las Naciones Unidas pero por lo menos proponían conciliar el desarrollo económico con los asuntos humanitarios. De ahí que resaltemos la importancia de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, ya que traslada el contenido de las recomendaciones y les da alcance *erga omnes*, pues una sola sentencia que interpreta los alcances de un instrumento internacional o lo dispuesto en la norma constitucional tiene carácter vinculante y puede significar la diferencia entre el respeto a los derechos humanos o no, frente al caso concreto, aspecto que desarrollaremos posteriormente.<sup>12</sup>

En todo caso, el plan contemplaba, por parte de los Estados y respecto a la población de la tercera edad, el desarrollo especializado de aspectos como salud, vivienda, medio ambiente, familia, bienestar social, educación, empleo y seguridad de ingresos.

Se disponía que el derecho a la pensión de retiro debía tener un mínimo equivalente a los ingresos previos, se establecía el principio de no discriminación por edad para acceder y mantener el trabajo, y nos interesa mencionar que la jubilación debía ser voluntaria y no forzosa.

En cuanto a la jubilación y el derecho a la pensión, diferentes ordenamientos han establecido que la mora o el atraso en cuanto a conceder la pensión es uno de los aspectos que deben ser evitados a toda costa, porque para este grupo etario el tiempo es un bien escaso. Sobre este problema, en España, el defensor del Pueblo

<sup>11</sup> Para un estudio detallado de los instrumentos internacionales que existen véase Sandra Huenchuan y Alejandro Morlachetti, “Análisis de los instrumentos internacionales y nacionales de derechos humanos de las personas mayores”, en *Notas de Población*, núm. 81, CEPAL, 2003.

<sup>12</sup> Véase por ejemplo, la siguiente sentencia que establece el derecho de pertenencia al régimen de pensiones. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. Núm. 1999-06842, a las 8:45 del 3 de septiembre de 1999.

se quejaba en uno de sus informes anuales: “esta circunstancia es tanto más grave por cuanto es patente que las personas que se pueden considerar con derecho a obtener una pensión son, en su gran mayoría, de edad avanzada, y un retraso prolongado en ser reconocido su derecho puede convertirla, de hecho en una negación definitiva del disfrute de tal pensión”.<sup>13</sup>

Desde luego, el exceso de requisitos es un asunto complejo que en Costa Rica incluso ameritó que se aprobara una ley especial para defender al ciudadano de la voraz burocracia estatal.<sup>14</sup> El retraso prolongado en resolver una pensión es sólo una de las dificultades que deben enfrentar las personas de la tercera edad.<sup>15</sup>

### III. LA GLOBALIZACIÓN Y EL CONFLICTO GENERACIONAL

Estas situaciones extremas no son exclusivas de nuestro medio; en algunos países de Europa se han ensayado varias alternativas

<sup>13</sup> Véase el Informe del Defensor del Pueblo de 1986, p. 162, citado por Marí Isolina Dabove Caramuto, *Los derechos de los ancianos*, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 2002, p. 280.

<sup>14</sup> Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos, núm. 8220 de 4 de marzo de 2002.

<sup>15</sup> Es común que la prestación de los servicios sanitarios conlleve malos tratos y atención inoportuna. Uno de estos casos, que merece ser contado, es el de un anciano que fue llevado por sus hijos al hospital para que recibiera atención médica. Una vez estabilizado, el personal del hospital trató de contactar a la familia, sin resultado. A pesar de lo expuesto, se le dio de alta y se lo llevó en ambulancia a la dirección donde vivía; sin embargo, nadie abrió la puerta. Al preguntarles los paramédicos al anciano si tenía otros familiares que lo pudieran recibir, dio una nueva dirección, con igual resultado. Al conocer el amparo, la Sala lo declaró con lugar y se le ordenó al director del hospital mantener al anciano en dicha institución hasta que fuera trasladado a un sitio apropiado, donde recibiera los cuidados mínimos por parte del Estado o de la familia, estableciendo que es contrario al principio de dignidad expulsar a una persona de la tercera edad del hospital sin que tenga una lugar apropiado donde ubicarse. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. Núm. 2003-02045, a las 16:02 del 12 de marzo de 2003.

que debemos conocer al enfrentar el cambio demográfico con humanidad y al definir quién debe cargar con los costes de los programas sociales.

Un primer enfoque (Suecia, Holanda, Inglaterra) se basa en el aumento sostenido del gasto social. En algunos países lo que se destina para la atención de este grupo etario llega la cuarta parte del producto interno bruto. El Estado social decide intervenir y se hace cargo de los programas sociales que deben brindar a la población una calidad de vida digna en la ancianidad. Algunos de estos Estados, históricamente, han entendido el problema de manera diferente al resto de Occidente; es el caso de los países nórdicos, donde las políticas sociales constituyen verdaderos derechos efectivos de todos los ciudadanos. Allí el Estado persigue solucionar los problemas de los diferentes grupos que componen su sociedad: niños, jóvenes, adultos, ancianos, etc.<sup>16</sup>

Podríamos sostener que la segunda gran prioridad del aumento del gasto social fue evitar lo que algunos denominan guerra de edades. Los recursos económicos son bienes escasos y deben dirigirse con prioridad a sostener el gasto de lo que el Estado define como sus prioridades estratégicas. El problema es, desde luego, cuáles son las prioridades y quién tiene el poder para definir las.

En Inglaterra, por ejemplo, las políticas sociales han fluctuado según el partido político en el poder. Así, el énfasis será fortalecer la economía y como subproducto lo social o, por el contrario, los factores sociales prevalecerán. Somos conscientes de que el espectro social es mucho más rico y complejo de lo que permite una

<sup>16</sup> En Suecia, cuando la vida está de por medio, la edad no es un parámetro válido de discriminación. Véase Magnus Johannesson y Per-Olov Johansson, "The Economic of Ageing: on Atitude of Swedish People to the Distribution of Health Care Resources between the Young and the Old", en *Health Policy*, núm. 7, 1996, pp. 154 y ss.

visión en blanco y negro.<sup>17</sup> Para otros, lo económico sólo es una excusa formal para el conflicto generacional por el poder político.

### *1. Los Chicago Boys*

En los años ochenta y noventa los Chicago Boys representaron el sùmmum del cambio. Este joven y brillante grupo de profesionales graduado en la Universidad de Chicago ha sido el responsable, en un primer momento, de difundir por América Latina y el mundo el nuevo mensaje de la globalización.

Pertenecen a la nueva generación de Internet, donde el mundo se encuentra al alcance de un clic. La red les brinda la oportunidad de conversar al mismo tiempo con Nueva York, Londres o París. Para ellos el Estado solo es una ficción que no existe en su mundo globalizado; las instituciones nacionales son sólo espejos de las reales, en las grandes plazas de la bolsa internacional. Al fin y al cabo, el mundo es un pañuelo que está ahí para el que quiera tomarlo.

Desde luego, los ideólogos del cambio saben que la economía sólo puede globalizarse cuando se cuenta con las personas claves en los puestos apropiados. Por ello, la toma de las instituciones nacionales no se salva del obligado cambio generacional en los puestos de mando.<sup>18</sup>

De ese modo, no sorprende que se hayan incentivado las jubilaciones prematuras en los puestos claves de la administración del Estado y de la economía, en la judicatura, etcétera. Actual-

<sup>17</sup> Sobre los conflictos generacionales véase Karl Mannheim, “El problema de las generaciones”, trad. Sánchez de la Yncera, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS)*, núm. 62, 1993, pp. 193 y ss. Pedro Lain Entralgo, *Las generaciones en la historia*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1945.

<sup>18</sup> Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Derechos humanos en la tercera edad*, México, CNDH, 1999, p. 11.

mente las vacantes son llenadas con personas más jóvenes, que por lo general han sido formadas en universidades de los países del primer mundo. Por supuesto, la idea es integrar sus subdesarrolladas economías en el primer mundo; no importa si para lograrlo debe transformarse el concepto de Estado, liberar las economías y eliminar todo lo que en principio pueda representar un obstáculo.

Desde este punto de vista, todo se reduce al criterio económico de *eficiencia versus equidad*.<sup>19</sup> El dinero es un bien escaso y el Estado debe colocarlo donde pueda obtener un mayor rendimiento; en ese sentido, lo social solo representa un lastre del viejo modelo proteccionista. Por consiguiente, deben replantearse las prioridades y redirigirse los escasos recursos económicos a potenciar las exportaciones, atraer nuevos inversionistas que no pagan impuestos, pero que el Estado subvenciona. Se trata de desarrollar el país con la mayor brevedad, lo cual sólo es posible si la gente correcta está en los puestos apropiados. Esta corriente de pensamiento generó en Europa y en el mundo un silencioso conflicto generacional. El criterio descrito sólo lo compartimos parcialmente, porque en realidad siempre se trata del control real y efectivo del poder y de la sustitución de un modelo económico por otro. Curiosamente, muchas veces los que han manejado los hilos del poder también pertenecen al segmento de la tercera edad, aunque no contaron en su momento con la fuerza necesaria para introducir los cambios que consideraban apropiados para transformar el mundo o la economía. Desde luego, este tipo de enfrentamiento ha sido normal en el mundo de la gran industria; siempre es un verdadero problema nombrar al heredero correcto (caso de la Fiat) y por lo general dos grupos se enfrentan por el control.

<sup>19</sup> Sobre el tema véase Santos Pastor Prieto, *Ah de la justicia. Política judicial y economía*, Madrid, Civitas, 1993, p. 37.

## *2. El poder político y la tercera edad*

Establecimos que una primera reacción ante el problema del crecimiento demográfico de las personas de la tercera edad fue la de aumentar el gasto social; sin embargo, en la lucha por el cambio del *statu quo*, otros lograron introducir el criterio contrario y potenciaron la reestructura de las políticas sociales de vejez. Entre estos esfuerzos merece destacarse la contención del gasto social, que se traduce en pensiones-jubilaciones cada vez menores. Ello conlleva no sólo la disminución de costos, para justificar la sostenibilidad del fondo jubilatorio, sino que, desde el derecho económico, implica un desestímulo a las pensiones prematuras para evitar que los puestos de decisión puedan ser asumidos por los competidores del nuevo modelo. La decisión implica dirimir el conflicto por los escasos dineros del Estado a favor de lo social y de la implementación de nuevas políticas asistenciales dirigidas a este grupo etario, lo que sólo será posible si las personas cercanas a jubilarse mantienen sus puestos de jefatura. Esto afecta a los tres poderes clásicos del Estado: el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial; por ello, no es de extrañar que en Europa los jueces sean por lo general personas de edad avanzada, al igual que los dirigentes políticos.

Desde luego, el conflicto tiene luces y sombras. En lo social, por mencionar un caso, una de las partes impulsa recortes en los servicios hospitalarios para este grupo. La reacción no se deja esperar, y el sector que representa a la tercera edad fomenta la implementación de alternativas asistenciales más flexibles, como el alojamiento hospitalario solamente por el tiempo indispensable y en centros geriátricos especializados (en el caso costarricense, el Hospital Blanco Cervantes), donde la pauta que parece reinar es la vuelta a casa lo más rápido posible.

En el modelo europeo, la seguridad social pasa por ofrecer a la tercera edad viviendas adaptadas a sus nuevas necesidades, como casas de una sola planta para que no tengan que subir escaleras,

baños con agarraderas, alarmas para recibir auxilio médico inmediato, etcétera. En cuanto a las políticas asistenciales, podemos mencionar la ayuda a domicilio, que brinda la alternativa del pago de una empleada doméstica que se encargue del trabajo de la casa y los cuidados de enfermería necesarios para aquellos que se encuentran enfermos pero no requieren hospitalización. El círculo se cierra con centros sociales en los vecindarios, cuya principal función es servir de lugar de encuentro para las personas de la tercera edad que viven en la zona. Estos centros programan cursos y pasatiempos para el día, que pretenden brindar una mayor calidad de vida. En Costa Rica se ha intentado implementar con los hospitales de día y las casas del adulto mayor.

#### IV. LA TUTELA CONSTITUCIONAL DEL ANCIANO

En Costa Rica los ancianos gozan de la protección expresa de la Constitución (artículo 51); sin embargo, quizá por el escueto desarrollo que hace la norma de los derechos de los ancianos, ha sido la jurisprudencia de la Sala Constitucional la que ha hecho visible este derecho humano emergente.<sup>20</sup>

Nadie niega que los derechos de la persona humana deben verse globalmente, esto es, que todos los derechos fundamentales comprendidos en la Constitución son inherentes también para este grupo etario. Si esto es cierto, ¿por qué la Constitución los tutela expresamente? Lo innegable es que del artículo 51 de la Constitución Política parece derivarse la necesidad de que el Estado brinde una protección especial al anciano. A estas alturas huelga afirmar que el anciano debe ser considerado sujeto de derechos constitucionales —vale decir, como “persona humana”—; sin embargo, el enfoque es novedoso, porque implica que es posible desarrollar

<sup>20</sup> Sobre el tema en España, véase Dabove Caramuto, *op. cit.*, p. 316.

un derecho constitucional de la ancianidad. Tradicionalmente este tema se ha abordado desde la perspectiva de los derechos económicos, sociales o culturales o, como sostiene Dabone Caramuto, como derechos derivados de la condición de trabajador y “no por consideración de la vejez como significante principal”.<sup>21</sup>

### *1. La problemática de los derechos fundamentales de la tercera edad*

Si es sujeto de derechos, ¿frente a quién es necesario que se hagan valer estos derechos? En primer lugar, frente a los abusos que puedan cometer los otros ciudadanos; en segundo lugar, esta protección debe ser extensiva frente al Estado.

Parece curioso que los derechos constitucionales, que se reconocen a cualquier persona por el solo hecho de existir, tenga que visibilizarlos o hacerlos emerger la Sala Constitucional cuando se trata de personas que han cumplido los 65 años.

Por ejemplo, resultaría absurdo que a cualquier persona se le cercenara el derecho de circular con libertad o la libertad sexual.<sup>22</sup> Si bien existen derechos constitucionales que tienen límites fijados por la propia ley —por ejemplo, la libertad puede ser restringida en los casos en que el ordenamiento penal lo establezca—, fuera de esos supuestos la persona tiene completa libertad para circular por el territorio nacional cuando lo considere pertinente.

Cuando la libertad de cualquiera fuera restringida en forma ilegítima, posiblemente se estaría cometiendo un delito (secuestro). Sin embargo, tratándose de los ancianos, es no necesariamente es así. Veamos el caso de una señora mayor que tiene su domicilio en

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 318.

<sup>22</sup> Sobre los conflictos generacionales véase Mannheim, *op. cit.*; Lain Entralgo, *op. cit.*

golfito y decide establecer una unión de hecho con un señor de la tercera edad. Años después le descubren una enfermedad que le exige ser trasladada a San José, donde es hospitalizada. Cuando es dada de alta, una de sus hijas se ofrece a tenerla en su casa mientras se recupera. Días más tarde su compañero se presenta en la casa de la hija y solicita ver a la señora. La hija le dice que en su casa no entra y que tampoco tiene autorización para ver a su madre, y menos para visitarla de forma íntima. El señor le recuerda a la muchacha que ellos conviven en unión de hecho, que ambos tienen derecho a cohabitar de manera voluntaria y que la señora tiene derecho a verlo. Pese a los reclamos, se le advierte que si ingresa en la casa puede ser denunciado penalmente por violación de domicilio.

El ofendido acude ante la autoridad de policía de Hatillo y luego ante el juzgado de familia de la zona, sin ningún resultado. Posteriormente interpone un recurso de hábeas corpus ante la Sala Constitucional, pues considera que se les restringe la libertad ambulatoria. La Sala se ve imposibilitada de conocer el asunto debido a que el recurrente incumple la prevención de aportar la dirección donde pudieran ser localizados los accionados, y remite el asunto a la vía penal respectiva.<sup>23</sup> A mi criterio, el recurso podría haberse declarado con lugar con base en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y los artículos 5, incisos *a* y *h*, de la ley 7935, que tutelan para las personas de la tercera edad tanto la libertad de movimiento como de libre escogencia de sus parejas sexuales. Lo interesante es que dos personas mayores que forman una pareja estable necesiten acudir ante la Sala Constitucional para que les asegure un derecho que se supone tienen todos los costarricenses.

<sup>23</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. Núm. 2004-04952, a las 14:32 del 11 de mayo de 2004.

2. *¿Será necesario crear un reglamento de la justicia pronta y cumplida para los ancianos?*

¿Por qué sería necesaria esa transformación procesal? ¿O bastaría con una transformación menos radical? La Corte Plena ha regulado para otros casos el establecimiento de reglas propias que solucionen problemas concretos de determinados grupos en situación de vulnerabilidad. Así por ejemplo, tenemos un reglamento que regula especialmente el caso de los reos presos, en el que se establece la obligación de los jueces de tramitar con especial urgencia todos los casos en que una persona se encuentre privada de su libertad. Existe la obligación de darles prioridad a estos casos en la fijación de debates o para resolver la prisión preventiva, lo que implica que la audiencia oral tiene prelación sobre cualquier otro asunto, precisamente por el bien constitucional en juego: la libertad.<sup>24</sup> También existen reglas específicas para los casos de violencia doméstica o cuando está de por medio la protección a las víctimas de agresiones sexuales. Las reglas procuran la no revictimización, lo cual implica que los interrogatorios a la ofendida deben ser realizados en un mismo acto por todas las partes, y se graban para evitarle a la víctima el constante recuerdo del hecho cometido en su perjuicio.<sup>25</sup>

Tratándose del grupo de la tercera edad, lo aconsejable sería que el principio constitucional de justicia pronta y cumplida (artículo 41 de la Constitución Política) fuera aplicado de manera rigurosa en los casos en que un “ciudadano de oro” esté involucrado como demandante o demandado, precisamente porque el tiempo es un lujo del cual no dispone, por lo menos en regla de principio.

<sup>24</sup> Véase “Reglamento sobre reos presos”, en *Boletín Judicial*, núm. 1, 2 de enero de 1986.

<sup>25</sup> Recomendaciones sobre el tema de no revictimización de las personas víctimas de delitos sexuales y violencia doméstica, aprobado por Corte Plena en la sesión núm. 29-05, celebrada el 19 de septiembre de 2005, artículo xxv.

Por ello, como ocurre ahora para los reos presos, podría regularse que deben aplicarse rigurosas reglas de celeridad en los litigios de los cuales un anciano sea parte.<sup>26</sup>

## V. CASOS DE DISCRIMINACIÓN ECONÓMICA EN CONTRA DE LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD

Ciertamente, así como hemos avanzado bastante en cuanto los derechos de libertad de expresión y petición, con relación a la intimidad y el honor, los derechos de reunión y asociación, hemos protegido con especial celo el patrimonio de las personas de la tercera edad y su integridad física, ante el posible despojo de sus bienes muebles e inmuebles. Cuando un anciano es despojado de sus bienes materiales o es maltratado física o psicológicamente por un familiar, directa o indirectamente, este tiene que hacer frente a un proceso de indignidad. Se los protege también ante posibles abusos que puedan cometer los legisladores y los patronos que aplican la ley; así, no se admite que una persona pueda ser despedida en forma automática solo por llegar a determinada edad.<sup>27</sup> También está fuera de discusión el derecho a formar pareja y a casarse.

No obstante, pese a ese amplísimo haz de derechos, todavía nos falta mucho por andar. Podríamos pensar, por ejemplo, en implementar los *salarios familiares* para aquellos que tengan a algún anciano a su cargo, como ocurre en Holanda y Suecia, o en la alter-

<sup>26</sup> Aspecto en el que somos deficitarios, véase el Proyecto Reglas de acceso a la justicia y tutela efectiva de derechos de las poblaciones en condiciones de vulnerabilidad en Costa Rica, San José, Corte Suprema de Justicia, 2007 (capítulo III).

<sup>27</sup> Véase los votos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. Núm. 1146-90, a las 14:30 del 21 de septiembre de 1990. También Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. Núm. 5377-97, a las 14:30 del 5 de septiembre de 1997.

nativa de *excepción de impuestos* por cada anciano que esté a cargo del grupo familiar, como ocurre en España.

Con la ayuda económica se pretende estimular que las familias mantengan en el grupo a sus parientes de más edad y que no busquen la opción del asilo de ancianos por la imposibilidad de atenderlos, dado que en general ambos cónyuges trabajan. Por otro lado, el anciano continuaría en su propio entorno. El tercer objetivo es evitar la ayuda informal; muchos ancianos deben mendigar para sobrevivir, pues quienes los sostienen son los vecinos o los amigos y, desde luego, algunos parientes que gozan de una situación económica más holgada.

### *1. La retención de los fondos con destino específico para los ancianos*

Al parecer, el modelo que hemos escogido para subvencionar a las personas de la tercera edad no ha dado los resultados deseados. Hasta ahora hemos acudido a múltiples leyes con *destino específico*. Cuando en nuestro medio se legisla para gravar con nuevos impuestos a cualquier producto o servicio, a criterio de los legisladores este proceso es mejor percibido por los ciudadanos si una parte de lo que se paga por concepto de impuestos tiene un destino social y no únicamente contribuye con las cargas públicas. Los ciudadanos ven mal que los obliguen a pagar impuestos, pues, sea cual sea la justificación, la mayoría presume que nunca se destinarán para lo que fueron creados,<sup>28</sup> y sienten una sensación de impo-

<sup>28</sup> Reiteradamente los ciudadanos acuden ante la Sala para reclamarle al Estado que les entregue los dineros recaudados por concepto de impuestos que tienen un destino específico, pero que no llegan al servicio que se pretende. Véanse, a modo de ejemplo, los destinados para la reparación de la red vial cantonal en Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. 2005-06979, a las 14:39 del 7 de junio del 2005. También, Sala Constitucional de la Corte

tencia frente al Estado todopoderoso que les exprime sus ahorros, con razón o sin ella.<sup>29</sup>

Así por ejemplo, en el voto 2003-8471, de las 14:38 horas del 13 de agosto del 2003, la Sala Constitucional analizó cuál era el destino de los impuestos específicos de la ley 7972, del 24 de diciembre de 1999, que gravan los licores, cervezas y cigarrillos que se venden en el país. El recurso lo interpuso la Federación Cruzada Nacional de Protección al Anciano, que acusaba al Estado de no entregarle los dineros que se recaudaban por concepto de estos impuestos. Al dársele audiencia al Ministerio de Hacienda, este reconoció que lo que se recaudaba al año por este impuesto sumaba 3 500 millones de colones y que se habían entregado en favor de los ancianos solamente 300 millones en 2000 y 49 millones en 2001, pero que en el año de interposición del amparo el gobierno estaba haciendo un gran esfuerzo para entregar 545.6 millones, aunque lo que correspondía eran 1 091.2 millones de colones. En síntesis, el Estado estaba reteniendo en la Caja Única del Estado los dineros recaudados por concepto de impuestos que tenían como destino específico atender las necesidades sociales de este grupo etario.

La Sala sentó el precedente de que desviar esos fondos y negarse a entregarlos a quienes corresponde implica “una grave desviación de poder” que viola el artículo 51 de la Constitución. Se advirtió al Estado que el artículo 14 de la ley 7972, en sus párrafos 2o. y 3o., no sólo prohíbe la subejecución del presupuesto en esta materia, sino que los montos recaudados por los impuestos contemplados en esta ley no se encuentran sujetos a las directrices del Poder Ejecutivo tendentes a la restricción del gasto público. Tampoco el

---

Suprema de Justicia, San José, res. Núm. 2005-011578, a las 14:33 del 30 de agosto de 2005.

<sup>29</sup> En algunos supuestos los ciudadanos, ante el incumplimiento del Estado, acuden a la Sala denunciando un verdadero despojo por conductas del Estado que consideran prácticamente punibles. Véase Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. 2003-02794, a las 14:52 del 8 de abril de 2003.

principio de anualidad presupuestaria puede ser utilizado como excusa para negarse a entregar los dineros que le corresponden a la Federación Cruzada Nacional de Protección al Anciano para realizar las obras sociales que le han sido encomendadas.<sup>30</sup>

Tampoco se ha admitido, en otros casos, el argumento de que el Estado no puede entregar en tiempo los recursos debido a que no existen las rentas de financiamiento, por lo cual el Ministerio se ve obligado a asignar los montos según la realidad de las finanzas públicas. El Estado, nos dice:

no puede desatender otras obligaciones, entre ellas, las del Fondo Especial para el Financiamiento de la Educación Superior, otros gastos operativos del Ministerio de Educación, seguridad ciudadana, los servicios de salud, Fodesaf, Conavi, PANI, el Poder Judicial, entre otros. El artículo 6o. de la Ley Núm. 8131 veda la posibilidad de financiar los gastos corrientes con ingresos de capital. En cuanto a la vinculación de los impuestos con destinos específicos a los derechos fundamentales, si persiste la obligación de respetar los contemplados en la Ley Núm. 8114, ello podría incidir sobre el goce de otros derechos de primera o segunda generación, entre ellos el derecho al trabajo y al salario de los servidores públicos, la imposibilidad de cubrir las obligaciones contraídas con los pensionados, el derecho a la educación, o destinar recursos a la administración de una justicia pronta y cumplida.<sup>31</sup>

En todo caso, la Sala les recuerda al Poder Ejecutivo y a los diputados de la Asamblea Legislativa que tienen todas las potestades para modificar la ley que establece los destinos específicos en favor de este grupo social, pero mientras no lo hagan el dinero debe entregársele. En consecuencia, el recurso es declarado con

<sup>30</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. Núm. 2003-08471, a las 14:38 del 13 de agosto de 2003.

<sup>31</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. Núm. 2004-12927, a las 15:16 del 16 de noviembre de 2004.

lugar y se condena al Estado a entregar los fondos que se habían retenido y desviado a la Caja Única del Estado.<sup>32</sup>

Idéntica finalidad proclama tener la Ley de Loterías núm. 7395, de 3 de mayo de 1994, que debe financiar los asilos, albergues y centros diurnos de protección de este segmento de la población, así como las obras que lleva a cabo la Federación Cruzada Nacional de Protección al Anciano.

En otros casos se aprobaron normas como la Ley del Sistema Financiero Nacional de la Vivienda, que pretende financiar aquellos proyectos de interés social destinados a garantizarles una vivienda digna a los adultos mayores, a fin de que puedan ser propietarios y no deban vivir en condiciones de pobreza.

## *2. La Ley del Equilibrio Financiero y la pensión obligatoria a los 65 años*

La otra cara de la vertiente económica en nuestro medio la representó la Ley del Equilibrio Financiero, que obligaba a los empleados del sector público a pensionarse al cumplir los 65 años. Una persona afectada por la medida adujo que la disposición violaba su derecho al trabajo. Desde luego, el enfoque era novedoso, porque en nuestras sociedades el trabajo es un bien escaso, la persona ya había ejercido su profesión durante un plazo que le permitía retirarse y otros podían optar al puesto. Sin embargo, reclamó ante la Sala Constitucional que una serie de convenios internacionales le garantizaban

<sup>32</sup> Criterio que la Sala ha mantenido reiteradamente, pese a las quejas de los ministros de Hacienda de las distintas administraciones, que han insistido en: “que se aclare si estos destinos específicos deben ser pagados con prioridad sobre otros compromisos estatales; si con esto no se rompe el principio constitucional que exige crear las rentas necesarias siempre que sean dispuestos nuevos gastos; si las leyes que asignan destinos específicos deben ser colocadas por encima del principio de equilibrio presupuestario”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. Núm. 2001-09010, a las 9:50 del 7 de septiembre de 2001.

el derecho al trabajo (entre otros, el Convenio 111 de la OIT, que establece la prohibición de discriminar a las personas por razones de edad y les garantiza el derecho al empleo y a la ocupación).

El reclamo del recurrente hacía emerger un derecho humano sumergido. La Sala así lo evidenció tácitamente, pues de los considerandos se desprenden las siguientes interrogantes: ¿Puede el legislador obligar a una persona a jubilarse por razones de edad sin analizar otros factores? ¿Esa es una ley justa y acorde con nuestra Constitución o se produce un vaciamiento del contenido esencial de la norma constitucional? Al respecto puede citarse, por ejemplo, el artículo 56, que consagra el derecho al trabajo a todo costarricense sin establecer límite alguno por razones de edad. La sentencia potencia el derecho al trabajo como la condición natural de todo ser humano y, por supuesto, no acepta que existan relaciones de causalidad entre la vejez y la inutilidad.<sup>33</sup>

Curiosamente, la Procuraduría respalda la obligación que establecen los legisladores de pensionarse al cumplir 65 años porque, según su criterio, la norma protege al trabajador. La Sala no comparte este criterio y sostiene que el argumento sólo sería válido si la posibilidad de pensionarse fuera voluntaria, pues la jubilación forzosa atenta contra el derecho humano al trabajo y establece una política de empleo claramente discriminatoria que afecta a este segmento de la población costarricense.

### *3. Discriminación por razones de edad para el acceso al crédito*

Nuestra normativa ordinaria garantiza a las personas de la tercera edad la igualdad de derechos, el acceso al crédito para vivienda e

<sup>33</sup> Véase Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, voto 1146-90.

incluso la posibilidad de suscribir una póliza de vida.<sup>34</sup> Lo mismo acontece desde la perspectiva de los derechos humanos, pues conforme a los principios de solidaridad social y de no discriminación etaria no sería legítimo que a una persona se le negara alguno de estos derechos por razones de edad.

En el ámbito internacional, los parlamentos de América Latina se han preocupado por el tema desde la VIII Reunión de la Comisión de la Salud del Parlamento Latinoamericano, de junio de 1996. Al año siguiente se aprobó incorporar en las agendas legislativas latinoamericanas el tema de la protección del adulto mayor. Ese mismo año la Declaración de Caracas tuvo como norte incluir el tema en la Cumbre Iberoamericana de 1998. Múltiples fueron los diagnósticos que llevaron a aprobar la resolución titulada *Por un envejecimiento saludable*.

Por otro lado, diferentes instrumentos jurídicos multilaterales contemplan de manera específica a los adultos mayores; entre otros, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 25.1, en el cual se establece expresamente el derecho de toda persona a los seguros en caso de “vejez”; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XVII; el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador), artículo 17; el Plan de Acción Intencional de Viena sobre el Envejecimiento, adoptado por la Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento en 1983; las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas núm. 40/30, de 1985, y 44/76, de 1989, y la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo. Incluso la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró a 1999 como el Año Internacional de las Personas de Edad, conforme a su resolución 47/5, de 1992.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Véase el reglamento a la ley 7935, Ley Integral para la Persona Adulta Mayor, publicada en la *Gaceta* núm. 93, 16 de mayo de 2002.

<sup>35</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. Núm. 2005-009776, a las 9:09 del 27 de julio de 2005.

Sin embargo, cabe cuestionarse si esos derechos realmente son efectivos o se trata de derechos invisibles. ¿Cómo ven a las personas de la tercera edad las entidades aseguradoras y de crédito? ¿Ha sido necesaria la intervención de la Sala Constitucional para hacer emerger estos derechos?

En reiterados asuntos las personas de la tercera edad acuden ante el sistema bancario nacional solicitando créditos para vivienda. En unos casos los bancos les exigen como requisito el contar con una póliza de desempleo y de vida; el único inconveniente es que el Instituto Nacional de Seguros (en adelante INS) no emite este tipo de póliza a personas mayores de 65 años, y si el solicitante no cumple con el requisito, no es sujeto de crédito por razones de edad. Lo dramático es que algunas veces esa persona tampoco encuentra apoyo en la jurisdicción constitucional.<sup>36</sup>

En otros supuestos, a quien desea tener una tarjeta de crédito se le exige que suscriba una póliza colectiva que lo respalde en caso de muerte o robo; desde luego, el banco debe verificar que la persona se encuentre en los supuestos que exige el INS (mayor de 15 y menor de 65 años). No obstante, muchas personas un buen día reciben una comunicación del banco por la que se les notifica que unilateralmente se suspende el rebajo de los pagos de la póliza pues ya han superado los 65 años.

Una de estas personas sufrió un robo y su tarjeta fue utilizada en diversos comercios; cuando solicitó que el INS cubriera los montos sustraídos se le notificó que ello no era posible, porque cuando ocurrió el percance la persona había superado la edad límite. Interpuesto el amparo, el INS argumentó que todo se debía a un error de interpretación que llevó al Banco de Costa Rica a excluir a 817 tarjetahabientes del beneficio de la póliza conforme

<sup>36</sup> Véase por ejemplo, con el voto salvado de los magistrados Armijo y Quiroga, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. núm. 2007-001457, a las 8:47 del 2 de febrero de 2005.

estos llegaban a 65 años. Pese al supuesto error, cuando el recurso se resolvió, el recurrente no había sido incluido nuevamente en la póliza de vida, con lo cual, a criterio de la Sala, se daba una violación al principio de igualdad, que ameritaba estimar el recurso.<sup>37</sup>

Otra de estas personas, sujeto de crédito, pagaba puntualmente la póliza de vida que le habían obligado a suscribir, la cual cubría el pago del crédito en caso de fallecimiento del deudor o si este sufría una incapacidad que le impidiera seguir laborando. Tiempo después supo que tenía un cáncer de próstata avanzado, incurable e intratable, que le impedía laborar. Solicitó que la entidad aseguradora asumiera las deudas, pero esta se negó diciendo que, debido a su edad, solo le correspondía la cobertura por muerte, y que en esos casos lo que procedía era devolverle las primas, aunque el banco lo asegurara por los dos aspectos. El INS adujo que la persona no era susceptible de ser asegurada por razones imputables a su edad y que el banco había incurrido en un lamentable error al permitirle firmar la póliza y enviarla a la entidad aseguradora.<sup>38</sup>

Los casos expuestos tienen en común la visión que la entidad aseguradora tiene de las personas adultas mayores, que son tratadas como una población catastrófica pues, de acuerdo con la “hipótesis actuariales” y la “tablas de mortalidad”, asegurar a personas de más de 65 años tendría una consecuencia negativa en la rentabilidad del plan. Sostienen que estos créditos son calificados por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (acuerdo SUGEF-1-95) en la categoría E, lo cual implica que son de dudosa recuperación.<sup>39</sup> Por ello, es obligación de los contratantes (banco) garantizar que las personas que figuren en el reporte de

<sup>37</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. núm. 2006-04766, a las 12:30 del 1 de marzo de 2006.

<sup>38</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. núm. 2008-06306, a las 12:28 del 18 de abril de 2008.

<sup>39</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. Núm. 2006-04748, a las 12:12 del 31 de marzo de 2006.

póliza de seguros pertenezcan al grupo asegurable. Esta situación, a criterio del INS, no es controlable por la Sala Constitucional porque es una relación privada entre asegurado y asegurador, una relación contractual en virtud de un convenio regido por la póliza, el derecho de seguros y el derecho comercial, razón por la cual no se está en presencia de una relación de servicio público.

Este argumento para excluir a las personas por razones de edad, basado en criterios de selección de riesgo adoptados con fundamento en estudios de carácter técnico, no ha sido admitido en los últimos años por la Sala Constitucional. En primer lugar porque hemos reconocido que el principio de igualdad garantiza un tratamiento igual a aquellos que se encuentran objetivamente en situaciones iguales y desigual para los desiguales, pero también hemos subrayado que “para autorizar un trato diferenciado hay que determinar si el motivo que lo produce es razonable, pues el juicio acerca de la razonabilidad es lo que permite decidir si se está o no frente a una violación constitucional”.<sup>40</sup> Este es el criterio operativo clave para determinar si la negativa de vender o de responder por la venta del seguro resulta irrazonable y discriminatoria.

El segundo motivo es que analizar la razonabilidad de los límites etarios en materia de seguros nos ha llevado a concluir reiteradamente que, tratándose de una institución de servicios de seguros —en este caso estatal y la única autorizada para asegurar—, es contrario al principio de igualdad y discriminatorio que se perciba a las personas de la tercera edad como poblaciones “catastróficas” o de más alto riesgo, cuya atención representa altos costos. Esta desigualdad es más que evidente cuando se da preferencia a los sectores más jóvenes de la población porque se consideran más rentables. En el tratamiento de las personas mayores, en unos casos las aseguradoras elevan las condiciones y las primas, y en otros incluso rehúsan asegurarlas.

<sup>40</sup> *Ibid.*

En tercer lugar, de conformidad con los principios de solidaridad social y de no discriminación etaria, la Sala ha procedido a reafirmar que no es legítimo que a una persona se le niegue el derecho a contar con un seguro de vida en razón de que excede la edad prefijada por la entidad aseguradora, sobre todo tratándose de un adulto mayor. En consecuencia, en los casos sometidos a estudio se ha procedido a eliminar las cláusulas excluyentes establecidas por las instituciones prestadoras del servicio de seguros, pues llevan impreso un efecto ostensiblemente discriminatorio sobre los adultos mayores.<sup>41</sup>

Ciertamente, a parte de la doctrina podría parecerle extraña la forma en que la Sala hace emerger el respeto de este grupo etario y su no discriminación, y cómo utiliza como parámetro del control de constitucionalidad el principio del Estado social de derecho en su enfoque de derechos prestacionales relativos a la protección del anciano (artículos 33 y 51 de la Constitución Política), el cual entiende que no se limita al Estado, sino que se extiende a toda la comunidad nacional. Todos tenemos la obligación de respetar y hacer respetar la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En consecuencia, como reiteradamente sostiene la Sala Constitucional: “el Principio del Estado Social de Derecho, el derecho a no sufrir trato discriminatorio por cualquier motivo y el respeto a la dignidad humana son elementos de nuestro orden constitucional que coexisten pacíficamente, cuya tutela y fomento no solo le corresponden al Estado, sino también a todos los integrantes de la comunidad”.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> Véase Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. núm. 2005-009776, a las 9:09 del 27 de julio del 2005; en igual sentido, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. Núm. 005683-2006, a las 10:45 del 28 de abril del 2006.

<sup>42</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. n.o 2005-13205, a las 15:13 del 27 de septiembre del 2005. Véase también Sala

## VI. CONCLUSIÓN

En la actualidad, más que nunca, los instrumentos internacionales de derechos humanos que protegen a los ancianos se enfrentan a una cruda realidad: el presupuesto estatal no es suficiente para atender los derechos “programáticos”. La realidad económica, en tiempo de crisis, selecciona. El poder económico es la sombra tras las decisiones que inciden en las políticas públicas que afectan a este grupo etario. Sin lugar a dudas es una lucha desigual, en especial cuando se sabe que la víctima no puede defenderse.

Por ello, no debe sorprender que en muchos casos los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad, al igual que las políticas aprobadas internacionalmente, se conviertan en una justicia social de papel, de dudosa o inexistente efectividad práctica, invisible por naturaleza, que vive en las cátedras y en los seminarios nacionales e internacionales de los que sueñan con un mundo más digno y equitativo. Al fin y al cabo, la vejez es una realidad que nos afecta a todos. De nosotros depende con cuánta dignidad seremos tratados cuando llegue el momento.

Desde luego, el Estado y el poder económico reclaman de los tribunales y salas constitucionales autocontención, pues cómo se distribuye el dinero de los contribuyentes es en definitiva un problema de finanzas del Estado. No compartimos este criterio; la dignidad y el principio transversal de la no discriminación por razones etarias es una norma jurídica que se impone. Con luces y sombras, lo social como derecho emergente todavía sobrevive al poder económico.

---

Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. Núm. 2008-06306, a las 12:28 del 18 de abril de 2008.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004, p. 65. Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Derechos humanos en la tercera edad*, México, CNDH, 1999, p. 11.
- Corte Suprema de Justicia, *Proyecto Reglas de acceso a la justicia y tutela efectiva de derechos de las poblaciones en condiciones de vulnerabilidad en Costa Rica*, San José, Corte Suprema de Justicia, 2007 (capítulo III).
- Cuentas, Sonia, “Propuestas e iniciativas para la seguridad económica de los adultos mayores en América Latina y el Caribe”, en *Dehuidela*, vol. 13, año 7, Universidad Nacional, junio-diciembre del 2006, p. 18.
- Fiscalía General de la República. Poder Judicial Costa Rica, “Reglamento sobre reos presos”, en *Boletín Judicial*, núm. 1, 2 de enero de 1986.
- Huenchuan, Sandra y Alejandro Morlchetti, “Análisis de los instrumentos internacionales y nacionales de derechos humanos de las personas mayores”, en *Notas de Población*, núm. 81, CEPAL, 2003, pp. 50-51.
- \_\_\_\_\_, “Análisis de los instrumentos internacionales y nacionales de derechos humanos de las personas mayores”, en *Notas de Población*, núm. 81, CEPAL, 2003.
- Informe del Defensor del Pueblo de 1986, p. 162, citado por Marí Isolina Dabove Caramuto, *Los derechos de los ancianos*, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 2002, p. 280.
- Johannesson, Magnus y Per-Olov Johansson, “The Economic of Ageing: on Atitude of Swedish People to the Distribution of Health Care Resources between the Young and the Old”, en *Health Policy*, núm. 7, 1996, pp. 154 y ss.
- Lain Entralgo, Pedro, *Las generaciones en la historia*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1945.

- Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos, núm. 8220 de 4 de marzo de 2002.
- Mannheim, Karl, “El problema de las generaciones”, trad. Sánchez de la Yncera, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS)*, núm. 62, 1993, pp. 193 y ss.
- Nikken, Pedro, *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, julio-diciembre de 1986, p. 32.
- Organización Internacional del Trabajo, “Seguridad de los ingresos en la vejez”, en *Dehuidela*, vol. 13, año 7, Universidad Nacional, junio-diciembre de 2006, p. 22.
- Pastor Prieto, Santos, *Ah de la justicia. Política judicial y economía*, Madrid, Civitas, 1993, p. 37.
- Prieto Sanchíz, Luis, “Igualdad y minorías”, en *Derechos y libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, núm. 5, año II, julio-diciembre de 1995, p. 120.
- Programa Estado de la Nación. Costa Rica, *Estado de la región en desarrollo humano sostenible: un informe desde Centroamérica y para Centroamérica*, San José C. R., Estado de la Nación, 2008, p. 183.
- Reglamento a la ley 7935, Ley Integral para la Persona Adulta Mayor, publicada en la *Gaceta* núm. 93, 16 de mayo de 2002.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. Núm. 1999-06842, a las 8:45 del 3 de septiembre de 1999.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. Núm. 2003-02045, a las 16:02 del 12 de marzo de 2003.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. Núm. 2004-04952, a las 14:32 del 11 de mayo de 2004.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. Núm. 1146-90, a las 14:30 del 21 de septiembre de 1990. También Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. Núm. 5377-97, a las 14:30 del 5 de septiembre de 1997.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. 2005-06979, a las 14:39 del 7 de junio del 2005.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. Núm. 2005-011578, a las 14:33 del 30 de agosto de 2005.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. 2003-02794, a las 14:52 del 8 de abril de 2003.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. Núm. 2003-08471, a las 14:38 del 13 de agosto de 2003.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. Núm. 2004-12927, a las 15:16 del 16 de noviembre de 2004.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. Núm. 2001-09010, a las 9:50 del 7 de septiembre del 2001.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. Núm. 2005-009776, a las 9:09 del 27 de julio de 2005.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. núm. 2007-001457, a las 8:47 del 2 de febrero de 2005.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. núm. 2006-04766, a las 12:30 del 1 de marzo de 2006.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. núm. 2008-06306, a las 12:28 del 18 de abril de 2008.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. Núm. 2006-04748, a las 12:12 del 31 de marzo de 2006.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. núm. 2005-009776, a las 9:09 del 27 de julio del 2005; en igual sentido, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. Núm. 005683-2006, a las 10:45 del 28 de abril de 2006.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. Núm. 2005-13205, a las 15:13 del 27 de septiembre del 2005. Véase también Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. Núm. 2008-06306, a las 12:28 del 18 de abril de 2008.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, voto 1146-90.

## 2. DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES A LAS NORMATIVIDADES NACIONALES. EL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS MAYORES

Aída Díaz-Tendero

### I. INTRODUCCIÓN: PERSONAS MAYORES Y DERECHO A LA SALUD

La salud de la persona mayor<sup>1</sup> tiene que ver con el enfoque de curso de vida. Ser persona mayor no significa ser una persona vul-

<sup>1</sup> Se denomina persona mayor (PM) o personas mayores (PMs), preferentemente, frente a anteriores denominaciones como adulto mayor, o persona adulta mayor, a partir de la adopción de la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* por la Organización de los Estados Americanos (OEA) en junio de 2015. En cuanto a la edad a partir de la cual se considera a una persona, PM, el consenso internacional generado por las organizaciones internacionales del sistema de Naciones Unidas, particularmente la Organización Panamericana de la Salud (OPS), ha establecido los 60 años de edad como límite etario inferior para el grupo de personas mayores. En general, en los países más desarrollados se establece a partir de 65 años y en los países menos desarrollados a partir de los 60 años (Juan Antonio Salmerón *et al.*, *Vejez, mujer y educación. Un enfoque cualitativo de trabajo socioeducativo*, Madrid, Dykinson, 2014). La mayor parte

nerable, enferma o dependiente, pero es constatable que las carencias padecidas a lo largo de la vida potencian la situación de vulnerabilidad en la vejez. En este sentido, la vejez es una fase vital y se percibe su conformación a partir de factores históricos, sociales, económicos y medioambientales que ocurren en etapas anteriores de la vida.

En el caso concreto del estado de salud que se gozará o padecerá en la vejez,<sup>2</sup> dependerá en gran medida de la positivización o tutela efectiva por parte del Estado, del derecho a la salud. Esto es, el acceso a servicios y prestaciones de salud de calidad desde la infancia y durante la juventud y la edad adulta, y por supuesto a lo largo de la etapa de la vejez. Es por esta razón que el derecho a la salud de las personas mayores debe incluir necesariamente una perspectiva de curso de vida,<sup>3</sup> así como un enfoque de derechos humanos.<sup>4</sup>

---

de los países de la región de América Latina y el Caribe comparten el criterio de los 60 años, salvo Costa Rica y Ecuador. Por su parte, se considera persona muy mayor a la de 75 años y más.

<sup>2</sup> Si bien vejez se entiende como construcción social de la última etapa del curso de vida, y envejecimiento como proceso gradual que se desarrolla durante el curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psico-sociales y funcionales de variadas consecuencias, las cuales se asocian con interacciones dinámicas y permanentes entre el sujeto y su medio” (definiciones de la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*) en este texto se entiende vejez como etapa de la vida de las personas a partir de los 60-65 años.

<sup>3</sup> Para mayor información sobre el curso de vida y otras teorías gerontológicas, consúltese Aída Díaz-Tendero, “Estudios de población y enfoques de gerontología social en México”, *Papeles de Población*, vol. 17, 2011, pp. 49-65.

<sup>4</sup> El enfoque de los derechos conlleva un cambio paradigmático en este sentido, puesto que promueve el empoderamiento de las personas mayores y una sociedad integrada desde el punto de vista de la edad. Esto implica que las personas mayores son sujetos de derecho, no solamente beneficiarios, y que, por lo tanto, disfrutan de ciertas garantías y tienen determinadas responsabilidades respecto de sí mismos, su familia y su sociedad, con su entorno inmediato y con las futuras generaciones.

Esta investigación tiene por objeto analizar el marco internacional del derecho a la salud de las personas mayores, y muy específicamente la protección que se le da en la reciente *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*,<sup>5</sup> así como explorar los marcos normativos nacionales de una muestra de ocho países de la subregión de América Central y el Caribe.

El número de personas mayores crece en todos los países del mundo. Si bien los países más desarrollados han sido los primeros en envejecer, el mundo en desarrollo envejece a pasos agigantados. La subregión de América Central y el Caribe también se encuentra inmersa en este proceso. Es notable que Cuba está mucho más envejecido que los demás países y, en segundo lugar, Costa Rica, si bien se espera que en los próximos 31 años se duplique o incluso triplique la proporción de personas mayores sobre el total de la población en los ocho países estudiados.<sup>6</sup>

En cuanto a los sistemas de salud, la subregión se caracteriza por contar con sistemas segmentados (salvo Panamá y Costa Rica, que cuentan con sistemas integrados) lo cual incide en la calidad de las prestaciones dado que la segmentación genera sistemas de diferente nivel frente a la integración, que como su nombre indica, produce sistemas únicos que proveen la misma calidad de servicios para toda la población. En cuanto a la cobertura, Costa Rica presenta 86.8%, seguido de Panamá, con 64.6%, República Dominicana 27.5%, Nicaragua 18.8%, Guatemala 16.6%, El Salvador 15.8% y Honduras 8.2%. Cuba tiene un sistema de salud universalista, pero no se dispone de datos de cobertura.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Organización de Estados Americanos, *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, 2015.

<sup>6</sup> CEPAL, *Observatorio Demográfico 2015. Proyecciones de población*, Santiago de Chile, CEPAL, 2016.

<sup>7</sup> Carmelo Mesa-Lago, *Efectos de la crisis global sobre la seguridad social de salud y pensiones en América Latina y el Caribe y recomendaciones de políticas*, Santiago de Chile, CEPAL, 2009.

## II. ESTÁNDARES INTERNACIONALES

En el ámbito universal y regional existen (ámbito europeo, africano y latinoamericano) numerosas fuentes normativas de distinta categoría jurídica, diverso alcance y disímil contenido, en torno a los derechos de las personas mayores. En este abanico se encuentran ciertas alusiones al derecho a la salud de las personas mayores, si bien es la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*<sup>8</sup> el instrumento que, como se verá, plantea de manera más explícita y concreta el derecho a la salud de las personas mayores.

### *1. Instrumentos universales*

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH-NU) en su resolución<sup>9</sup> de 2012 en relación con los derechos humanos de las personas de edad, exhorta a todos los Estados a garantizar el disfrute pleno y equitativo de los derechos de las personas mayores, incluyendo la adopción de medidas para luchar contra la discriminación, la negligencia, el abuso y la violencia, y para abordar las cuestiones relacionadas con la integración social y la asistencia sanitaria adecuada. En el ámbito universal de la protección de los derechos de las personas mayores, es en esta resolución de 2012 en la que se encuentra, por primera vez, el derecho a la salud.

<sup>8</sup> OEA, *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, 2015.

<sup>9</sup> Resolución 21 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 2012 (A/CDH/21/L15).

## 2. Instrumentos regionales

### Ámbito europeo

Los principios detrás de la *Carta Social Europea* (1961) —revisada en 1996— son la autonomía y la independencia de las personas mayores, y ya se introducen temas como el respeto de la vida privada que debe garantizarse en las instituciones de cuidado de largo plazo.

La recomendación sobre la promoción de los derechos humanos de las personas mayores del Consejo de Europa, aprobada en 2014, consiste en un instrumento no vinculante pero que proporciona orientación para aplicar el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* y la *Carta Social Europea* a las personas mayores.

La salud de las personas mayores ocupa un lugar preponderante e incluye la atención de calidad y los cuidados paliativos.

### Ámbito africano

El *Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Personas Mayores en África* fue firmado en Addis Ababa, Etiopía, el 31 de enero de 2016. El hecho de que necesite la ratificación de 15 países para su entrada en vigor previsiblemente ralentizará el proceso.

En su articulado existe un precepto específico para la protección del derecho a la salud. El artículo 15 está dedicado al acceso a los servicios de salud de las personas mayores dentro de los recursos disponibles, así como incluir la geriatría y gerontología en la preparación de los profesionales de la salud.

## Ámbito latinoamericano

La *Declaración Americana de los Derechos del Hombre* de 1948 (Bogotá) alude a la vejez en su artículo XVI, en la explicación del derecho a la seguridad social,<sup>10</sup> pero no a la salud en la vejez.

En la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (suscrita en 1969 aunque en vigor a partir de 1978), también llamada *Pacto de San José*, no se alude a la vejez ni a las personas mayores.

El *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* o *Protocolo de San Salvador* (1988), dedica el artículo 17 a la protección de las personas mayores e incluye el derecho a la atención médica especializada. Reconoce la situación específica de las PMs y es un instrumento de orden vinculante.

Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. Los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a: *a)* proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas; *b)* ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos; *c)* estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.

En cuanto a los preparativos o acciones concretas dirigidas a la elaboración de la *Convención*, debe mencionarse en primer lugar

<sup>10</sup> “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

la *Estrategia Regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento* de 2003, que es el antecedente de la *Declaración de Brasilia* de 2007 en cuyo artículo 26 se menciona el compromiso de “impulsar la elaboración de una convención sobre los derechos humanos de las personas de edad en el seno de las Naciones Unidas”.<sup>11</sup> Esto es, la *Declaración de Brasilia* constituye la contribución de América Latina y el Caribe a la Comisión de Desarrollo Social del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que se celebraría en 2008. Hay un antes y un después de la *Declaración de Brasilia*, en tanto la preocupación por la situación de vulnerabilidad en el ejercicio de derechos en que se encuentra la población mayor en el mundo y, especialmente, en la región latinoamericana.<sup>12</sup> Una revisión de la misma pone de manifiesto el importante antecedente que constituye para la *Convención*. En concreto, en materia de derecho a la salud se destacan los siguientes temas: la atención que debe proporcionarse a las consecuencias sanitarias (entre otras) derivadas del ritmo de envejecimiento demográfico (inciso 2); los efectos del VIH/SIDA en las personas de edad (inciso 5); el acceso equitativo a los servicios de salud integrales, oportunos y de calidad (inciso 12); y que se brinden cuidados paliativos<sup>13</sup> a las personas de edad que padecen enfermedades en fase terminal y se preste apoyo a sus familiares (inciso 15).

<sup>11</sup> Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Informe sobre la aplicación de la Estrategia regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento* [LC/L.2749(CRE-2/3)], Santiago de Chile, CEPAL, 2007, p. 10.

<sup>12</sup> Sandra Huenchuan, “Igualdad y universalidad de los derechos humanos en contexto de envejecimiento”, en Sandra Huenchuan [ed.], *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*, México, CEPAL-Celade, 2012, pp. 40-41.

<sup>13</sup> Siguiendo la definición de la *Convención* los cuidados paliativos para las personas mayores consisten en la atención que necesitan las personas mayores para enfrentar en un entorno adecuado el dolor y otros síntomas angustiantes.

Finalmente, la *Carta de San José sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe* se adoptó en la Tercera Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento en 2012 y aborda gran parte de los temas que son tratados en la *Convención*.

El aporte esencial de este abanico fue instalar sólidamente los derechos de las personas mayores en el debate y crear la necesidad de la elaboración de un instrumento regional, que se cristalizó en la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*.

La región de América Latina y el Caribe cuenta desde el 15 de junio de 2015 con un tratado internacional de carácter vinculante que protege específicamente el derecho a la salud de las personas mayores, además de un amplio abanico de derechos de este grupo etario.

Firmada en el seno de la Organización de Estados Americanos por Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay el 15 de junio de 2015, la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* ha sido ratificada por Costa Rica (12 de octubre de 2016), Uruguay (7 de noviembre de 2016), Bolivia (13 de marzo de 2017), y recientemente se han adherido El Salvador (18 de abril de 2018) y Ecuador (12 de febrero de 2019). Por su parte Argentina<sup>14</sup> (30 de junio de 2017) y Chile<sup>15</sup> (11 de julio de

<sup>14</sup> Argentina formuló las siguientes reservas: la declaración interpretativa al artículo 31: “Las obligaciones contraídas en los incisos cuarto y quinto del artículo 31 deben entenderse como obligaciones de medios, enderezadas a las adopción de medidas, atendiendo a un criterio de progresividad y a los condicionamientos políticos propios del diseño de competencias constitucionales”; y al artículo 23: “El gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un Tribunal Internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los tribunales nacionales determinen como causas de ‘utilidad pública’ o ‘interés social’, lo que éstos entiendan por ‘indemnización justa’”.

<sup>15</sup> Chile formuló las siguientes reservas: en cuanto a conceptos: el enfoque de curso de vida será entendido como el continuo de la vida de la persona, desde el

2017) la han ratificado con reservas. Entró en vigor el 11 de enero de 2017, el trigésimo día a partir de la fecha en que se depositó el segundo instrumento de ratificación, tal y como se establece en dicha Convención. Esto es, son dos los países centroamericanos, Costa Rica y El Salvador, que ya la han ratificado.

Este instrumento coloca a la Organización de Estados Americanos a la vanguardia del derecho internacional de los derechos humanos de las personas mayores y constituye un referente tanto para el trabajo que se desarrolla en las Naciones Unidas como en otras regiones del mundo.<sup>16</sup> Es preciso destacar importantes aportaciones tanto en el enfoque, como en los contenidos<sup>17</sup> del instrumento.

---

inicio de su existencia hasta la última etapa de su vida que, condicionada por diversos factores, como el familiar, social, económico, ambiental y/o cultural, configuran su situación vital, siendo el Estado el encargado de desarrollar este enfoque en sus políticas públicas, planes y programas, con especial énfasis en la vejez; la identidad de género a que alude la *Convención* será entendida en armonía con lo dispuesto en su legislación nacional; en cuanto a los artículos: el 5 y el 18, inciso segundo, ambos en relación con el Artículo 2 de la misma Convención, no impiden, de ninguna forma, la adopción de medidas legítimas, razonables y proporcionadas, como son las que, fundadas en las exigencias ya sea del funcionamiento de una institución, o en las propias de la naturaleza del cargo o función, establecen límites de edad para desempeñar ciertos cargos o funciones públicas, por lo que no podrán considerarse como constitutivas de un acto de discriminación; en relación con el Artículo 11 de la Convención, el consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud al que ella se refiere deberá ser prestado en conformidad a los requisitos tanto formales como sustantivos y a todas las demás disposiciones aplicables en la materia vigentes en el ordenamiento jurídico chileno.

<sup>16</sup> Wendy Acevedo, “El Grupo de Trabajo sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de la Organización de los Estados Americanos”, en Sandra Huenchuan y R. I. Rodríguez, *Autonomía y dignidad en la vejez: teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores*, México, Naciones Unidas, 2014, pp. 48-49.

<sup>17</sup> Para una revisión completa de los contenidos de la Convención *Cf.* Aída Díaz-Tendero, “Dimensiones civil, política y social de la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Luis René Guerrero [coords.], *Derechos del pueblo mexicano: México a*

### III. EL DERECHO A LA SALUD EN LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES

Son varios los derechos involucrados y relacionados con el efectivo ejercicio y goce del derecho a la salud por parte de las personas mayores, recogidos en este instrumento: discriminación por razón de edad<sup>18</sup> (artículo 5), derecho a la vida y a la dignidad en la vejez<sup>19</sup> (artículo 6), derecho a la independencia y autonomía<sup>20</sup> (artículo 7), derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>21</sup> (artículo 10), derecho a brindar con-

---

*través de sus Constituciones*, t. V, *Transversalidad constitucional con prospectiva convencional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Miguel Ángel Porrúa, 2016, pp. 187-202.

<sup>18</sup> Es el primer artículo de la *Convención* relativo a los derechos de las personas mayores propiamente. El reconocimiento en este artículo de una ampliación de los criterios de discriminación es muy relevante, dado que en la discriminación por edad en la vejez se incluyen género, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, migración, pobreza, marginación, afrodescendencia, indigenismo, y también la ejercida hacia personas sin techo, en prisión, pertenecientes a pueblos tradicionales, grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales.

<sup>19</sup> Tiene como principal especificidad que se garantice el acceso a los cuidados integrales —incluidos los cuidados paliativos— así como que se manejen apropiadamente los problemas relacionados con el miedo a la muerte de los enfermos terminales, y que se evite el sufrimiento innecesario y las intervenciones inútiles.

<sup>20</sup> Abunda en el derecho a tomar decisiones, a definir el plan de vida —conforme a la cultura y tradiciones de la persona mayor, si así lo desea— y a desarrollar una vida autónoma e independiente conforme a sus tradiciones y creencias. Merece especial atención la inclusión del componente cultural/tradicional en este derecho. Asimismo, está incluida la libertad de residencia, en este tenor “que la persona mayor tenga la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir [...] y no se vea obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida específico”.

<sup>21</sup> En su contenido refuerza la no discriminación derivada de las dimensiones como la raza, la etnia, la identidad indígena y la cultura, el género, el sexo, y todas las descritas en el artículo, acotando la vida sin violencia a especificidades como

sentimiento libre e informado en el ámbito de la salud<sup>22</sup> (artículo 11), derecho a la libertad de expresión y de opinión, y al acceso a la información<sup>23</sup> (artículo 14), derecho a la privacidad y a la intimidad<sup>24</sup> (artículo 16), derecho a la seguridad social<sup>25</sup> (artículo 17), y derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado de largo plazo<sup>26</sup> (artículo 12).

---

el abuso financiero o patrimonial, la expulsión de su comunidad, el maltrato el abandono o negligencia dentro y fuera del ámbito familiar.

<sup>22</sup> Según el derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud, la información que se brinde debe ser adecuada, clara y oportuna, presentada de manera comprensible de acuerdo con la identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación de la persona mayor. Por otra parte, las instituciones y los profesionales de la salud “no podrán administrar tratamiento, intervención o investigación alguna sin el consentimiento informado de la persona mayor” —salvo en los casos de emergencia médica que pongan en riesgo la vida y cuando no resulte posible obtener el consentimiento informado—. Este derecho de la persona mayor incluye aceptar, negarse a recibir o interrumpir voluntariamente tratamientos médicos o quirúrgicos —incluidos los de la medicina tradicional, alternativa y complementaria— y a recibir información clara y oportuna sobre las posibles consecuencias y los riesgos de dicha decisión. Asimismo, los Estados deben establecer un proceso a través del cual la persona mayor pueda manifestar su voluntad anticipada e instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención de la salud, incluidos los cuidados paliativos.

<sup>23</sup> El derecho a la libertad de expresión y de opinión y al acceso a la información consiste en la igualdad de condiciones en el ejercicio de este derecho por parte de la persona mayor.

<sup>24</sup> El derecho a la privacidad y a la intimidad en su vida privada, familia, hogar o unidad doméstica, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, contiene una alusión especial a los actos de higiene. Por otra parte, subraya la tutela de este derecho especialmente en el caso de las personas mayores que reciben cuidados de largo plazo.

<sup>25</sup> El *derecho a la seguridad social* consiste en que toda persona mayor reciba del Estado un ingreso para una vida digna a través de los sistemas de seguridad social y otros mecanismos flexibles de protección social, esto es, mediante sistemas contributivos y no contributivos.

<sup>26</sup> Se introduce que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar y mantener su independencia y autonomía. Incluye también medidas de apoyo para los cuidadores; necesidades de todas las familias y otras formas de cuidados; respeto a la dignidad e integridad física y mental; así como garantizar el acceso de

Todos estos derechos afectan más o menos directamente al derecho a la salud, si bien en esta investigación el análisis se centrará, *stricto sensu*, en los artículos denominados “derecho a la salud” tanto en la *Convención*, como en las legislaciones nacionales de los ocho países centroamericanos y caribeños estudiados.

El derecho a la salud propiamente (artículo 19) está muy desarrollado en la *Convención* y pueden destacarse varios aspectos:

En primer lugar, la atención que se presta a la medicina tradicional, alternativa y complementaria, que ocupa dos incisos diferentes dentro del artículo (*a* y *k*). En segundo lugar, la mención del envejecimiento activo,<sup>27</sup> paradigma que ha tenido diversas denominaciones a lo largo de la historia de la Gerontología pero que sigue constituyendo uno de los más vigentes paradigmas sobre envejecimiento. En tercer lugar, la alusión a la salud sexual y reproductiva de la persona mayor y la inclusión de los servicios de salud asequibles y de calidad para el tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual en esta población. En cuarto lugar, el objetivo de mejoramiento del estado nutricional de la persona mayor. En quinto lugar, la contemplación de servicios socio-sanitarios para el tratamiento de enfermedades que generan dependencia como las crónico-degenerativas, las demencias y la enfermedad de Alzheimer. En sexto lugar, el objetivo de hacer posible la accesibilidad a los servicios de cuidados paliativos. En séptimo lugar, la propuesta de lograr la disponibilidad y accesibilidad a los medicamentos

---

la persona mayor a la información, privacidad e intimidad en los actos de higiene. El citado artículo advierte de la mayor vulnerabilidad de la mujer mayor.

<sup>27</sup> Proceso por el cual se optimizan las oportunidades de bienestar físico, mental y social, de participar en actividades sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, y de contar con protección, seguridad y atención, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable y la calidad de vida de todos los individuos en la vejez, y permitirles así seguir contribuyendo activamente a sus familias, amigos, comunidades y naciones. El concepto de envejecimiento activo y saludable se aplica tanto a individuos como a grupos de población (artículo 2 de la *Convención*).

reconocidos como esenciales por la Organización Mundial de la Salud, “incluyendo los fiscalizados necesarios para los cuidados paliativos” (inciso *m*).

Otros aspectos relevantes son: en primer lugar, que el encabezado del artículo reza: “la persona mayor tiene derecho a su salud física y mental, sin ningún tipo de discriminación”. En el inciso *i* se establece que se deben “fortalecer las capacidades de los trabajadores de los servicios de salud, sociales y socio-sanitarios integrados y de otros actores, en relación con la atención de la persona mayor, teniendo en consideración los principios contenidos en la presente *Convención*”. Asimismo, en el inciso *n* se precisa el deber de “garantizar a la persona mayor el acceso a la información contenida en sus expedientes personales, sean físicos o digitales”.

#### IV. NORMATIVIDADES NACIONALES EN CENTROAMÉRICA Y EL CARIBE

Costa Rica cuenta con la *Ley Integral Para la Persona Adulta Mayor* (1999) que establece como deber del Estado, garantizar condiciones óptimas de salud para este grupo etario (artículo 12). Se contemplan, de igual manera, deberes estatales de manera más específica como la creación de servicios de geriatría y la atención integral de la salud y el fomento de estilos de vida saludables (artículo 17). Se determinan acciones correspondientes al Ministerio de Salud que de manera general se dirigen a coordinar y garantizar que existan programas de salud dirigidos a las personas mayores (artículo 18). Asimismo, se fijan programas de especialización, procurando su desarrollo e impulsando los programas de geriatría y gerontología para brindar una atención integral a la persona mayor (artículo 20).

Si bien no es el objetivo de esta investigación identificar la normatividad en el área de cuidados paliativos, es muy significativo

que en este país centroamericano exista desde 2007 una *Norma para la habilitación de establecimientos que brindan atención en cuidados paliativos modalidad ambulatoria y domiciliar*, que demuestra que Costa Rica se encuentra a la vanguardia en la subregión y también en América Latina.

Dicha norma contempla la presencia de personal de salud capacitado y especializado para brindar atención a la persona mayor que se encuentre dentro de los establecimientos dedicados a brindar atención integral.

El marco legislativo cubano protege el derecho a la salud de las personas mayores en el decreto 139 del *Reglamento de la Ley de la Salud Pública* (1988) según el cual la persona mayor recibirá atención por parte del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la rehabilitación, promoción, prevención y curación de sus enfermedades o dolencias médicas (artículo 52).

El marco normativo guatemalteco contempla este derecho en dos de sus ordenamientos jurídicos internos, por un lado en la *Constitución de la República de Guatemala* (1985) que en primer lugar, establece que el Estado será el encargado de brindar protección a la salud de las personas mayores (artículo 51), y en segundo lugar, establece que el Estado es el encargado de velar por la salud y asistencia social de todos los habitantes (artículo 94).

Adicionalmente, la *Ley de Protección Para las Personas de la Tercera Edad* (1999) establece que uno de los derechos fundamentales de las personas mayores es el derecho a tener buena salud, por lo que se les deberá asistir de manera gratuita en todo lo que a su salud corresponda (artículo 13). Asimismo, el Ministerio de Salud deberá desarrollar acciones encaminadas a proteger a las personas mayores tanto en su salud física como en su salud emocional (artículo 15).

En el caso hondureño la *Ley Integral de Protección al Adulto Mayor y Jubilados* (2006) establece en diversos artículos la protección al derecho a la salud: en primer lugar, la persona mayor tiene derecho a

tener acceso a los servicios de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación así como a recibir atención médica humanizada (artículo 6); por otra parte, se determina que la Secretaría de Estado en los Despachos de Salud Pública tiene la obligación de brindar los servicios especializados a las personas mayores en el ámbito de la salud (artículo 15); asimismo, a la persona mayor se le deberá prestar atención médica hospitalaria (artículo 17) y se estipula que los suministros médicos necesarios podrán ser importados libres de todo impuesto (artículo 60).

La legislación nicaragüense fija en la *Ley 720 o Ley del Adulto Mayor* (2010) que la persona mayor tiene derecho a recibir atención médica de calidad (artículo 6), así como descuentos y, en su caso, la gratuidad en dichos servicios (artículo 7); asimismo, en la misma ley se fija que el Estado tiene las siguientes responsabilidades: proporcionar atención en el sector salud a la persona mayor, implementar los servicios necesarios y contar con el personal capacitado para prestar dichos servicios (artículo 10).

En el caso panameño este derecho se encuentra protegido en la *Constitución Política de la República de Panamá* (1972 y reformas de 1978, 1983, 1993, 1994, 2004) que determina que el Estado protegerá la salud física, mental y moral, extendiendo la concepción de la salud. Se hace referencia específicamente a las personas mayores, que junto con los menores serán quienes gocen de la protección de este derecho por parte del Estado (artículo 56). Por otra parte, fija que el Estado es el encargado de velar por la salud de la población en general, que incluye los derechos a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla (artículo 109).

El marco legislativo de la República Dominicana que protege el derecho a la salud de las personas mayores consiste en la *Constitución de la República Dominicana* (1994) que determina que toda persona tiene derecho a la salud integral otorgándole al Estado la responsabilidad de garantizar su cumplimiento y velar por su

correcta aplicación (artículo 61), y en la *Ley de Protección a los Envejecientes* (1998), que establece que la persona mayor que padezca alguna enfermedad grave tendrá derecho a una protección especial (artículo 4), y fija que las personas mayores que tengan algún problema de adicciones o de dependencia también tendrán derecho a recibir un tratamiento (artículo 11); por su parte la *Ley General de Salud* (2001) dispone que es deber del Estado velar por que a las personas mayores se les brinde la atención necesaria para la protección de su salud y la prevención de las enfermedades (artículo 31).

En El Salvador este derecho está protegido por la *Constitución de la República de El Salvador* (1983 y reformada en 1992), la *Ley de Atención Integral para la Persona Adulta Mayor* (2002) y el *Código de Familia* (1860 y reformado en 1998).

La *Constitución* fija que la salud es un derecho público y que el Estado es el encargado de supervisar su cumplimiento (artículo 65). La *Ley de Atención Integral para la Persona Adulta Mayor* reconoce los derechos fundamentales de las personas mayores dentro de los cuales se encuentra el derecho a recibir asistencia médica cuando así se requiera (artículo 5) y finalmente el *Código de Familia*, en el reconoce también los derechos de las personas mayores y dentro de esos derechos se encuentra el de recibir asistencia médica, geriátrica y gerontológica (artículo 394).

## V. CONCLUSIONES

Se aprecia en general una gran distancia entre los marcos normativos nacionales y la cobertura real de los sistemas de salud en los países de la subregión.

Desde el punto de vista normativo, si bien se constata que todos los países de la muestra han avanzado en la protección del derecho a la salud de las personas mayores, la revisión de los preceptos de la

*Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* relativos a la salud da cuenta de la profundización y adecuación a la realidad de la persona mayor presentes en la concepción del derecho a la salud contenido en dicha *Convención*. En este sentido, puede mencionarse que entre los múltiples aciertos de ese instrumento se encuentra la precisión y detalle con los que se particularizan derechos, que son comunes a otros instrumentos de derechos del hombre o del ciudadano, al caso de las personas mayores.

Se espera la ratificación o adhesión por parte de todos los Estados de la subregión (ya lo han hecho Costa Rica y El Salvador) así como de la región de América Latina de este instrumento que establece y protege el derecho a la salud y el amplio abanico conformado por los derechos humanos de las personas mayores.

Los marcos normativos nacionales que se revisaron en esta investigación ofrecen amplias posibilidades para complementarse con los contenidos de dicho instrumento interamericano en diferentes sentidos: por una parte, para guiar a los impartidores de justicia de todos los niveles en la protección de los derechos y sanción cuando ocurra una violación de los mismos; por otra parte, para orientar a los tomadores de decisiones en relación al diseño, alcance, implementación y evaluación de las políticas públicas; y por último, para ilustrar a los colectivos que trabajan con las personas mayores, pero también a las familias, a las comunidades, y a las mismas personas mayores, sobre el amplio abanico de derechos humanos que tienen las personas mayores.

Finalmente, los derechos de las personas mayores son por su naturaleza “derechos de todos, derechos universales”. Si entendemos la perspectiva de curso de vida, la etapa de la vejez es el periodo en el que se recogen, en sentido positivo y negativo, las ventajas o en su caso desventajas<sup>28</sup> que se han sumado a lo largo de la vida

<sup>28</sup> Existe, a propósito de esta afirmación, una teoría gerontológica denominada “teoría de la desventaja acumulativa” cuya premisa es que la desigualdad no

de cada ciudadano, de todos los ciudadanos. Los derechos de las personas mayores no son derechos de grupo, ni generacionales, ni segmentarios, y deben recibir el tratamiento de derechos universales. La lucha por el reconocimiento de los derechos humanos de las personas mayores, su positivización en políticas públicas, y la tutela efectiva de su cumplimiento en los tribunales competentes es, en verdad, la lucha por el reconocimiento de los derechos humanos de todos los ciudadanos.

VI. EPÍLOGO: EL CASO POBLETE-VILCHES  
O LA PRIMERA PIEDRA DEL SISTEMA  
INTERAMERICANO PARA LA PROTECCIÓN  
DEL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS MAYORES

El caso Poblete<sup>29</sup> constituye un hito: es la primera vez que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronuncia de manera directa sobre el derecho a la salud de las personas mayores. La Corte utiliza por primera vez el concepto de persona mayor, basándose en la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, y con ello sienta un importante precedente. Sin embargo, no puede apoyar su sentencia en este instrumento, debido a que fue ratificado por el Estado chileno el 11 de julio de 2017.

---

es un resultado estático, sino que es un proceso acumulativo que se desarrolla a lo largo del curso de la vida. Para abundar más sobre la misma, consúltese: Dale Dannefer, Cumulative Advantage/Disadvantage and the Life Course: Cross-Fertilizing Age and Social Science Theory, *The Journals of Gerontology: Series B*, vol. 58, núm. 6, 1 noviembre, 2003, pp. S327-S337.

<sup>29</sup> Sobre el caso Poblete-Vilches consúltese la obra: Mariela Morales y Laura Clericó [coords.], *Interamericanización del derecho a la salud. El caso Poblete de la Corte IDH bajo la lupa*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro, 2019.

### 1. Hechos

El 17 de enero de 2001 el señor Vinicio Antonio Poblete Vilches, de setenta y seis años, ingresó al hospital público Sótero del Río a causa de una insuficiencia respiratoria grave. Estuvo cuatro días hospitalizado en la unidad médica de cuidados intensivos. Después ingresó en la Unidad de Cuidados Intensivos Quirúrgica donde se le practicó una intervención quirúrgica, cuando el paciente se encontraba inconsciente, sin haber obtenido el consentimiento de sus familiares. El 2 de febrero fue dado de alta de manera temprana, sin mayores indicaciones y sus familiares tuvieron que contratar una ambulancia privada para trasladarlo a su domicilio, ya que el hospital no contaba con ambulancias disponibles.

Tres días después ingresa el señor Poblete al mismo hospital público, donde permanece en la unidad de cuidados intermedia, no obstante que la ficha médica disponía su internación en la sala de cuidados intensivos. Asimismo, requería de un respirador, que no le fue proporcionado. El señor Poblete-Vilches falleció dos días después, el 7 de febrero de 2001.

Los familiares presentan una primera querrela criminal en 2001 y una segunda en 2005. El 11 de diciembre de 2006 el Juzgado Primero Civil ordenó el sobreseimiento de la causa; se desarchiva en 2007. Nuevamente, el 30 de junio de 2008 sobreseimiento y el 5 de agosto se desarchiva. Llega a la Corte en 2018.

### 2. Fondo

Que la Corte haya interpretado que la protección del derecho a la salud se deriva de la *Convención Americana* no es una cuestión menor, como tampoco lo es la multiplicidad de instrumentos presentes en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Poblete-Vilches que protegen el derecho a la salud.

La Corte establece que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también de un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral. La obligación general se traduce en el deber de los Estados de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, asegurando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población.

En relación con este derecho, la Corte determinó diversas omisiones, basándose en un amplio abanico de instrumentos internacionales<sup>30</sup> además del artículo 17 del *Protocolo de San Salvador*. En el segundo ingreso, existió urgencia de las prestaciones de salud requeridas, que el sistema de salud pública no proveyó. El Estado chileno no garantizó que los servicios de salud brindados al señor Poblete cumplieran con los estándares referidos, por lo que incumplió el deber de otorgamiento de medidas básicas, es decir, de sus obligaciones de carácter inmediato relacionadas con el derecho a la salud en situaciones de urgencia (artículo 26 de la *Convención*

<sup>30</sup> El artículo 17 del Protocolo de San Salvador contempla el derecho a la salud de las personas mayores; el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de las Personas de Edad en África, y la Carta Social Europea; los Principios de las Naciones Unidas a favor de las Personas de Edad, el Plan de Acción Internacional de Viena sobre Envejecimiento, la Proclamación sobre el Envejecimiento, la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, así como otros de carácter regional como la Estrategia Regional de Implementación para América Latina y el Caribe, la Declaración de Brasilia, el Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud sobre la Salud de las Personas Mayores, incluido el Envejecimiento Activo y Saludable, la Declaración de Compromiso de Puerto España, la Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe.

*Americana de Derechos Humanos* o *Pacto de San José*). La edad resultó ser una limitante para que recibiera la atención médica requerida, esto es, se violó la obligación de respetar los derechos y libertades sin discriminación (artículo 1.1).

Se señala en el fondo del caso que las personas mayores tienen derecho a una protección reforzada del derecho a la salud y, por ende, exigen la adopción de medidas diferenciadas. La Observación General Núm. 6 del Comité de DESC de la ONU resalta el deber de los Estados partes del Pacto (PIDESC) de tener presente que mantener medidas de “prevención, mediante controles periódicos, adaptados a las necesidades de las mujeres y de los hombres de edad, cumple un papel decisivo; y también la rehabilitación, conservando la funcionalidad de las personas mayores”. En la Observación General núm. 14 del Comité DESC se detallan las cuestiones sustantivas que se derivan de la aplicación del derecho a la salud incluida “la prevención, la curación y la rehabilitación destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores y la prestación de atenciones y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables y permitiéndoles morir con dignidad. La Corte nota que, en muchas situaciones, se presenta una particular vulnerabilidad de las personas mayores frente al acceso a la salud, como limitaciones físicas, de movilidad, la condición económica o la gravedad de la enfermedad y posibilidades de recuperación.

### 3. Sentencia

El Estado chileno fue declarado, por unanimidad, responsable por no garantizar al señor Poblete Vilches su derecho a la salud sin discriminación, mediante servicios necesarios básicos y urgentes en atención a su situación especial de vulnerabilidad como persona mayor, lo cual derivó en su muerte (artículo 26: desarrollo progresivo de de-

rechos económicos, sociales y culturales; artículo 1.1: obligación de respetar los derechos y libertades sin discriminación; artículo 4: derecho a la vida), así como por los sufrimientos derivados de la desatención del paciente (artículo 5: derecho a la integridad personal). De la misma manera, la Corte declaró que el Estado vulneró el derecho a obtener el consentimiento informado por sustitución y el acceso a la información en materia de salud, en perjuicio del señor Poblete y de sus familiares (artículo 26: desarrollo progresivo de derechos económicos, sociales y culturales; artículo 13: libertad de pensamiento y de expresión que incluye el derecho a recibir información; artículo 7: derecho a la libertad y seguridad personales; artículo 11: protección de la honra y de la dignidad, éstos en relación con el artículo 1.1: obligación de respetar los derechos; así como el derecho al acceso a la justicia (artículo 8: garantías judiciales; y artículo 25: protección judicial) e integridad personal, en perjuicio de los familiares del señor Poblete (artículo 5: derecho a la integridad personal).

#### *4. Medidas de reparación*

Como medidas de satisfacción, Chile debe publicar la sentencia y realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidades. Como medidas de rehabilitación dicho Estado deberá brindar, a través de sus instituciones de salud, la atención médica psicológica a las víctimas. Como garantías de no repetición el Estado chileno deberá implementar programas permanentes de educación en derechos humanos, informar a la Corte sobre los avances que ha implementado en el hospital Sótero del Río, fortalecer el Instituto Nacional de Geriátrica y su incidencia en la red hospitalaria, diseñar una publicación o folleto que desarrolle los derechos de las personas mayores en materia de salud, y diseñar una política general de protección integral a las personas mayores. Como indemnización compensatoria se deberá pagar la cantidad fijada en

la sentencia por concepto de daño material e inmaterial así como un monto de reintegro de gastos y costas, y los gastos del Fondo de Asistencia de Víctimas. Finalmente, la Corte supervisará el cumplimiento íntegro y lo dará por concluido una vez que se haya dado cabal cumplimiento.

### 5. *Envergadura y proyección del caso*

Es preciso tener presente que la Corte está protegiendo derechos sociales basándose en una interpretación del artículo 26 de la Convención Americana, dado que el Pacto de San Salvador, si bien es el instrumento idóneo para la protección de los derechos humanos económicos sociales, culturales y ambientales, sólo protege el derecho a la educación y los derechos sindicales.

La Corte, en los casos más recientes, se ha valido de esta interpretación jurídica para ejercer una protección efectiva y sentar un irrevocable precedente en la materia.

El caso Poblete-Vilches es, además del más reciente, el caso paradigmático e insignia en la historia de la protección del derecho a la salud de las personas mayores, dado que establece estándares y conceptos que constituyen la primera piedra en su justiciabilidad.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

Acevedo, Wendy, “El Grupo de Trabajo sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de la Organización de los Estados Americanos”, en Sandra Huenchuan y Luis Rodríguez-Piñero, *Autonomía y dignidad en la vejez: teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores*, México, Naciones Unidas, 2014, pp. 48-49.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Población, Envejecimiento y Desarrollo*, Trigésimo Periodo de Sesiones de la CEPAL, San Juan, 20 de junio al 2 de julio, 2004.

\_\_\_\_\_, *Informe sobre la aplicación de la Estrategia regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento* [LC/L.2749(CRE-2/3)], Santiago de Chile, CEPAL, 2007, p. 10.

\_\_\_\_\_, *Observatorio Demográfico 2015. Proyecciones de población*, Santiago de Chile, CEPAL, 2016.

Dannefer, Dale, “Cumulative Advantage/Disadvantage and the Life Course: Cross-Fertilizing Age and Social Science Theory”, *The Journals of Gerontology: Series B*, vol. 58, núm. 6, 1 noviembre, 2003, pp. S327-S337.

Díaz-Tendero, Aída, “Dimensiones civil, política y social de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores” en, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Luis R. Guerrero [coords.], *Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus Constituciones*, t. V, *Transversalidad constitucional con perspectiva convencional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas / Miguel Ángel Porrúa, 2016, pp. 187-202.

\_\_\_\_\_, “Estudios de población y enfoques de gerontología social en México”, *Papeles de Población*, vol. 17, 2011, pp. 49-65.

Huenchuan, Sandra, “Igualdad y universalidad de los derechos humanos en contexto de envejecimiento”, en Sandra Huenchuan [ed.], *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*, México, CEPAL-Celade, 2012, pp. 40-41.

Mesa-Lago, Carmelo, *Efectos de la crisis global sobre la seguridad social de salud y pensiones en América Latina y el Caribe y recomendaciones de políticas*, Santiago de Chile, CEPAL, 2009.

Morales, Mariela y Laura Clericó [coords.], *Interamericanización del derecho a la salud. El caso Pobleto de la Corte IDH bajo la lupa*, Queréta-

ro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro / Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro, 2019.

Salmerón, Juan A. *et al.*, *Vejez, mujer y educación. Un enfoque cualitativo de trabajo socioeducativo*, Madrid, Dykinson, 2014.

### *Instrumentos*

*Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos*, 1981.

*Carta de San José sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe*, 2012.

*Carta Social Europea*, 1961.

*Código de Familia*, El Salvador, 1860; reformado en 1998.

*Constitución de la República de Guatemala*, 1985.

*Constitución de la República Dominicana*, 1994.

*Constitución Política de la República de Panamá*, 1972 y reformas de 1978, 1983, 1993, 1994, 2004.

*Constitución de la República de El Salvador*, 1983 y reformada en 1992.

*Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José* (1969 entra en vigor en 1978).

*Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, OEA, 2015.

*Declaración Americana de los Derechos del Hombre*, 1948.

*Declaración de Brasilia*, 2007.

*Estrategia Regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento*, 2003.

*Ley de Atención Integral para la Persona Adulta Mayor*, El Salvador, 2002.

*Ley 720 o Ley del Adulto Mayor*, Nicaragua, 2010.

*Ley General de Salud*, República Dominicana, 2001.

*Ley Integral Para la Persona Adulta Mayor* Costa Rica, 1999.

*Ley Integral de Protección al Adulto Mayor y Jubilados*, Honduras, 2006.

*Ley de Protección Para las Personas de la Tercera Edad*, Guatemala, 1999.

*Norma para la habilitación de establecimientos que brindan atención en cuidados paliativos modalidad ambulatoria y domiciliar, Costa Rica 2007.*

*Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Personas Mayores en África, 2016.*

*Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador, 1988.*

*Reglamento de la Ley de la Salud Pública Cuba, 1988.*

*Resolución 21 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 2012, A/CDH/21/L15.*

### 3. LOS MECANISMOS DE AUTOPROTECCIÓN JURÍDICA, LA ENFERMEDAD DE ALZHEIMER Y EL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN PREVISIÓN DE LA PROPIA INCAPACIDAD

Joanna Pereira Pérez

#### I. INTRODUCCIÓN

Los que vivimos la contemporaneidad nos enfrentamos a numerosos factores que requieren una urgente mirada jurídica y la reformulación de paradigmas en torno a determinadas instituciones del Derecho, que hasta hace unos años no eran cuestionadas. En este sentido, la cada vez más creciente longevidad de la población es una realidad que obliga a la satisfacción de las necesidades que este sector poblacional demanda.<sup>1</sup> Otro factor determinan-

<sup>1</sup> Según el *Boletín Demográfico de la CEPAL*, con proyecciones hasta 2050, para 2025 la cantidad de personas de 60 años o más habrá aumentado 56 millones, lo cual sumará 96 millones de adultos mayores en la región; mientras que para Cuba se concibe, en igual periodo, la existencia de un aproximado de 2 947 800 de personas de la tercera edad, de un total de 11 792 000, lo cual representa

te lo constituyen el vertiginoso avance que han experimentado la ciencia y la técnica en función de la medicina, contribuyendo a la existencia de altos índices de supervivencia, a la prolongación de la vida artificialmente y al diagnóstico cada vez más precoz de enfermedades degenerativas, y con ello el aumento de deterioros cognitivos relacionados con la edad, en mayor o menor grado.<sup>2</sup> Justamente, dentro de este complejo escenario, se inserta el enfermo de Alzheimer, uno de los padecimientos con mayor trascendencia familiar y social.

La enfermedad de Alzheimer es considerada como un padecimiento neurodegenerativo que provoca demencia y que afecta principalmente a personas mayores. Debido a su carácter progresivo transita por diferentes estadios, a partir de lo cual existen diversas maneras de clasificación de la magnitud de la afectación, las cuales a grandes rasgos pueden ser: la etapa de deterioro leve, la moderada y la severa.

---

casi el 25% de la población, visión que se vuelve aún más alarmante en los pronósticos para 2050, ya que para este año el sector longevo habría aumentado en un millón, para un 33% del total de habitantes de la isla. *Boletín Demográfico. América Latina y el Caribe: el envejecimiento de la población 1950-2050*. CEPAL-Celade, Publicación de las Naciones Unidas (2003) [en línea] Disponible en [www.eclac.org/publicaciones/xml/1/13371/LCG2211.pdf](http://www.eclac.org/publicaciones/xml/1/13371/LCG2211.pdf). [Fecha de consulta: 4 de septiembre de 2018].

En igual sentido se prevé que para 2025 Cuba será el país más envejecido de América Latina, y para 2050 uno de los más envejecidos del mundo. *Adulto mayor en Cuba: hechos y cifras 2008-2009* [en línea] Disponible en [http://www.sld.cu/galerias/pdf/sitios/gericuba/introduccion\\_2009.pdf](http://www.sld.cu/galerias/pdf/sitios/gericuba/introduccion_2009.pdf). [Fecha de consulta: 4 de septiembre 2018].

Para 2020 Cuba se convertirá en el país de Latinoamérica con mayor proporción de adultos mayores, para un 25% de la población con 60 años o más. Anuario Estadístico Ministerio de Salud Pública de Cuba (2012) [en línea] Disponible en [www.sld.cu/servicios/estadisticas](http://www.sld.cu/servicios/estadisticas). [Fecha de consulta: 4 septiembre 2018].

<sup>2</sup> En las personas con 60 años o más la demencia es uno de los mayores factores que influyen en una mayor cantidad de años de vivir con discapacidad.

La primera etapa o leve se identifica por el paulatino deterioro en la memoria con alteraciones en otras áreas cognoscitivas, tales como la orientación; se presentan cambios de ánimo, apatía y pérdida de iniciativa. Es capaz de sostener una conversación, comprende bien y utiliza adecuadamente los aspectos sociales de la comunicación (gestos, entonación, expresión y actitudes). El desempeño en el autocuidado es adecuado; está consciente del medio que lo rodea, es capaz de entender la naturaleza básica de los eventos y las situaciones, así como de expresar sentimientos y opiniones, es por ello que consideramos que, aun padeciendo estos síntomas, la persona conserva su capacidad de obrar, por cuanto ninguno de los antes mencionados afectan los dos aspectos más importantes que deben informar a la voluntad en la realización de actos jurídicos, por una parte la inteligencia, para valorar suficientemente el alcance de nuestra actuación y por otra, la aptitud para manifestarla inequívocamente.

Por su parte, en la segunda etapa o moderada empeoran las fallas amnésicas, se acentúan los problemas de lenguaje (olvida las palabras), de la praxis (deterioro de la capacidad motora aunque las funciones estén intactas: por ejemplo no puede vestirse correctamente o no sabe cómo usar los cubiertos a la hora de comer) y del reconocimiento (dificultad para identificar quiénes lo rodean, pero conserva la mayor parte del reconocimiento de sí mismo). Además, aparece descuido en la higiene, pueden surgir algunos trastornos del comportamiento, del pensamiento y de la percepción sensorial. La dependencia con respecto a un cuidador es cada vez mayor.

Ya en la tercera etapa o severa se presenta un compromiso total de las facultades intelectuales. La rigidez muscular se acentúa, hasta llegar, en muchas ocasiones, al inmovilismo; hay desconocimiento del medio, de los familiares y de sí mismo; requiere asistencia permanente para todas las actividades; tiene incontinencia urinaria y fecal; cuadros infecciosos a repetición (generalmente son

la causa de la muerte), úlceras por presión y demás complicaciones resultantes del inmovilismo.<sup>3</sup>

Es notable que en la segunda y tercera etapas de la enfermedad, se presentan manifestaciones sintomáticas que afectan los requisitos exigidos jurídicamente para que las personas podamos actuar válidamente en el ámbito del derecho, siendo definitorias aquellas que dificultan el uso adecuado del lenguaje por ser la manera en que las personas manifiestan su voluntad y, por otra parte, la pérdida de las facultades intelectuales. Es importante acotar en este punto que las etapas descritas no pueden ser vistas de manera cerrada, sino que en el enfermo ocurre una evolución paulatina, por lo que es necesaria una constante evaluación de la persona, para valorar acertadamente su capacidad para manifestar válidamente su autonomía de la voluntad.

El tiempo que puede alcanzar un paciente en llegar a uno u otro estadio varía en atención a diferentes factores, lo que sí debe ser tenido en cuenta es que la enfermedad puede tener una duración que fluctúa entre los 8 y los 20 años, en virtud de lo cual todo lo que pueda hacerse para mejorar la calidad de vida de estas personas es loable, y uno de los aspectos en el que menos se ha pensado desde el punto de vista institucional es su arista jurídica, con la consiguiente utilización de la autonomía de la voluntad, como parte del ejercicio del derecho a la libertad y el reconocimiento de su dignidad como persona, en previsión de su futura incapacidad.

Todo lo descrito anteriormente afecta el normal desenvolvimiento de la vida diaria de los que padecen esta enfermedad en cualquier etapa de su desarrollo y aunque todos los síntomas en su conjunto contribuyen a la consideración de que estas personas van perdiendo sus facultades, a nuestro juicio las que más se relacionan

<sup>3</sup> Victoria E. Arango Lopera, “Dilemas éticos en etapas leves de la enfermedad de Alzheimer. Decirle o no la verdad al paciente”, *Revista Latinoamericana de Bioética*, vol. 8, núm. 1, enero-junio de 2008, p. 61.

con la imposibilidad de manifestar inequívocamente su voluntad son la alteración en el juicio y la dificultad para encontrar palabras y finalizar ideas, limitándose con ello el ejercicio de su autonomía. No obstante, el deterioro significativo a los efectos de la capacidad jurídica de obrar de las personas aparece en los estadios moderado y avanzado de la enfermedad y es por ese motivo que defendemos la posibilidad de uso de la autonomía en previsión de la incapacidad que inexorablemente provoca la enfermedad a quien la padece, cuando en estadios leves aún se conservan la mayoría de las facultades.

En tal sentido, la ciencia jurídica se encarga de regular aquellas relaciones y situaciones sociales de mayor relevancia, por lo que se ha ocupado y preocupado por la instrumentación de instituciones cuya finalidad es proteger los derechos de los enfermos de demencia y su patrimonio. La vía clásica y generalizada que ha sido utilizada para este fin es el proceso de incapacitación de la persona,<sup>4</sup> que culmina con el nombramiento de un tutor, quien en adelante, suplirá la capacidad del enfermo después de incapacitado, lo cual, según las doctrinas más modernas,<sup>5</sup> reporta una protección cierta

<sup>4</sup> Señala Valdés Díaz que con este proceso se consagra el enfoque médico de la discapacidad y, consecuentemente, el sistema de sustitución para el ejercicio de la capacidad, generalmente a través de restricciones o, incluso, mediante la total incapacitación. Este modelo se centra en aspectos relativos a la protección en la esfera patrimonial y descuida las demás esferas en relación con las cuales no suele contener previsiones específicas. Valdés Díaz, Caridad del C., “Capacidad, discapacidad e incapacitación en clave carpenteriana”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 26, 2010, pp. 47-48. Disponible en <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=293222980003>. [Fecha de consulta: 8 de diciembre de 2012].

<sup>5</sup> Montserrat Pereña Vicente, “La Convención de las Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica”, *IUS. Revista del Instituto Jurídico de Puebla*, núm. 26, 2010, pp. 70-71. Disponible en <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=293222980004> [Fecha de consulta: 8 de diciembre de 2012]. Señala la autora, refiriéndose a la Convención de Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la

a la persona declarada incapaz, pero deja a un lado un principio tan importante en el desenvolvimiento de la vida de un ser humano, como es su libertad y con ello su autonomía y autodeterminación, lo cual repercute indudablemente en la dignidad de la persona. Unida a la jurídica, encontramos la protección que emana de la familia, la que garantiza determinadas instituciones y la brindada por la sociedad en general, pero ninguna de ellas excluye la posibilidad de que el propio sujeto haya podido diseñar, como desea que se materialice esa protección, de tal manera que pueden pronunciarse sobre el nombramiento de su tutor, sus deseos ante una decisión médica o simplemente su parecer sobre la venta u otros negocios jurídicos a realizar sobre sus bienes.

Es por ello que en la actualidad existen otras instituciones a partir de las cuales los sujetos pueden proteger igualmente su persona y su patrimonio, pero a partir del ejercicio de su propia autonomía, entre las más utilizadas encontramos: la autotutela, los poderes preventivos, el contrato de alimentos, el fideicomiso<sup>6</sup> y el crédito

---

que Cuba es signataria desde 2007, que “Esta Convención genera un debate en el que ciertos sectores sostienen que hay que cambiar los mecanismos clásicos de protección que pasan por la intervención del juez y la tutela. Incluso, se afirma, obliga a poner en marcha soluciones alternativas al procedimiento de tutela e incapacitación, evitando el recurso a la autoridad judicial y sustituyendo la representación que implica la tutela por un sistema de apoyos”.

Por su parte, Cárdenas González refiere que: “se trata de que la ley reconozca un mayor ámbito de actuación a la autonomía de la voluntad del sujeto, pues no debe pensarse que goza de libertad absoluta para organizar su futura incapacitación, sino que sus previsiones deben ubicarse dentro de un marco jurídico flexible y generoso”. Cárdenas González, Fernando A., *Incapacidad. Disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad*, México, Porrúa, 2006, p. 12. Por su parte Valdés Díaz nos muestra como la doctrina moderna, representada por varios autores iberoamericanos como Rivas Martínez, Rivera Álvarez, Taiana de Brandi, Llorens y Pérez Gallardo, apoyan la afirmación realizada. Caridad del Carmen Valdés Díaz, *Capacidad, discapacidad e incapacitación en clave carpenteriana*, p. 60.

<sup>6</sup> H. R. Lucero Eserverri y H. Pozzi, “El fideicomiso de administración en miras de mejorar la calidad de vida”. *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Argentina, núm. 4, 2010, pp. 103-136.

vitalicio con garantía hipotecaria o hipoteca inversa, todos en su conjunto son reconocidos como los mecanismos de autoprotección jurídica y con su uso, el sujeto goza de protagonismo para diseñar su propia protección futura.

Es notable que el desconocimiento de las implicaciones que los efectos de esta enfermedad tienen en el ámbito jurídico por parte de los enfermos de Alzheimer, sus familiares y el personal de la asistencia médica en general, y de los mecanismos de autoprotección jurídica, propicia *a la postre* el no ejercicio de la autonomía de la voluntad en previsión de la propia enfermedad, la desprotección de los enfermos y la ocurrencia de importantes conflictos bioéticos. Por otra parte, si bien existen en el ordenamiento jurídico cubano instituciones jurídicas para su protección, éstas no se corresponden con las tendencias modernas que imperan en el ámbito foráneo.

## II. LOS MECANISMOS DE AUTOPROTECCIÓN JURÍDICA Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Al decir de Llambías, la autonomía de la voluntad de los particulares se fue afirmando como la verdadera autoridad en el Derecho privado<sup>7</sup> y constituye un principio fundamental del Derecho civil, donde precisamente se insertan los mecanismos de autoprotección jurídica que serán estudiados posteriormente. Sigue explicando este autor que conforme con la máxima “*volenti non fit injuria*”, es decir, lo que es querido no causa injusticia (a partir de lo cual se manifiesta la importancia que se le otorga desde el Derecho Civil a la autonomía de la voluntad), debe ser interpretada en el entendido de que una decisión que emane de la propia y válida voluntad de un sujeto, no debe considerarse como injusta para él, ya

<sup>7</sup> Jorge Llambías, *Tratado de derecho civil*, t. I, Buenos Aires, Perrot, 1995, pp. 26-27.

que es evidente que sí pudiera ser tenida como tal para los demás. También se le ha asociado con la libertad y un ejemplo de ello lo constituyen las referencias de importantes civilistas como: De Castro, Diez-Picazo y Gullón, Cifuentes y el propio Llambías, en el ámbito foráneo, y Pérez Gallardo en la doctrina cubana, lo cual es importante si tenemos en cuenta que se le relaciona como parte del ejercicio de este trascendental derecho inherente.<sup>8</sup>

Por su parte, el civilista español De Castro señala, en su obra sobre el negocio jurídico, que la autonomía privada de las personas debe entenderse como su poder de autodeterminación y la define como: “el poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social”. Defiende además, que la autonomía en sentido amplio debe ser entendida como: “el poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas y el poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos”.<sup>9</sup> Resalta entonces que con el ejercicio de la autonomía no sólo se conciertan relaciones jurídicas, específicamente obligaciones, contratos o testamentos; sino que además permite que se disfruten, en el sentido amplio del término, los derechos subjetivos sobre los que se ostenta la titularidad.

<sup>8</sup> Federico de Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 12-18; Luis Diez-Picazo y A. Gullón, *Sistema de derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 371-378; Santos Cifuentes, *Elementos de derecho civil*, Buenos Aires, Astrea, 1999, pp. 270, 280, 287, 365; Llambías, *Tratado de derecho civil, cit.*, pp. 26-28; y L. Pérez Gallardo, “De la autonomía de la voluntad y de sus límites”, en L. Pérez Gallardo [coord.], *Lecturas de derecho de obligaciones y contratos*, La Habana, Félix Varela, 2000, pp. 214-217.

<sup>9</sup> Castro y Bravo de, *op. cit.*, pp. 12-13.

En la doctrina civilista cubana, explica Pérez Gallardo, la autonomía corresponde a un supuesto jurídico-normativo en el que la decisión humana puede, libremente, sin ningún tipo de condicionamiento —salvo limitaciones legales— determinar la creación de un negocio jurídico con capacidad y sin dependencia, cualquiera que sea su naturaleza, así como permite al sujeto autodiseñar la estructura y contenido del negocio jurídico que pretende concertar, atribuyéndole a la autonomía dos dimensiones, la positiva que es precisamente en la que se puede ejercitar, actuar y proyectar, frente a la denominada negativa, que le pone cotos, restricciones o modificaciones.<sup>10</sup>

En igual sentido los civilistas españoles Díez-Picazo y Gullón denominan a la autonomía de la voluntad como autonomía privada y consideran que ella es el poder de gobernarse a sí mismo, de reglamentar las relaciones jurídicas en las que se es o ha de ser parte, en resumen, es el poder de ordenación de la esfera privada de la persona. Continúan diciendo que es libertad individual, que reconocer libertad significa permitir hacer, es dar al individuo una esfera de actuación, pero es algo más, ya que el individuo no sólo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en su esfera jurídica.<sup>11</sup>

Es necesario comentar en torno a una de las instituciones con la que más se ha vinculado a la autonomía desde el punto de vista legal, que es el negocio jurídico. Albaladejo señala que:

el negocio jurídico es un medio para la autorregulación de los propios intereses en el campo jurídico o, lo que es lo mismo, que es un instrumento para actuar, en tal campo, la voluntad privada en tanto en cuanto ésta es reconocida por el Ordenamiento; de forma que la autonomía —más o menos amplia, según los casos— de dicha volun-

<sup>10</sup> L. Pérez Gallardo, *De la autonomía de la voluntad y de sus límites*, pp. 217-220.

<sup>11</sup> L. Díez-Picazo y A. Gullón, *Sistema de derecho civil*, p. 371.

tad se ejercita a través de él; siendo enorme su relevancia, puesto que la parte mayor y más importante de las relaciones de Derecho que se establecen, proceden de negocio jurídico.<sup>12</sup>

Al ser asociado el negocio jurídico con el ámbito contractual y la autonomía de la voluntad considerada como nervio central del negocio jurídico, el resultado de la ecuación ha sido que igualmente la autonomía ha sufrido una inexorable vinculación con el contrato, lo cual ha provocado que la mayoría de las normas jurídicas que reconocen la autonomía de la voluntad de los individuos sean a su vez de Derecho contractual, el ordenamiento jurídico cubano es representativo de ello.<sup>13</sup>

Lo anterior también se evidencia cuando en este sentido Delgado Vergara señala, que el contenido de la autonomía de la voluntad se expresa en la autodecisión y la autorregulación, en primer lugar porque el sujeto es libre de contratar o no y en segundo lugar, las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, teniendo en cuenta las normas imperativas o prohibitivas que establecen limitaciones al arbitrio de las partes.<sup>14</sup>

Es por esa razón que los mecanismos de autoprotección jurídica constituyen una de las formas en las que puede concretarse el ejercicio de la autonomía de la voluntad de una persona en previsión de su eventual incapacidad, y es a través de ellos que el sujeto goza

<sup>12</sup> M. Albaladejo, *Derecho civil I. Introducción y parte general*, Barcelona, Bosch, 2002, p. 566.

<sup>13</sup> La única referencia a la manifestación típica de la autonomía de la voluntad a la que nos referimos, la encontramos en el Código Civil cubano a partir del artículo 312, que se encuentra en el Libro Tercero dedicado al Derecho de obligaciones y contratos, y reza: “en los contratos las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, salvo disposición legal en contrario”.

<sup>14</sup> T. Delgado Vergara, *El negocio jurídico contractual*, La Habana, Félix Varela, 2003, p. 8.

de protagonismo para diseñar su propia protección futura. Bajo esta denominación ha englobada la doctrina jurídica, todos aquellos instrumentos en virtud de los cuales una persona capaz puede decidir cómo ha de procederse sobre ella y su patrimonio cuando ya no tenga pleno ejercicio de la capacidad jurídica para actuar válidamente en el ámbito del Derecho.

Engelhardt considera que si las personas competentes pueden rechazar personalmente el tratamiento, en principio no debe existir objeción moral secular alguna para que lo hagan a través de un agente o mediante instrucciones anticipadas, siendo éste el fundamento moral tanto del negocio de apoderamiento como de las últimas voluntades en vida que funcionan como instrumentos de las personas para controlar su tratamiento cuando ya no sean capaces, y señala como fundamento de estas instrucciones la naturaleza precaria de la vida, amenazada por el riesgo de incompetencia y debilitamiento durante un periodo de muerte.<sup>15</sup>

La utilización de estos instrumentos puede darse tanto para los aspectos personales (decisiones sobre la salud, la vida y la muerte) como para los patrimoniales, o sea, sobre los bienes. Además la persona también puede, en previsión de su propia incapacidad, pronunciarse sobre decisiones a tomar y quién es la persona que desea lo haga por él (mandatario, apoderado, etc.), los notarios, como fedatarios públicos, son quienes autorizan los documentos contentivos de estas manifestaciones de voluntad, en virtud de lo que establece la Ley de las Notarías Estatales,<sup>16</sup> en su artículo 1 en relación con el inciso a) de los artículos 10 y 13.

<sup>15</sup> Tristram Engelhardt *et al.*, *Los fundamentos de la bioética*, Barcelona, Paidós, 1995, pp. 385-386.

<sup>16</sup> Ley 50 del 28 de diciembre de 1984.

### III. DEFINICIÓN

Numerosas son las denominaciones que se han dado a estos instrumentos, así se les ha llamado: “testamentos para la vida” (*living will*), “estipulaciones para la propia incapacidad”, “directivas anticipadas”, “mandato para la propia incapacidad”, “disposición vital anticipada”, pero todas ellas con un denominador común y es que reflejan como su finalidad el poder manifestar la voluntad cuando haya sobrevenido la incapacidad. Aunque la denominación aquí empleada es relativamente joven, pues data de 1998 cuando en la VIII Jornada Notarial Iberoamericana celebrada en Veracruz, México, se acordó dar esta calificación a todos los instrumentos jurídicos que emanen de la voluntad de una persona capaz y que tengan como finalidad la manifestación de las decisiones tanto personales como patrimoniales, de la vida de esa persona en previsión de su futura incapacidad. Pero además, debido a la importancia que les ha sido otorgada en la actualidad, se ha llegado incluso a elevar a la categoría de derecho la posibilidad que se contempla con la realización de estos mecanismos, denominándole derecho de autoprotección, que emana y se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la libertad y con la dignidad de la persona y son precisamente los mecanismos de autoprotección jurídica, los que implican el reconocimiento de este derecho.

Cabe argüir entonces que son una manera en la que ha respondido el Derecho ante las demandas de la sociedad y los individuos de poder organizar y decidir sobre su vida y la protección de su persona en el futuro, ante una incapacidad sobrevenida que ya no les permita hacerlo.

Sea considerado como derecho que tiene la persona, como mecanismos o instrumentos con los que ésta cuenta para que su voluntad se manifieste con carácter *ex nunc* (hacia el futuro) cuando ya no tenga capacidad para hacerlo, lo importante es que dota a los seres humanos de las herramientas necesarias para ejercitar

su libertad y proteger su dignidad en un momento de su vida en que no cumple con los presupuestos para que su manifestación de voluntad sea válida, pero en el que aún sigue con vida y como tal sigue siendo persona. Así, como colofón de la VIII Jornada Notarial Iberoamericana y del XXII Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Argentina en 1998, en atención al valor que poseen estos instrumentos jurídicos, se propuso a la Unión del Notariado la creación de un Protocolo de Uniformidad para reconocer la validez y equivalencia de las formas de las disposiciones de autoprotección en todos los países miembros.<sup>17</sup>

Para alcanzar una adecuada definición es necesario *a priori* que le demos un significado de cada uno de los términos que conforman la denominación de mecanismos de autoprotección jurídica. El primero de los vocablos que integra esta tríada es el de “mecanismos”, que puede ser sustituido igualmente por instituciones, estipulaciones, instrucciones, herramientas o directivas, pero todas ellas en el entendido de un conjunto de medios, que unidos a la palabra “autoprotección”, denotan que son aquellos que permiten la protección de uno mismo con el fin de evitar un daño o perjuicio futuro. Ahora bien, éstos pudieran ser de muchos tipos, pero si le adicionamos el término “jurídicos”, sabemos que esos mecanismos para la protección de uno mismo ante daños o perjuicios futuros provienen del Derecho.

En la doctrina cubana, seguimos a Pérez Gallardo en el sentido de que estos mecanismos son una manera de poner a la autonomía de la voluntad en función de la autoprotección de las personas y se manifiestan como una solución al dilema social que se presenta ante el envejecimiento incesante de la población y las colaterales enfermedades de tipo demencial senil, como el Alzheimer, que

<sup>17</sup> M. I. Giménez, *Voluntad Anticipada-Autocuratela*, 2007. Disponible en [www.el-observatorio.org/.../revista-instituto-de-derecho-e-integracionnum-1-2009-pdf](http://www.el-observatorio.org/.../revista-instituto-de-derecho-e-integracionnum-1-2009-pdf) [Fecha de consulta: 29 de agosto del 2011].

provocan la necesidad de prever aspectos variados de su existencia, antes de llegar a la incapacidad de comunicarse y gobernarse.<sup>18</sup>

Uno de los autores que más ha abogado y estudiado la temática de los mecanismos de autoprotección es Llorens, quien unido a Rajmil consideran al derecho de autoprotección como el que tiene todo ser humano a decidir y a disponer sobre su vida, su persona y sus bienes para el futuro, ante una eventual pérdida de su discernimiento. Su basamento lo constituye el respeto a la libertad, la dignidad y la igualdad de todos los seres humanos, cualquiera que sea su edad, sexo o condición. En tanto derecho subjetivo, se ejerce mediante un acto de autoprotección que es aquel en el cual el sujeto deja claramente plasmada su voluntad en el sentido señalado.<sup>19</sup>

Por su parte Lucero Eserverri y Marzuillo señalan que los actos de autoprotección se han impuesto como una herramienta idónea ante un requerimiento constante, la previsión ante un supuesto de incapacidad o pérdida de discernimiento.<sup>20</sup>

Defiende Bonfanti, también representante de la doctrina argentina, que el derecho de autoprotección posibilita dictar las disposiciones que regulen cuestiones relativas a su persona y/o bienes ante el eventual acaecimiento de una circunstancia que lo torne incapaz de tomar decisiones por sí y que este conjunto de directivas anticipadas se concreta en los llamados actos de autoprotección.<sup>21</sup>

También en esta línea se pronuncia Amunátegui Rodríguez, profesora española que refiere los distintos problemas que estas

<sup>18</sup> L. B. Pérez Gallardo, *De la autonomía de la voluntad y de sus límites*, en L. B. Pérez Gallardo [coord.], *Lecturas de derecho de obligaciones y contratos*, La Habana, Félix Varela, 2000, pp. 229-230.

<sup>19</sup> L. R. Llorens y A. B. Rajmil, “Derecho de autoprotección”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, núm. 1, 2009, p. 48.

<sup>20</sup> R. A. Lucero Eserverri y P. E. Marzuillo, “Nuevos paradigmas en la representación legal de las personas con discapacidad”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, núm. 5, 2011, p. 140.

<sup>21</sup> M. L. Bonfanti, “El derecho de autoprotección en la Provincia de Chaco”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, núm. 5, 2009, p. 116.

figuras pueden solucionar, tanto de índole personal como familiar, que puedan surgir en el futuro a consecuencia de la pérdida de capacidad natural del sujeto, pero en otros se trata de instituciones previstas para ayudar a las personas de edad avanzada a llevar una vida digna, sin tener que depender de las decisiones que otros puedan tomar en su lugar, pudiendo diseñar su futuro en la forma más conveniente para ello.<sup>22</sup>

En el ordenamiento jurídico alemán, la institución acorde con la que se estudia se ha configurado bajo la denominación de “la disposición del paciente” o “testamento vital”, traducción del término *Patientenverfügung*, y reconoce la posibilidad de tomar previsiones para medidas médicas, a partir de lo cual se establecen los propios deseos de tratamiento,<sup>23</sup> con soporte en la denominada *Patientenautonomie* o “autonomía del paciente”.<sup>24</sup> Pero esta denominación no aporta la idea que se trata de defender con este estudio, en el entendido de que se refiere a disposiciones del paciente y con ello se circunscribe al estricto ámbito médico-asistencial.

Otro punto de vista lo proporciona la doctrina italiana. Razona Negrini que el término “directiva”, con respecto a una declaración, hace hincapié en la naturaleza vinculante de la voluntad del declarante, en cuanto al término “testamento biológico”, que proyecta la disposición hacia la efectividad *mortis causa*, al contrario del acto considerado aquí (refiriéndose a las directivas anticipadas),

<sup>22</sup> C. Amunátegui Rodríguez, “¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores”, *Revista de Derecho Privado*, núms. 1-2, 2006, p. 28.

<sup>23</sup> Ali Türk, Ulrich Wöhler y Ramazan Salman, *El derecho de curatela alemán. Información para migrantes de habla española*, Alemania, Instituto de Curatela Transcultural, 2010, p. 18. Disponible en <https://www.mj.niedersachsen.de/download/58856>, [Fecha de consulta: 15 de febrero de 2018].

<sup>24</sup> Antonio Autiero, “Patientenverfügung und Patientenautonomie: Plädoyer für eine ethische Pädagogik”, *Bulletin de la Société des Sciences Médicales du Grand-Duché de Luxembourg*, núm. 3, Institut Grand-Ducal, 2008.

que debe exponer su efectividad en vida.<sup>25</sup> Finalmente, parece que la autora se decanta por la denominación *disposizioni anticipate di trattamento*, cuya propia traducción supondría la de “disposiciones anticipadas para el tratamiento”.<sup>26</sup> La misma línea que siguen sus coterráneos Casini, y Di Pietro quienes explican contundentemente que la propuesta de denominación que acoge Italia se aleja de la del Convenio de Oviedo y del término “directiva”, por el término *dichiarazioni anticipate di trattamento* (declaración anticipada de tratamiento), con el objetivo de resaltar de que no se trata de disposiciones vinculantes, sino de deseos para ser tomados en consideración, para ser evaluados, pero no para ser realizados automáticamente.<sup>27</sup>

También en el ámbito europeo, explica Hauger que en Francia el término consagrado en el Código de Salud Pública (artículo L.1111-1) y que penetra en el ordenamiento jurídico francés, a través de la Ley sobre los derechos del enfermo y el final de la vida, llamada Ley de Leonetti, del 22 de abril de 2005, fue el de *les directives anticipées* o directivas anticipadas, aunque reconoce que otras palabras podrían utilizarse durante los procedimientos parlamentarios, como “testamentos vitales” o incluso “testamentos al final de la vida”. Philippe Douste Blazy, el entonces ministro de Salud, había utilizado en la prensa el término “voluntad médica” para explicar los pormenores de esta nueva legislación.<sup>28</sup>

Obligada referencia merece la propuesta de Rivera que, al describir el tratamiento de legislaciones como la de Canadá, Alemania, Japón, Inglaterra y Estados Unidos menciona que contienen

<sup>25</sup> Negrini, “Direttive anticipate: questioni...”, *op. cit.*, p. 58.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> Marina Casini, Maria L. di Pietro y Carlo Casini, “Profili storici del dibattito italiano sul testamento biologico ed esame comparato dei disegni di legge all’esame della XII Commissione (Igiene e Sanità) del Senato”, *Medicina e Morale*, núm. 1, 2007, pp. 23-24.

<sup>28</sup> Sébastien J. F. Hauger, “Les directives anticipées en France: aspects juridiques”, *Bulletin de la Société des Sciences Médicales du Grand-Duché de Luxembourg*, Institut Grand-Ducal, núm. 3, 2008, p. 330.

previsiones importantes en orden a la eficacia de “actos otorgados por una persona en previsión de su propia incapacidad”, aunque después asume que son identificados como “testamento vital” o “*living will*”.<sup>29</sup> Este autor se acerca muchísimo a la denominación que proponemos: acto en previsión de las futuras discapacidades o la incapacidad, pero se aleja en dos aspectos que son cardinales: en primer lugar, sólo se refiere a la previsión de la propia incapacidad, *a contrario sensu* de como se ha venido proponiendo, que sea también para las discapacidades, a tono con los postulados de la CDPD, pues ha de recordarse que la incapacidad de obrar absoluta es la excepción y que el término discapacidades puede suponer también una declaración de capacidad restringida, que es lo que debe primar, siempre que exista el mínimo atisbo de aptitud del sujeto en cuestión. En cuanto al contenido, este acto no está asociado sólo con el contenido médico, sino que, como ya se ha expuesto, se propone su ampliación, más allá de sus típicas fronteras.

A modo de epítome, los mecanismos de autoprotección pueden ser considerados como un conjunto de actos que emanan del ejercicio válido de la autonomía de la voluntad de una persona, que con carácter preventivo realiza una serie de directivas para que desplieguen su eficacia en el caso de que dicha persona se encuentre impedida de hacerlo, de forma temporal o permanente, debido a la variación de sus aptitudes psíquicas, siempre que con ello no se cause daño o perjuicio a otro.

Además es innegable que presentan una serie de ventajas para la persona y la familia, entre ellas podemos mencionar: que favorecen que se respeten las convicciones acordes con la historia de vida del paciente, permiten que las decisiones cruciales o dilemáticas no sean una carga para los familiares o allegados, orientan las de-

<sup>29</sup> Julio C. Rivera, “Autodeterminación y tolerancia: ejes del derecho de la persona”, *Revista Signos Universitarios*, vol. 25, núm. 1, 2006, p. 100. Disponible en <http://p3.usal.edu.ar/index.php/signos/article/view/2956> [Fecha de consulta: 23 de mayo de 2018].

cisiones médicas al conocer las preferencias del paciente y pueden reducir la judicialización de casos.<sup>30</sup>

Ello nos permite aseverar que, en la realidad cubana en general, fuera del estricto ámbito jurídico, existe un desconocimiento sobre la existencia y utilidad de estos mecanismos de autoprotección, por lo que el camino está lejos de ser el idóneo para que estos instrumentos que brinda el Derecho a las personas, sean efectivamente utilizados en la práctica cubana.

En el orden legislativo, no encontramos en nuestro Código Civil vigente referencia alguna de manera expresa a esta denominación, no obstante al realizar un análisis de su articulado, podríamos considerarlos relacionados con lo estipulado por el artículo 49 en su primer apartado,<sup>31</sup> referente al acto jurídico, ya que esta será la forma que tomarán, de manera general, estos mecanismos de autoprotección, aspecto al que se hará referencia en el desarrollo de este trabajo.

#### IV. CARACTERÍSTICAS

Además de su definición, los mecanismos de autoprotección jurídica poseen un conjunto de características que de manera general sirven para su utilización y puesta en práctica, de modo que las mencionaremos de forma breve.

- Los mecanismos de autoprotección son actos voluntarios, debido a que emanan de la voluntad de la persona y por ello son una forma de ejercicio del principio de autonomía

<sup>30</sup> Gisela Farías, *Directivas médicas anticipadas*. Disponible en [www.fmv-uba.org.ar/antropologia/Nro1Marzo2006/directivas%20medicas.asp](http://www.fmv-uba.org.ar/antropologia/Nro1Marzo2006/directivas%20medicas.asp), [Fecha de consulta: 1 de septiembre de 2011].

<sup>31</sup> “Artículo 49.1: El acto jurídico es una manifestación lícita, de voluntad, expresa o tácita, que produce los efectos dispuestos por la ley, consistentes en la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica”.

de la voluntad. Son actos jurídicos ya que constituyen una manifestación de voluntad con el objetivo de generar una situación jurídica. Si nos referimos a nuestra legislación, es dable notar que esta característica podría encontrar su fundamento en el artículo 49 del Código Civil cubano, en tanto regula los actos jurídicos.

- Deben constar de forma escrita y ser instrumentados mediante escritura pública o privada, aunque es recomendable utilizar la primera de las vías, ya que ello reporta entre otras ventajas las siguientes: la posibilidad de su inscripción registral, en aquellos sistemas donde ya existan registros para este tipo de actos, de modo tal que se tenga noticia de su existencia oportunamente, o sea que con una certificación de este registro se tenga conocimiento sobre los actos de autoprotección que haya otorgado la persona<sup>32</sup> y la intervención del notario, que como asesor sabrá convertir la voluntad del sujeto en los instrumentos jurídicos adecuados.<sup>33</sup>
- Se otorgan para que desplieguen su eficacia cuando la persona que los otorga ya no sea capaz jurídicamente,<sup>34</sup> o sea, que la ausencia de pleno ejercicio de la capacidad del otorgante funciona como una condición suspensiva del acto.
- Estos mecanismos son por naturaleza revocables, debido a lo cual se podrán dejar sin efecto en cualquier momento después del otorgamiento, mientras se conserve el ejercicio de la capacidad jurídica. Esta característica constituye una

<sup>32</sup> No obstante este particular puede ser rebatido bajo la consideración de que estos mecanismos de autoprotección pueden inscribirse en los registros ya existentes, como notas marginales de inscripciones principales, por ejemplo en la de nacimiento, la autotutela, no es necesario entonces la creación de otro registro sólo a los efectos de los mecanismos de autoprotección jurídica.

<sup>33</sup> M. L. Bonfanti, “El derecho de autoprotección en la provincia de Chaco”, *op. cit.*, p. 118.

<sup>34</sup> En relación con la capacidad de las personas, deben ser consultados los artículos del 29 al 32 de nuestro Código Civil.

garantía para el sujeto que los otorga, ya que de cambiar de opinión sobre algunas de las decisiones personales o patrimoniales reflejadas en el documento, con el solo hecho de otorgar otro ya se está dejando sin efecto al anterior, debido a lo cual tendrá prioridad el último de los válidamente otorgados, en lo que no contravenga a su predecesor, a menos que se realice una manifestación expresa de voluntad que simplemente deje sin efectos al que aún conserva su eficacia. Vale acotar que esta característica sólo podrá ser aplicada a las estipulaciones de autoprotección que lo permitan como la autotutela, autocuratela o los poderes preventivos,<sup>35</sup> ya que sería impensable para el crédito vitalicio o el seguro de dependencia, debido a que están afectados por la obligatoriedad e intangibilidad de los contratos.<sup>36</sup>

- Es recomendable además, que todas las directivas de la persona estén contenidas en un mismo instrumento, dotándolo de sistematicidad y coherencia, para propiciar su publicidad de manera orgánica. Aunque lo anterior posee como excepción el hecho de que la voluntad de la persona se traduzca en diferentes tipos de instrumentos jurídicos, por ejemplo: poderes preventivos, fideicomiso, autotutela, etc.
- Se distinguen también por tener un carácter preventivo, ya que precisamente se realizan con esa finalidad, de tal manera que de no ocurrir la incapacitación de la persona no serán utilizadas. Además de que no son disposiciones que se toman después de ocurrido un acontecimiento y como consecuencia éste, sino precisamente en previsión de que el hecho ocurra, en este caso la incapacidad de la persona.

<sup>35</sup> En cuanto a los poderes preventivos, véase lo establecido en el artículo 414.2 en relación con el 409 a) y 410 del Código Civil cubano.

<sup>36</sup> L. B. Pérez Gallardo, *La eficacia contractual I. Principios generales*, en N. de la C. Ojeda Rodríguez [coord.], t. I, La Habana, Félix Varela, 2003, p. 288.

- La manifestación de voluntad de la persona debe ser inequívoca, de tal manera que lo dicho no pueda estar sujeto a disímiles interpretaciones, que pudieran provocar que no se cumpla con lo estipulado por el sujeto. Recordemos que estos mecanismos despliegan su eficacia en el momento en que las facultades mentales de su otorgante ya no le permiten manifestarse clara e inequívocamente, en consecuencia, no se le podrá consultar y mucho menos preguntar sobre lo que quiso decir con una determinada frase o requerimiento. Es por ello que, la claridad debe ser una característica fundamental de lo manifestado.
- La persona debe poseer suficiente información sobre los efectos del acto que está otorgando, a partir del asesoramiento que haya recibido del notario, es como una especie de consentimiento informado pero en materia jurídica.
- La última de sus características es que el otorgamiento y posterior eficacia de estos mecanismos deben tener como premisa, no causar daño o perjuicio a otro, lo cual se manifiesta como un límite de la autonomía de la voluntad.

## V. TIPOS

Una vez analizados los aspectos que deben caracterizar a los mecanismos de autoprotección, es imperativo explicar algunos de los tipos que hasta el momento existen en el ámbito del Derecho civil, la finalidad de cada uno y su pertinencia en el ordenamiento jurídico civil cubano.

### 1. *El fideicomiso*

El fideicomiso es el contrato en cuya virtud una persona (fiduciante) en previsión de su propia incapacidad, designa a otra (fidu-

ciario), normalmente de su confianza, para que al cumplirse la condición suspensiva de la declaración de incapacidad del otorgante ejerza su función y de cumplimiento a la manda fiduciaria. Finalmente designará un beneficiario que es la persona que recibe los resultados de la gestión del fideicomiso y un fideicomisario o beneficiario residual que será quien reciba el remanente al momento de extinción del contrato. Debemos mencionar además que el fiduciario puede ser sometido a un régimen de rendición de cuentas periódico, ante la persona que designe el incapaz.<sup>37</sup> El fideicomiso, a partir de la finalidad y características que presenta, se ha convertido en una vía para que una persona pueda prever la administración de sus bienes para el caso de que le sobrevenga una incapacidad, ya que designa un administrador para determinados bienes y éste deberá entregar los frutos de esa administración, por ejemplo, el resultado de un alquiler periódico, para que sea utilizado en la atención de la persona que hoy es incapaz y, al mismo tiempo, propietaria de esos bienes. Finalmente, cuando la persona fallece, esos bienes pueden volver a su patrimonio y transmitirse por la sucesión mortis causa a sus herederos o transmitirlos a favor de otra persona, denominada fideicomisario.

Seguimos el decir de la profesora y notario cubana Fernández Martínez, en el sentido de la no regulación de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico,<sup>38</sup> sin embargo, consideramos que es lícito su ejercicio por cuanto no existe norma que la prohíba, debido a lo cual dependerá de la pericia de los notarios para su implementación y autorización. Razonamos, además, que sería de mucha utilidad en la realidad cubana actual en relación con el trabajo por

<sup>37</sup> H. R. Lucero Eseverri y H. Pozzi, “El fideicomiso de administración en miras de mejorar la calidad de vida”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, núm. 4, 2010, pp. 109-117.

<sup>38</sup> M. Fernández Martínez, “Discapacidad y patrimonio en sujetos mayores de edad. Panorámica de su protección jurídica en Cuba”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, núm. 5, 2011, p. 94.

cuenta propia, pensemos en el titular de una cafetería o un alquiler, al que se le presente una enfermedad neurodegenerativa como el Alzheimer y que pueda utilizar el fideicomiso como medio para decidir quién desea que administre su negocio, ante quién deberá rendir cuentas, qué hacer con esos frutos y para quién será después de que se extinga el fideicomiso.

## 2. *La autotutela*

La tutela es una institución del Derecho de familia, en virtud de la cual se protege a las personas que han sido declaradas incapaces. De tal manera que cuando nos referimos a la autotutela, es la posibilidad de que la persona pueda decidir en el presente cuando aún es capaz, sobre quién desea que sea su tutor (autotutela positiva), así como que determinada persona no lo sea (autotutela negativa).

Por su parte Valdés Díaz considera que la autonomía de la voluntad en el ejercicio de los derechos subjetivos para la protección de la propia persona ha servido de basamento teórico a los mecanismos que, de *lege ferenda*, se han invocado para atender la cobertura de la llamada autotutela. Así, el derecho a la libertad personal, como derecho fundamental y como derecho inherente a la personalidad, incluye la posibilidad de disponer de la propia persona, sin más limitaciones que aquellas que respondan a las necesidades ontológicas, éticas y sociales. Como expresión concreta de ese derecho, nada obsta para que una persona en previsión de su propia incapacidad, que pueda sobrevenir en el futuro, estando en su cabal juicio designe a quien considera debe ser su tutor e incluso nombre sustitutos para el caso de que esa persona designada no pueda o no quiera asumir la guarda tutelar, si bien este negocio unilateral de naturaleza no recepticia tendrá una eficacia supeditada a la decisión judicial, pues en última instancia es el juez quien vigila y resuelve todo lo concerniente a la institución tutelar

en legislaciones, como la nuestra, que reconocen una tutela bajo control judicial.<sup>39</sup>

En el ámbito cubano, resulta completo y sistematizador, el estudio realizado por Moreno Nápoles en ocasión de su trabajo final para optar por la título de Especialista en Derecho Civil, bajo la dirección de Valdés Díaz, quien considera “a la autotutela como el negocio jurídico personalísimo, individual, unilateral, de Derecho de Familia, ínter vivos, principal, gratuito, solemne, no recepticio y revocable; mediante el cual una persona individual con capacidad de obrar para ello designa para el supuesto de incapacitarse, a aquella que prevé deba tutelarle, pudiendo nombrarle sustitutos; o excluye a determinadas personas para el cargo de tutor suyo, o realiza ambas cosas a la vez”.<sup>40</sup>

También en la doctrina cubana, se ocupan de su definición Pérez Gallardo, quien señala que “consiste en la designación por parte del interesado mayor de edad que no puede valerse por sí mismo (por causa de incapacidad física o psíquica) de la persona que en calidad de tutor puede representar su persona y bienes”;<sup>41</sup> y Díaz Magrans, la que en igual sentido refiere que la autotutela se produce cuando cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, se designa tutor en documento público notarial, propuesta de tutor que se tomará en consideración como preferente al momento de la aprobación judicial.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Caridad del C. Valdés Díaz, “Capacidad, discapacidad e incapacidad en clave carpenteriana”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.*, México, núm. 26, 2010, p. 60. Disponible en <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=293222980003>.

<sup>40</sup> R. J. Moreno Nápoles, *Análisis crítico de la actividad notarial en la previsión de la propia incapacidad: la autotutela*, Tesis de Especialidad, La Habana, 2007, p. 55.

<sup>41</sup> L. B. Pérez Gallardo, “La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de *lege data* y de *lege ferenda*”, *Nuevos perfiles del derecho de familia, libro homenaje a la doctora Olga Mesa Castillo*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 35.

<sup>42</sup> M. M. Díaz Magrans, *La tutela. Posibilidad de una mayor intervención notarial*, Tesis de Especialidad, La Habana, 2008, p. 37.

En virtud del ordenamiento jurídico civil y familiar cubano, la tutela se constituye judicialmente por el Tribunal del domicilio del incapaz y esta designación, para el caso de los mayores de edad, se realiza en atención a una serie de reglas contenidas en el Código de Familia en los artículos del 148 al 150. El primero de estos artículos señala a quiénes corresponderá el ejercicio de la tutela de las personas mayores incapacitadas, estableciendo además un orden de prelación, situando en primer lugar al cónyuge, después a los padres, a los hijos, a los abuelos y finalmente a los hermanos. Razonemos lo idóneo que resultaría que fuera la propia persona en previsión de la propia incapacidad que ha de sobrevenirle, quien designara a su futuro tutor. Es por ello que la versión de febrero de 2010, del Anteproyecto de Código de Familia cubano brinda esta posibilidad cuando sitúa en el primero de los órdenes antes mencionados, a la persona que haya sido designada en escritura pública notarial por el hoy declarado incapaz, dándole una importancia primordial a la libertad, la autonomía y la dignidad de la persona. No obstante y hasta que vea la luz este Anteproyecto de Código de Familia, pueden las personas mediante escritura pública notarial manifestar su voluntad sobre quién desean que funja como su tutor, lo cual si bien no obliga al Tribunal, si puede ser tenido en cuenta por el órgano judicial al momento de decidir, entre dos personas de igual grado de parentesco como los hijos o los padres.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> Resulta interesante en este sentido, la Sentencia núm. 120 de 30 de septiembre de 2008 de la Sala Segunda de lo Civil y Administrativo del Tribunal Provincial de La Habana, en virtud de la cual la jueza ponente Yanet Alfaro Guillén señala la relevancia de la manifestación de voluntad realizada por la incapaz antes de serlo, de que fuera su hija quien la cuidara al momento en que ya no pudiera hacerlo *per se*, lo cual debe ser tenido en cuenta para la designación del tutor. A propósito de esta sentencia véase: L. B Pérez Gallardo, “La designación voluntaria de tutora por la propia incapacitada: ¿Luz verde en el Derecho cubano?”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, núm. 2, 2009, pp. 131-186.

### 3. Poderes preventivos

Señala Engelhardt que si una persona nombra un poderhabiente para que elija por ella, bien con instrucciones específicas, bien con la instrucción de carácter general “haz lo que quieras”, la segunda persona es una extensión moral de la libertad de la primera y refiere más adelante que la mayoría de los tutores no actúan basándose en directrices previas (cual si pudiera ser el caso de la autotutela) que otorgan autoridad y ofrecen instrucciones para la elección por poderes. Cuando un tutor habla en nombre de un individuo que nunca ha sido competente o que cuando lo era no dio instrucciones ni transfirió autoridad a nadie, su situación es completamente distinta a la del poderhabiente designado, porque este tutor no es la prolongación de la libertad del individuo.<sup>44</sup>

En Cuba, Delgado Vergara considera que: “los llamados poderes preventivos son aquellos en los que la causa del otorgamiento es la enfermedad que puede afectar al poderdante. En ellos adquiere particular relevancia el carácter *intuito personae*, ya que es tal la confianza del poderdante en el apoderado que lo elige para esa situación de necesidad”.<sup>45</sup>

Como complemento a lo anterior, podemos considerar que este mecanismo de autoprotección jurídica, es un mandato futuro de protección, a cuyo tenor, toda persona mayor de edad, en previsión de su propia incapacidad más o menos acusada, puede encargar a una o varias personas en un mismo mandato, su representación, para el caso de que no pueda por sí sola atender a sus intereses.<sup>46</sup>

Estos pueden ser de dos tipos: el que se otorga para la incapacidad del poderdante, por lo que desplegará sus efectos cuando

<sup>44</sup> Engelhardt, *op. cit.*, pp. 324-325.

<sup>45</sup> Delgado Vergara, “Vulnerabilidad y dependencia. Apuntes sobre la protección jurídica a la tercera edad en Cuba”, *op. cit.*, p. 17.

<sup>46</sup> A. V. Roldán Sánchez, “Poderes preventivos de autoprotección”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, núm. 5, 2011, pp. 106-107.

ocurra tal hecho; y el que se autoriza con anterioridad a la incapacidad y comienza a desplegar sus efectos de inmediato, pero el poderdante desea que continúe una vez sobrevenida la incapacidad.

En el ordenamiento cubano no están explícitamente regulados los poderes preventivos, pero tampoco están prohibidos y en atención a que constituyen un tipo especial de poder que desplegará su eficacia al momento de la incapacidad del poderdante, consideramos que pueden ser autorizados bajo la normativa vigente en Cuba, con la necesaria precisión de que entre tanto no sea modificado nuestro Código Civil, en virtud de lo que establece el artículo 409, *c)* en relación con el 414.2, el poder se extingue con la incapacidad del apoderado, entendida la incapacidad según lo preceptuado por el artículo 31 del mismo cuerpo legal, como aquella que es declarada judicialmente, el poder preventivo sólo surtirá efectos desde que la persona pierda sus facultades de discernimiento y hasta que sea declarada su incapacidad por un órgano judicial competente. Distinta se presenta la realidad jurídica foránea en la que, o se presenta una referencia expresa a esta institución jurídica o se ha eliminado la incapacidad como causal de extinción del poder, lo que permite su subsistencia para cumplir los fines queridos por el poderdante para cuando ya no pueda manifestar inequívocamente su capacidad.<sup>47</sup>

Mediante un poder y con carecer preventivo, puede entonces realizar una persona todo un conjunto de estipulaciones para que sean tenidas en cuenta al momento en que sea incapaz.

#### *4. Crédito vitalicio con garantía hipotecaria o hipoteca inversa*

Este mecanismo de autoprotección jurídica constituye una interesante fórmula financiera y legal, que permite a las personas mayo-

<sup>47</sup> Ejemplo de ello lo constituyen el Código Civil español (artículo 1732) y la Ley francesa de Protección a las Personas Mayores, núm. 308, 2007.

res o dependientes, mantener sus necesidades básicas a través de una línea de crédito inversa a la habitual, ya que el tomador del crédito (persona que en la actualidad es capaz), recibirá en préstamo una cantidad de dinero (capital), en un desembolso único o en cuotas periódicas. Pero este capital más los intereses pactados, no será pagado por el tomador del crédito (incapaz), sino por quien resulte obligado al momento del fallecimiento del tomador. Este futuro pago del crédito se garantiza con una hipoteca sobre el inmueble de titularidad del tomador (incapaz). Además de que se le denomina vitalicio, debido a que se pacta el pago de una suma hasta que la persona fallezca, crédito que será pagado a posteriori por sus herederos si quieren conservar la vivienda titularidad de su causante en propiedad<sup>48</sup> y que está garantizando el crédito recibido.

Esta herramienta permite que una persona pueda recibir una mensualidad por el solo hecho de ser propietaria de una vivienda, que si sus herederos desean conservar después de fallecida la persona, deben pagar al banco o entidad financiera el crédito abonado al propietario mientras vivió.<sup>49</sup> Constituye además una alternativa ante la necesidad de liquidez, que no implica deshacerse de la vivienda cuya titularidad se ostenta. Es importante destacar que no es posible su utilización en virtud del ordenamiento jurídico civil cubano, por cuanto a partir de las Leyes de Reforma Urbana, se eliminó la hipoteca como garantía de las obligaciones, siendo posible solamente la modalidad de hipoteca naval o área y no sobre bienes inmuebles como la vivienda, siendo el caso de la institución que se analiza.

<sup>48</sup> L. A. Lucero Eseverri, H. R. Pozzi, “El fideicomiso de administración en miras de mejorar la calidad de vida”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, núm. 2, 2009, pp. 17-64.

<sup>49</sup> Es muy interesante significar que determinadas legislaciones como la española y la norteamericana establecen una edad mínima para concertar este tipo de contratos, así la primera establece 65 años (Ley núm. 41/2007 de 7 de diciembre) y la segunda 62 (Home Equity Conversión Mortgage de 22 de diciembre de 1987).

Resulta interesante que, independientemente de que no pueda ser autorizado a la luz del ordenamiento jurídico cubano, dos de los encuestados lo hayan mencionado.

### 5. *Contrato de alimentos*

Este tipo contractual ha surgido ante la necesidad de determinado sector poblacional dependiente, de obtener cuidados y atención más allá del pago por la prestación de determinados servicios, ya que no era suficiente el dinero que podía reportar, por ejemplo: la venta o arrendamiento de un bien inmueble, ya que ello no suplía los requerimientos de cuidado y condiciones de vida de este tipo de personas. El contrato de alimentos consiste en la transmisión de bienes o derechos a cambio de vivienda, manutención, cuidado de su salud u otros conceptos, para las personas allí designadas, sea el propio contratante o un tercero. En relación con su denominación cabe realizar una precisión y es que aunque se utilice el término alimentos, este contrato contiene muchas más prestaciones y no sólo la de alimentar al beneficiario, pues incluye la obligación para la otra parte de atender, cuidar y garantizar las condiciones de vida en general, del que en la actualidad es incapaz. Se nos presenta este negocio como un contrato atípico, sobre el que no existe una prohibición expresa en la normativa cubana, de tal manera que pudiera ser posible su autorización, siempre que se trate de la transmisión de bienes sobre los que no exista prohibición de compra venta; aunque sí pudieran ser utilizados otros de gran valor, como los automóviles.

### 6. *Seguro de dependencia*

Constituye una modalidad especial del contrato de seguro, conforme con la que una entidad aseguradora se obliga, mediante el

pago de una prima (cantidad que se abona con carácter periódico), a garantizar el interés del asegurado en cuanto a las consecuencias que resulten del riesgo cubierto por el contrato. En este caso el riesgo cubierto será la situación de dependencia en la que se encuentre el asegurado o un beneficiario designado por él, ya sea por el padecimiento de una enfermedad o provocado por el proceso normal de envejecimiento. Con la utilización de esta herramienta jurídica puede una persona contratar en la actualidad mediante el pago de las primas, que en el futuro cuando se encuentre en una situación de dependencia, la entidad aseguradora realice determinados pagos o cubra determinados servicios, también acordados en el seguro de dependencia.

El contexto jurídico cubano en materia de seguro dio un giro copernicano a partir de la promulgación del Decreto Ley núm. 263/2008, que en su artículo 7 estipula que el contrato de seguro puede cubrir cualquier clase de riesgo, si existe interés asegurable, salvo prohibición expresa de la ley, condiciones que se cumplen para el seguro de dependencia, ya que según lo establecido en el artículo 28 del propio texto normativo, el riesgo es la posibilidad contemplada en el contrato de seguro, de que ocurra un determinado evento, es decir, un acontecimiento o suceso futuro e incierto, imprevisto, dañoso en la persona, en sus responsabilidades o en sus bienes, requisitos todos que se cumplen con la incapacidad sobrevenida que puede afectar a las personas. Nótese que es fundamental a los efectos de este contrato la incertidumbre sobre la ocurrencia del hecho, motivo por el que una persona que ya ha sido diagnosticada con alguna enfermedad progresiva como el Alzheimer no puede en ese momento hacer uso de este mecanismo de autoprotección, sino que debió haberlo concertado mucho antes, cuando aún no había sospecha alguna del padecimiento.

## VI. ASPECTOS EXTRAPATRIMONIALES SOBRE LOS QUE SE PUEDE DECIDIR

Usualmente se han asociado los instrumentos analizados anteriormente con las directrices anticipadas sobre la calidad de la muerte, pero en este caso debemos ampliar nuestro horizonte y comprender que la mayoría de las cuestiones a decidir repercuten pero en la calidad de vida a que aspira esa persona en sus últimos años.

Por otra parte, esta enumeración no debe ser vista como *numerus clausus* sino sólo como una referencia a las más utilizadas, ya que el tema de los mecanismos de autoprotección y las directivas anticipadas está muy lejos de ser considerado como saturado, en tanto cada día surgen nuevas inquietudes a las que el Derecho y, sobre todo, el notario en su labor asesora y creativa, deben ser capaces de responder. Los aspectos más polémicos sobre los que se han desatado numerosos debates éticos, políticos, sociales y jurídicos, son las disposiciones sobre el mantenimiento de la vida y el derecho a la integridad corporal, relacionados en la mayoría de los casos con decisiones provenientes de procedimientos médicos. A este tenor se puede manifestar sobre la donación de órganos y tejidos, así como el uso de su cuerpo con fines educativos o científicos, antes del fallecimiento o después de éste.

Además se puede designar mandatario, apoderado o fiduciario, tal como ya ha sido analizado, así como sobre su futuro representante legal, ya sea tutor o curador. También se puede decidir en qué institución médica ser tratado e inclusive que médico lo hará, así como sobre el cuidado de su persona en los más variados ámbitos, que pueden estar relacionados con las creencias religiosas y costumbres que la persona desea la acompañen hasta su muerte. Igualmente se pueden dar instrucciones relativas al entierro, lugar del sepelio y la cremación.

## VII. ASPECTOS PATRIMONIALES SOBRE LOS QUE SE PUEDE DECIDIR

En segundo lugar también son importantes los aspectos patrimoniales sobre los que las personas pueden manifestarse, así es usual que se realicen estipulaciones en relación con la administración de sus bienes, incluidos los actos de disposición que se puedan realizar o los que, por el contrario, desea que no se hagan.

De igual forma puede designar a las personas que podrán decidir sobre las modificaciones a realizar en su vivienda (divisiones, remodelaciones, ampliaciones, etc.) u otros bienes. También se tiene la posibilidad de designar un fiduciario, para que administre determinado negocio o bienes y establecer directivas además sobre lo que desea se haga con esos ingresos.

## VIII. NORMATIVA APLICABLE EN CUBA

Como ya hemos venido analizando, en nuestro ordenamiento jurídico no encontramos una referencia expresa de los denominados mecanismos de autoprotección, no obstante, excepto para el caso de la hipoteca inversa, no existe impedimento alguno para su utilización debido a que tampoco existe norma alguna que los prohíba.

En los acápites anteriores y al desarrollar cada uno de ellos, hemos mostrado la posibilidad real de su implementación en el ordenamiento jurídico cubano, pero de manera general podemos razonar, que estaría fuera de toda lógica que en virtud de las normas de Derecho civil que las personas, en tanto tengan la capacidad para ello, puedan disponer de sus bienes e incluso decidir sobre cuestiones extrapatrimoniales en su testamento, con efectos después de la muerte del testador, y que por el contrario no se pudiera decidir sobre estos mismos particulares, para cuando aún estemos

vivos, pero ya no poseemos la capacidad necesaria para manifestar nuestra voluntad inequívocamente.

## IX. CONCLUSIONES

El ejercicio de la autonomía de la voluntad por los enfermos de Alzheimer en previsión de su propia incapacidad, se caracteriza por la existencia de condicionantes para su ejercicio como: ejercitarla en la etapa inicial de la enfermedad, poseer capacidad jurídica de obrar, la manifestación inequívoca de su voluntad, la conciencia, el discernimiento, la lucidez y tener una capacidad cognitiva suficiente.

La posibilidad de ejercicio de la autonomía de la voluntad por los enfermos de Alzheimer debe ser valorada por dos o más personas y la no existencia de normas expresas que la regulen en el ordenamiento jurídico cubano, unido al desconocimiento sobre su existencia, influyen en su no utilización por los enfermos de Alzheimer en previsión de su propia incapacidad.

Los mecanismos de autoprotección jurídica se caracterizan por ser actos voluntarios y tener un carácter preventivo, realizarse de forma verbal o escrita y desplegar su eficacia cuando la persona se encuentre impedida de hacerlo, de forma temporal o permanente, siempre que con ello no se cause daño o perjuicio a otro y se relacionan directamente con la posibilidad o no, de ejercicio de la autonomía de la voluntad de los enfermos de Alzheimer y predomina un desconocimiento sobre ellos, lo cual influye necesariamente en su utilización en el ámbito cubano.

Por todo lo anterior podemos concluir que uno de los aspectos que influye en el no ejercicio de la autonomía de la voluntad por los enfermos de Alzheimer en previsión de su propia incapacidad es que el contexto jurídico cubano actual en su conjunto, contemplando el ámbito jurídico, el asistencial y el social en general, no

favorecen el ejercicio de la autonomía de la voluntad de estos enfermos, influyendo *a posteriori* en la calidad del final de sus días.

## X. BIBLIOGRAFÍA

### *Fuentes doctrinales*

Acosta, J., *Los árboles y el bosque. Texto y contexto bioético cubano*, Publicaciones Acuario, 2009.

Albaladejo, M., *Derecho civil I. Introducción y parte general*, Barcelona, Bosch, 2002.

Amunátegui Rodríguez, C., “¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores”, *Revista de Derecho Privado*, núms. 1-2, 2006.

Arango Lopera, Victoria Eugenia, “Dilemas éticos en etapas leves de la enfermedad de Alzheimer. Decirle o no la verdad al paciente”, *Revista Latinoamericana de Bioética*, Bogotá, vol. 8, núm. 1, enero-junio de 2008.

Arnau Moya, Federico, *Derecho civil I. El derecho privado de la persona*, Castelló de la Plana, Publicaciones de la Universitat Jaume I, 2003.

Berrocal, Ana Isabel, “El apoderamiento o mandato preventivo como medida de protección de las personas mayores”, *Informe de Portal Mayores*, núm. 78, 2008. Disponible en: <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/bto-01.pdf> [Fecha de consulta: 1 de septiembre de 2011].

CEPAL-Celade, *Boletín Demográfico. América Latina y el Caribe: el envejecimiento de la población 1950-2050*, Naciones Unidas, 2003. Disponible en [www.eclac.org/publicaciones/xml/1/171/LCG11.pdf](http://www.eclac.org/publicaciones/xml/1/171/LCG11.pdf). [Fecha de consulta: 13 de junio de 2013].

- Bonfanti, M. L., “El derecho de autoprotección en la provincia de Chaco”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Argentina, núm. 5, 2009.
- Bórquez, Gladis, *et al.*, “Capacidad de los pacientes para tomar decisiones en salud. Actitud y significado para médicos y abogados”, *Acta Bioética*, año XIV, núm. 2, 2008.
- Cárdenas González, Fernando A., *Incapacidad. Disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad*, México, Porrúa, 2006.
- Castro y Bravo, F. de, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985.
- Cifuentes, Santos, *Elementos de derecho civil*, Buenos Aires, Astrea, 1999.
- Delgado Vergara, Teresa, “Vulnerabilidad y dependencia. Apuntes sobre la protección jurídica a la tercera edad en Cuba. Derecho, minorías y grupos vulnerables: otra mirada a la discapacidad”, *Revista IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año IV, 2010.
- \_\_\_\_\_, “El negocio jurídico contractual”, en Nancy Ojeda Rodríguez, *Derecho de contratos*, t. I, La Habana, Félix Varela, 2003.
- Díaz Magrans, M. M., *La tutela. Posibilidad de una mayor intervención notarial*, La Habana, Tesis de especialidad, 2008.
- Diez-Picazo, L., A. Gullón, *Sistema de derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1984.
- Egea, Ricardo, “Incapacidad natural e incapacidad legal. Personas con incapacidad natural. Nulidad o anulabilidad de los actos o contratos”, 2008. Disponible en [www.libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/incapacidad-anulabilidad-232841.pdf](http://www.libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/incapacidad-anulabilidad-232841.pdf) [Fecha de consulta: 29 de agosto de 2011].
- Engelhardt, T., *Los fundamentos de la bioética*, Barcelona, Paidós, 1995.
- Espín Cánovas, Diego, *Manual de derecho civil español*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959.

- Fariás, Gisela, *Directivas médicas anticipadas*. Disponible en [www.fmvuba.org.ar/antropologia/Nro1Marzo2006/directivas%20medicas.asp](http://www.fmvuba.org.ar/antropologia/Nro1Marzo2006/directivas%20medicas.asp). [Fecha de consulta: 1o. de septiembre del 2011].
- Fernández Martínez, M., “Discapacidad y patrimonio en sujetos mayores de edad. Panorámica de su protección jurídica en Cuba”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Argentina, núm. 5, 2011.
- Giménez, M., *Voluntad Anticipada-Autocuratela*, 2009. Disponible en [www.elobservatorio.org/.../revista-instituto-de-derecho-e-integracionnum-1-2009-pdf](http://www.elobservatorio.org/.../revista-instituto-de-derecho-e-integracionnum-1-2009-pdf). [Fecha de consulta: 29 agosto 2011]
- Kemelmajer, Aída, “Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un derecho de la ancianidad?”, *Revista Chilena de Derecho*, 2006. Disponible en [[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372006000100004&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372006000100004&script=sci_arttext)].
- Llambías, Jorge, *Tratado de derecho civil*, t. I, Buenos Aires, Perrot, 1995.
- Libre, Juan de J., Julia García y Milagros Guerra, “Consideraciones éticas y sociales en la enfermedad de Alzheimer”, *Revista Cubana de Investigación Biomédica*, vol. 18, núm. 1, 1999. Disponible en [http://www.sld.cu/revistas/ibi/vol18\\_1\\_99/ibi19199.pdf](http://www.sld.cu/revistas/ibi/vol18_1_99/ibi19199.pdf). [Fecha de consulta: 15 de marzo de 2011].
- Llorens, L. R. y A. B. Rajmil, “Derecho de autoprotección”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Argentina, núm. 1, 2009.
- Lucero Eseverri, Roberto, H. Pozzi, “El fideicomiso de administración en miras de mejorar la calidad de vida”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Argentina, núm. 4, 2010.
- \_\_\_\_\_ y P. E. Marzuillo, “Nuevos paradigmas en la representación legal de las personas con discapacidad”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, núm. 5, 2011.
- Moreno Nápoles, R. J., *Análisis crítico de la actividad notarial en la previsión de la propia incapacidad: la autotutela*, La Habana, Tesis de Especialidad, 2007.

- Pereña Vicente, M., “La Convención de las Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica”, *IUS. Revista del Instituto Jurídico de Puebla*, núm. 26, 2010. Disponible en <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=293222980004> [Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2012].
- Pérez Gallardo, L. B., *De la autonomía de la voluntad y de sus límites*, en Pérez Gallardo L. [coord.], *Lecturas de derecho de obligaciones y contratos*, La Habana, Félix Varela, 2000, pp. 177-230.
- \_\_\_\_\_, *La eficacia contractual I. Principios generales*, Ojeda Rodríguez, N. de la C. [coord.], *Derecho de contratos*, t. I, La Habana, Félix Varela, 2003, pp. 280-329.
- \_\_\_\_\_, “La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de *lege data* y de *lege ferenda*”, *Nuevos perfiles del derecho de familia, Libro Homenaje a la Doctora Olga Mesa Castillo*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006.
- Roldán Sánchez, A. V., “Poderes preventivos de autoprotección”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, núm. 5, 2006.
- Valdés Díaz, Caridad del C., “Capacidad, discapacidad e incapacidad en clave carpenteriana”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, núm. 26, 2010. Disponible en <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=293222980003> [Fecha de consulta: 8 de diciembre de 2012].

### *Legislación*

- Código Civil de la República de Cuba*, Ley número 59/1987 de 16 de julio, anotado y concordado con los ordenamientos cubano y español por Ángel Acedo Penco y Leonardo B. Pérez Gallardo, Madrid, Dykinson, 2005.
- Ley de las Notarías Estatales*, Ley número 50/1984, del 28 de diciembre, Ministerio de Justicia, La Habana, 1988; *Código de Familia de*

*la República de Cuba*, Ley número 1289/1975, de 14 de febrero, Ministerio de Justicia, La Habana, 2004.

*Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico*, Ley número 7/1977, del 19 de agosto, La Habana, Ministerio de Justicia, 2004.

*Código Civil del Reino de España*, del 6 de octubre de 1888, Madrid, Tecnos, 2005.

II. PERSONAS VÍCTIMAS  
DE DESPLAZAMIENTO FORZADO



## 4. DESPLAZADOS CLIMÁTICOS EN EL SALVADOR

Cintya Berenice Molina Rodríguez  
Sofía Guadalupe Paniagua Meléndez

### I. INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene como objetivo presentar algunas evidencias sobre la relación entre los desplazamientos de población y el cambio climático en El Salvador, enfocándose en los desplazamientos que ocurren debido a eventos climáticos extremos como sequías e inundaciones. Estudios recientes señalan que los impactos ambientales asociados al cambio climático entre 2020 y 2050, en un escenario pesimista, provocarán el desplazamiento de dos millones de habitantes en la región de México y América Central. En el caso particular de El Salvador, el cambio climático afectará la productividad de granos básicos, lo que se traducirá en pérdidas económicas para los agricultores y en altas tasas de migración. Las condiciones geográficas del país, así como la dinámica de crecimiento urbano y económico, han impactado en la capacidad de resiliencia del territorio, condición que se agrava con la concurrencia de eventos climáticos extremos. Los impactos del cambio

climático son de carácter incierto y de largo plazo; sin embargo, en El Salvador se ha determinado que éstos se manifiestan en la reducción de productividad agrícola y en el consecuente abandono de actividades relativas a la agricultura. El planteamiento y desarrollo de una agenda de trabajo que incluya los efectos inmediatos y a futuro del cambio climático sobre la población salvadoreña es imperativo, sobre todo si se quiere reducir el riesgo causado por una configuración espacial que históricamente ha generado desplazamientos de población.

Tradicionalmente los desplazamientos de población han sido estudiados desde una perspectiva económica o social, marginando la relación de éstos respecto a los factores ambientales. Los desplazamientos de población a causa de alteraciones en el entorno ambiental han estado presentes a lo largo de la historia; no obstante, la discusión internacional sobre los efectos del cambio climático en los asentamientos humanos ha potenciado nuevamente el debate respecto a la relación entre migración y entorno ambiental, principalmente en aquellos países o regiones que han sido identificados con alta vulnerabilidad climática.

Establecer un nexo entre migración y factores económicos y sociales es por sí mismo un análisis complejo, e incluir las variables ambientales a dicho análisis constituye un desafío; sin embargo, existe evidencia de que los primeros demógrafos consideraban el efecto del entorno ambiental sobre los desplazamientos de población, y explicaban este fenómeno como un proceso generado por la adaptación natural de los organismos.<sup>1</sup>

El cambio climático se entiende como un cambio en el sistema climático atribuido directa o indirectamente a la actividad humana, que altera la composición de la atmósfera terrestre y que se manifiesta con cambios en el medio ambiente físico o la biota, afectando su capacidad de recuperación, la productividad de los

<sup>1</sup> F. Piguet, 2013.

ecosistemas naturales o el funcionamiento de los sistemas socioeconómicos, o en la salud y el bienestar humanos.<sup>2</sup> Existe consenso entre los científicos que los efectos del cambio climático en combinación con otros factores incrementarán el desplazamiento de personas;<sup>3</sup> los eventos climáticos extremos son el camino más directo a la migración por este fenómeno.<sup>4</sup>

El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC por sus iniciales en inglés), define migración como un movimiento permanente o temporal por al menos un año, que involucra el cruce administrativo de fronteras, no necesariamente nacionales.<sup>5</sup> Se reconoce que los eventos climáticos extremos generan desplazamientos de población en el corto plazo debido a la pérdida del lugar de residencia o daños económicos;<sup>6</sup> cuando estos eventos son de carácter permanente, generan presión en los territorios de reubicación y otros impactos adicionales para la población desplazada: desempleo, destierro, marginación, pérdida del acceso a los recursos de uso común y desarticulación social.<sup>7</sup>

Los desplazamientos por motivos climáticos, como el fenómeno que los origina, son multidimensionales, y las consecuencias de

<sup>2</sup> E. Piguet, “From ‘Primitive Migration’ to ‘Climate Refugees’ The Curious Fate of the Natural Environment in Migration Studies”, *Annals of the Association of American Geographers*, 103:1, 2013, pp. 148-162. DOI: 10.1080/00045608.2012.696233, 2013.

<sup>3</sup> ACNUR, *Conceptos clave sobre el desplazamiento por cambio climático y desastres*, 2009. Disponible en <http://www.refworld.org/es/pdfid/59f751964.pdf>

<sup>4</sup> N. Adger *et al.*, “Human security”, en *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part A: Global and Sectoral Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, C. Field [eds.], Cambridge/Nueva York, Cambridge University Press, 2014, pp. 755-791.

<sup>5</sup> Citado en Neil Adger *et al.*, 2014.

<sup>6</sup> Neil Adger *et al.*, 2014.

<sup>7</sup> IPCC, *Managing the Risks of Extreme Events and Disasters to Advance Climate Change Adaptation. A Special Report of Working Groups I and II of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, C. Field [eds.], Cambridge/Nueva York, Cambridge University Press, 2012, 582 pp.

éstos son de largo plazo y en la mayoría de los casos inconmensurables. El informe *Managing the Risks of Extreme Events and Disasters to Advance Climate Change Adaptation* sostiene que existe confianza media en que las sequías se intensificarán en el siglo XXI en algunas estaciones y áreas debido a la reducción de la precipitación y al aumento de la evapotranspiración. Las regiones bajo este pronóstico incluyen el sur de Europa y la región mediterránea, Europa Central, América del Norte, América Central y México, noreste de Brasil, y el sur de África.<sup>8</sup> Asimismo, el informe *Groundswell*, basado en evidencia empírica, concluye que los procesos migratorios son un medio clave para recuperarse de un evento climático extremo, esto incluye inundaciones y sequías.<sup>9</sup>

Debido a su posición geográfica, América Central se enfrenta continuamente a las amenazas ciclónicas provenientes del Océano Pacífico y el Mar Caribe; la geomorfología de sus territorios, la pérdida de cobertura vegetal y biodiversidad, sumadas a la existencia de placas tectónicas activas con episodios de alta sismicidad, la colocan como una región por naturaleza vulnerable. Centroamérica registra ocurrencia persistente de fenómenos naturales y la presencia de éstos deja en evidencia las diferentes condiciones socioeconómicas, culturales y ambientales existentes en los distintos territorios que la conforman y que responden a procesos sociales, económicos y ambientales, así como a los patrones o modos de producción y uso de recursos naturales.<sup>10</sup>

El Salvador es el país más pequeño de Centroamérica, esta característica aunada al tamaño de su población lo convierten en un

<sup>8</sup> *Ibidem*, 2012.

<sup>9</sup> K. K. Rigaud *et al.*, *Preparing for Internal Climate Migration*, Washington, DC, The World Bank, 2018. Disponible en <https://doi.org/doi.org/10.7916/D8Z33FNS>

<sup>10</sup> UNISDR, *Informe regional del estado de la vulnerabilidad y riesgos de desastres en Centroamérica*, 2013. Disponible en <https://doi.org/10.1590/S0100-72032005001100008>.

país sobrepoblado. Asimismo, la dinámica de crecimiento económico observada desde la acumulación originaria de capital fomentó la formación de economías de subsistencia que persisten en la actualidad y que, insertadas dentro de un proceso de expansión urbana desordenado, ha llevado a la producción agrícola y a la población dependiente de estas actividades a condiciones de vulnerabilidad, mismas que se exacerban con los cambios extremos del sistema climático.

Este artículo se divide en cuatro secciones. La primera sección resume el abordaje teórico sobre los desplazamientos de población y el cambio climático, la segunda sección presenta la evidencia empírica de la migración y el cambio climático en El Salvador, se detallan estadísticas regionales y locales sobre el desplazamiento de población debido al cambio climático. La tercera sección expone sobre institucionalidad y aspectos jurídicos relacionados con los desplazamientos involuntarios y la cuarta sección la valoración de los resultados (hallazgos) y las recomendaciones para el gobierno de El Salvador ante éstas. Finalmente, se enuncian algunas conclusiones.

### *1. La relación entre los factores ambientales y la movilidad humana*

La relación entre medio ambiente y movilidad humana no ha sido perfectamente comprendida a lo largo del tiempo, existen vacíos en el desarrollo teórico sobre la influencia que los factores ambientales pueden ejercer en los desplazamientos humanos,<sup>11</sup> el establecimiento de un enfoque que analice la influencia que el clima tiene sobre los asentamientos humanos recuperó importancia a razón de la búsqueda del “Rostro humano del cambio climático”; ante-

<sup>11</sup> E. Piguet, *op. cit.*, 2013.

rior a esta urgencia, los estudios de los que se tiene registro llegaban a final del siglo XVIII.

Los primeros estudios relacionados con los procesos migratorios colocaron al entorno ambiental como centro del análisis, la fertilidad del suelo y las condiciones climáticas eran los factores principales que los geógrafos consideraban para tener un acercamiento a las dinámicas migratorias. Estas consideraciones fueron reforzadas por los planteamientos que el explorador alemán Moritz Warner expuso en su libro *The Darwinian Theory and the Law of Migration Organism*, sosteniendo que la competencia entre todos los seres vivos por el espacio, comida y reproducción provocaban el primer impulso a la migración.

Este planteamiento ejerció influencia en la obra de geógrafos posteriores como Ravenstein<sup>12</sup> y Churchill<sup>13</sup> que coincidieron con Warner al sostener que la búsqueda de mejor tierra, clima suave y condiciones fáciles de vida habían producido y seguirían produciendo movimientos migratorios. Huntington<sup>14</sup> por otro lado, argumentó que la caída de los grandes imperios como el Romano y las invasiones Bárbaras en Europa se debían al clima. Kropotkin<sup>15</sup> con un enfoque más amplio respecto de la presión que ejercía el ambiente sobre los patrones migratorios, sostuvo que los desplazamientos humanos eran una alternativa a la guerra contra todos, de animales y seres humanos, ante la escasez de recursos.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> E. Ravenstein, "The Laws of Migration", *Journal of the Statistical Society of London*, 48 (2), 1885, pp. 167-235. doi:10.2307/2979181.

<sup>13</sup> W. Churchill, *The Polynesian Wanderings; Tracks of the Migration Deduced from an Examination of the Proto-Samoan Content of Efaté and other Languages of Melanesia*, Washington, D.C. The Carnegie Institution of Washington, 1911. Disponible en: <https://lccn.loc.gov/11008463>.

<sup>14</sup> E. Huntington, *The Pulse of Asia: A Journey in Central Asia Illustrating the Geographic Basis of History*, Boston, Houghton, Mifflin and Co., 1907.

<sup>15</sup> P. Kropotkin, *Mutual aid: a Factor of Evolution*, Londres, Heinemann, 1908.

<sup>16</sup> Piguet, *op. cit.*, 2013.

El discurso científico y los compromisos internacionales asumidos a partir de 1992 han reconocido que el cambio climático es una amenaza real para la humanidad y ha promovido el desarrollo de estudios y análisis que profundizan en las implicaciones que este fenómeno tiene sobre la vida en el planeta. La multidimensionalidad de este fenómeno ha conducido a un abordaje multidisciplinario, permitiendo la participación de diferentes ramas de la ciencia, entre ellas: sociología, economía, derecho, química, biología, etc., lo que hace posible que la relación cambio climático y movimientos migratorios regrese a la mesa del debate.

Los movimientos migratorios tradicionalmente han sido estudiados desde una perspectiva económica o social, marginando la conexión que pueda existir entre los factores ambientales y los desplazamientos de población; no obstante, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) sostiene que la migración ambiental al igual que cualquier otra migración es el resultado de múltiples causas, por tanto la relación entre medio ambiente y migración no es una simple relación causal; asimismo, reconoce que este proceso es multifacético y puede ser de carácter interno, regional o internacional. La migración ambiental es un fenómeno esencialmente complejo con múltiples causas, impulsado por una diversidad factores y agravado por fuerzas sociales, económicas y políticas.<sup>17</sup>

La migración por causas ambientales, como se refirió anteriormente, ha sido desde siempre un mecanismo de adaptación y supervivencia; pero en la actualidad, fenómenos como las sequías, terremotos, deslizamientos, desertificación, inundaciones, entre otros, son causantes directos de las migraciones, pues al rodearse de un ambiente degradado, las poblaciones se ven afectadas en sus condiciones de vida y asumen el papel de desplazado en busca de

<sup>17</sup> OIM, *Migración y cambio climático*, (31), 64, 2008. Disponible en [https://doi.org/10.1007/978-0-387-74161-1\\_20](https://doi.org/10.1007/978-0-387-74161-1_20)

un sitio estable que les brinde condiciones apropiadas de alimentación y vivienda.<sup>18</sup>

Los países centroamericanos como países en desarrollo son particularmente vulnerables al cambio climático, esta condición es histórica y se asocia no sólo a la geografía, sino a la dinámica económica y social que lo ha caracterizado durante siglos. Estudios actuales sostienen que el número de migrantes a consecuencia del cambio climático en un escenario pesimista producirá 2.1 millones de migrantes climáticos para 2050 en la región de México y América Central.<sup>19</sup> Este resultado, como consecuencia de pérdidas económicas significativas en el sector agrícola que perjudicaría principalmente a Honduras, El Salvador y Nicaragua.<sup>20</sup>

## *2. Desplazados por cambio climático en El Salvador*

Como se refirió en la sección introductoria, El Salvador es el país más pequeño del istmo centroamericano, esta condición conjugada con los procesos de expansión económica y urbana que el país ha sostenido lo convierten en un territorio vulnerable en los campos económico, social y ambiental. La década que inició en 2009, introdujo reformas a nivel político y económico que buscaban la reactivación del país a través de la aplicación de instrumentos fiscales que permitieran mitigar la crisis económica internacional; no obstante, a pesar de estos esfuerzos, fue inevitable entrar a un periodo de recesión.

<sup>18</sup> Citado en W. Avendaño Castro, y D. Aguilar Rodríguez, “Geopolítica y medio ambiente: una mirada a la problemática de los desplazados ambientales”, *Investigación y Desarrollo*, 22 (2), 2014. Disponible en <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/investigacion/article/view/5464/7454> [Fecha de consulta: 16 de noviembre de 2018].

<sup>19</sup> Rigaud *et al.*, *op. cit.*

<sup>20</sup> Citado en Rigaud *et al.*, *op. cit.*

La actividad económica en general tuvo un decrecimiento evidente a finales de 2009, y cuando se analiza por sector económico, esta tendencia no fue más favorable. El sector agropecuario sufrió el abandono de las políticas sectoriales a finales del siglo XX, esta situación fue evidente con el detrimento que este sector experimentó a consecuencia de la crisis financiera mundial y que lo convirtió en uno de los sectores con menor estabilidad económica en la última década.

De manera similar, el sector de la industria de la construcción reportó tasas de crecimiento negativas que se acentuaron con la crisis internacional y al finalizar el periodo presidencial en 2014. El cuadro 1 muestra la tendencia de crecimiento para los principales sectores económicos en El Salvador.

Por otra parte, respecto a la dinámica demográfica del país, ésta ha sostenido una tendencia creciente en la última década, reflejando mayor concentración de la población en zonas urbanas, este crecimiento en la población dentro de un territorio especialmente limitado se traduce en un aumento de la densidad poblacional. En 2016 se registró un grado de ocupación por kilómetro cuadrado de 310 habitantes. El cuadro 2 detalla el comportamiento que la dinámica demográfica ha reflejado entre 2009-2016.

La dinámica económica y social de El Salvador ha sido la principal responsable en los últimos 40 años de las migraciones internas y externas. En la década de los ochenta, como consecuencia directa de la Guerra Civil, se iniciaron los primeros movimientos migratorios, esta tendencia se fortaleció posteriormente con la ola liberalizadora de la economía y los Programas de Ajuste Estructural (PAE) que se tradujeron en una mayor concentración de la riqueza por parte de un sector, lo cual limitó las oportunidades de desarrollo para la mayoría de la población. La desigualdad económica generada por las transformaciones en el modo de producción propagó una cultura de violencia y delincuencia que agudizó el

Cuadro 1. Dinámica de crecimiento económico

|   | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014  | 2015 | 2016 |
|---|------|------|------|------|------|-------|------|------|
| Producto Interno bruto                            | -3.1 | 1.4  | 2.0  | 1.9  | 1.8  | 1.4   | 2.3  | 2.4  |
| Agropecuario                                      | -2.9 | 3.1  | -2.5 | 3.5  | -0.4 | 1.3   | -1.8 | 4.6  |
| Industria manufacturera                           | -0.3 | 1.9  | 2.2  | 1.7  | 3.1  | 1.6   | 3.8  | 2.0  |
| Construcción                                      | -2.8 | -5.0 | 8.9  | 1.4  | -0.1 | -10.7 | 1.7  | 2.3  |
| Comercio, restaurantes y hoteles                  | -5.4 | 1.5  | 1.3  | 2.7  | 1.5  | 2.4   | 3.2  | 2.3  |
| Bancos, seguros y otras instituciones financieras | -5.4 | 4.4  | 3.0  | -2.8 | 4.5  | 3.4   | 1.0  | 2.0  |

Fuente: Banco Central de Reserva de El Salvador.

Cuadro 2. Comportamiento demográfico en El Salvador

|   | 2009    | 2010    | 2011    | 2012    | 2013    | 2014    | 2015    | 2016    |
|---|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|
| Población total (miles)                     | 6 152.6 | 6 183.0 | 6 216.1 | 6 289.7 | 6 344.1 | 6 401.2 | 6 460.3 | 6 520.6 |
| Población urbana (miles)                    | 3 890.5 | 3 954.8 | 4 019.8 | 4 246.5 | 4 330.2 | 4 415.8 | 4 502.7 | 4 590.4 |
| Población rural (miles)                     | 2 262.1 | 2 228.2 | 2 196.3 | 2 043.2 | 2 013.9 | 1 985.4 | 1 957.6 | 1 930.2 |
| Crecimiento demográfico                     | 0.5     | 0.5     | 0.6     | 0.8     | 0.9     | 0.9     | 0.9     | 0.9     |
| Densidad poblacional (hab/km <sup>2</sup> ) | 292.0   | 294.0   | 295.4   | 297.1   | 298.9   | 304.2   | 307.0   | 309.9   |

Fuente: Banco Central de Reserva de El Salvador.

proceso migratorio al interior y exterior del país. Esta situación en la actualidad se agrava, frente a fenómenos climáticos extremos.

El Salvador se ubica en la posición 15 del Índice de Riesgo Climático Global en el periodo 2012-2017.<sup>21</sup> El territorio salvadoreño históricamente se ha enfrentado de manera periódica a desastres naturales, siendo terremotos e inundaciones los eventos que más pérdidas económicas y vidas humanas han causado.<sup>22</sup> Desde 1900 a 2015, el inventario de desastres naturales reporta 37 252 eventos y se registra un aumento de éstos en el período comprendido entre 2000 y 2015. La población evacuada durante estos fenómenos también ha ido en aumento, a partir de la segunda mitad del siglo XX, se registra un incremento progresivo en el número de evacuados cerrando el periodo en 2015 con 130 781 personas. El cuadro 3 presenta el registro de los desastres naturales en el país.

Cuadro 3. Registro desastres naturales 1900 -2015

|           | <i>Hogares afectados</i> | <i>Población evacuada</i> |
|-----------|--------------------------|---------------------------|
| 1900-1925 | 13                       | –                         |
| 1925-1950 | 326                      | –                         |
| 1950-1975 | 360                      | 4 740                     |
| 1975-2000 | 8 708                    | 12 360                    |
| 2000-2015 | 27 845                   | 130 781                   |

Fuente: elaboración propia con base en Desinventar.

<sup>21</sup> D. Eckstein *et al.*, *Climate Change Index 2009*, 2018. Disponible en: <https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/publication/1613.pdf>

<sup>22</sup> CEPAL, *Evaluación de daños y pérdidas en El Salvador ocasionados por la tormenta tropical Ágatha*, 2010b. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/26033-evaluacion-danos-perdidas-salvador-ocasionados-la-tormenta-tropical-agatha>

La tendencia que reflejan los desastres naturales es un aumento progresivo a partir de 1975; si bien esta compilación de eventos incluye la afectación por los terremotos en octubre de 1986, enero de 2001 y febrero 2001; han sido las inundaciones y periodos de sequía los eventos que mayor afectación han tenido en el territorio nacional, lo evidencia un estudio realizado por el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, que mostró un aumento significativo de las lluvias y sequías extremas a partir de finales la década de los setenta y principios de los ochenta.<sup>23</sup> Estos eventos se han incrementado gradual pero constantemente a partir de los años noventa y su tendencia, por el aumento de las temperaturas a nivel global, es creciente con el considerable peligro de provocar un desequilibrio de magnitudes catastróficas en el ámbito planetario.

Otros eventos climáticos extremos a los que el país ha estado expuesto en las últimas dos décadas fueron el huracán Mitch (que ingresó a El Salvador como tormenta tropical) en 1998, el fenómeno climático el Niño<sup>24</sup> desde septiembre de 1999 hasta septiembre de 2000; por el lado contrario, la presencia de la Niña, con un sistema de temporales que provocaron en algunos lugares inundaciones y en otras, sequías; de 2001 a 2004 se reportan como años neutros en eventos extremos, pero a partir de 2005 se tuvo la presencia del huracán Adrián en mayo y del huracán Stan, que provocaron estragos e inundaciones, pero se reporta como una fase muy cálida, la que continuó desde 2006 a 2008.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> MARN, *Análisis estadístico de los datos de precipitación realizadas en las diferentes estaciones de El Salvador*, San Salvador, 2011.

<sup>24</sup> La sequía en Centroamérica es diferente a las sequías en otras partes del mundo, la de esta región es cíclica y se relaciona estrechamente con el periodo de El Niño de la Oscilación Sur (ENOS). La Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo (CCAD) informa que en los últimos 60 años se han observado alrededor de 10 eventos “Niños” que se extienden entre 12 y 36 meses FAO, *Estudio de caracterización del Corredor Seco Centroamericano (Países CAS-4)*, Honduras, Ideas Litográficas, 2012.

<sup>25</sup> MARN, *op. cit.*

La escasez de lluvias desde 1998 hasta el invierno de 2001 especialmente en el oriente de El Salvador, provocó graves daños a los cultivos de las familias con ingresos de subsistencia. Los terremotos a inicios de 2001 redujeron aún más la cantidad de tierras cultivables disponibles.<sup>26</sup> Precisamente en 2001, según el Programa Mundial de Alimentos (PMA), la sequía afectó las cosechas de maíz, frijol, arroz, sorgo y sandía en 62 municipios. En las zonas más intensamente afectadas se perdió el 80% de los cultivos, mientras que los pequeños y medianos agricultores perdieron, en promedio, el 38% de sus ingresos anuales.<sup>27</sup>

En agosto de 2001, el gobierno declaró el “Estado de emergencia nacional debido a la sequía”, en el oriente, centro y norte del país. Este decreto de emergencia permitió introducir ajustes en el presupuesto, la administración de préstamos internacionales y la suspensión de embargos a los agricultores. La Cruz Roja Española, la Cruz Roja Salvadoreña y la Delegación Regional debatieron diversas formas de actuación, que dieron como resultado un proyecto único de respuesta y mitigación de la sequía con un objetivo general: “Aumentar la capacidad de subsistencia de los agricultores en el este del país, para responder y recuperarse mejor en el futuro ante condiciones climáticas desfavorables.”<sup>28</sup>

Por otra parte, se tiene registro de 712 200 personas que dependen de la agricultura y fueron afectadas en 2008 por la sequía más severa, hasta ese momento, de la historia del país. Los descensos en los niveles de agua de ríos y nacimientos y el consiguiente deterioro de los pozos impactaron especialmente a los referidos 62 munic-

<sup>26</sup> M. Cigarán, *Perfil climático. El Salvador. Proyecto integración de riesgos y oportunidades del cambio climático en los procesos nacionales de desarrollo y en la programación por países de las Naciones Unidas*, San Salvador, PNUD, 2009.

<sup>27</sup> Cruz Roja, *Sequía en El Salvador: respuesta y mitigación. Estudio de caso*, San Salvador, 2002.

<sup>28</sup> *Ibid.*

pios los cuales conforman el “Corredor Seco”<sup>29</sup> y que se ubican en su mayoría el oriente del país, y donde se reportó un máximo de 72 días consecutivos sin lluvia.<sup>30</sup>

Todo ello ha generado mayor conciencia en El Salvador (y el resto de Centroamérica) sobre la problemática que originan los extremos climáticos, especialmente las sequías que, según la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), amenazan los medios de vida de los productores de granos básicos en los municipios a los que embate más duramente la sequía, como la experimentada gravemente 2009 y en 2012. Sin embargo, indica, no debe dejarse de lado la frecuencia cada vez más del extremo exceso de lluvias, pues, en 2010 una combinación de lluvias intensas durante el primer ciclo de siembra con un prolongado periodo seco durante el segundo ciclo contribuyó a un empeoramiento de la situación.<sup>31</sup>

Los expertos afirman que las pérdidas en cultivos y medios de vida, la inseguridad alimentaria y riesgos para la salud afectaron severamente a grupos vulnerables, como agricultores de subsistencia, jornaleros, mujeres y familias pobres. El Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG) estimó que a finales de 2015 las pérdidas totales de cereales sumarían 100 millones, un 30% más que en 2014, esto según datos del Programa Mundial de Alimentos (PMA) que revelaron que las personas en condición de inseguridad

<sup>29</sup> El término corredor seco, aunque apunta a un fenómeno climático, tiene una base ecológica: define un grupo de ecosistemas que se combinan en la ecorregión del bosque tropical seco de Centroamérica, que inicia en Chiapas, México y, en una franja, abarca las zonas bajas de la vertiente del Pacífico y gran parte de la región central premontaña (0 a 800 msnm), de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y parte de Costa Rica (hasta Guacaste); en Honduras, además, incluye fragmentos que se aproximan a la costa Caribe, FAO, *Estudio de caracterización... cit.*

<sup>30</sup> Cigarán, *op. cit.*

<sup>31</sup> FAO, *Estudio de caracterización... cit.*

alimentaria severa aumentaron entre julio de 2014 y 2015, pues llegaron a sumar 192 000. Asimismo, el año pasado 27% de los hogares afectados por la sequía redujeron los gastos en salud y educación. Otros aumentaron sus gastos en alimentación al perder cosechas de autoconsumo y quedarse sin reserva de alimentos.<sup>32</sup>

Además de las intrínsecas transformaciones que los eventos climáticos extremos generan en los ecosistemas –muchos todavía son incalculables en cuanto a la gravedad de su impacto–, como la pérdida de biodiversidad, la proliferación de vectores y las consecuencias a la salud de la población; éstos también afectan el entorno socioeconómico, reducen la producción agrícola al acentuar el riesgo de no garantizar la seguridad alimentaria en el país; los hogares con algún grado de pobreza son los más afectados, debido al grado de exposición frente a los impactos inmediatos y a que no cuentan con recursos ni tecnología para afrontarlos.<sup>33</sup>

A finales de la primera década del presente siglo, se registró un incremento de sucesos climáticos, siendo la tormenta tropical Ida (2009), Agatha (2010) y la depresión tropical 12-E, que dejó lluvias permanentes por más de 11 días, lo que llevó a la acumulación de más de 800 mm de precipitación en esos días y afectó a más de 2.5 millones de habitantes,<sup>34</sup> son los eventos que más impacto ejercieron en el territorio nacional. La tormenta tropical Ida se asocia con una alta precipitación que alcanzó más de 450 mm en un periodo de tres días (7-9 de noviembre de 2009) con una intensidad que alcanzó su límite máximo de 450 mm en un periodo de cinco horas, tiempo suficiente para provocar deslizamientos. El valor de los daños y pérdidas ocasionados por la tormenta ascendieron a 314.8 millones de dólares y se concentraron en cinco

<sup>32</sup> PNUD, 2018.

<sup>33</sup> Cigarán, *op. cit.*

<sup>34</sup> FAO, *Estudio de caracterización...*, *cit.*

Cuadro 4. Desplazamientos por eventos climáticos en El Salvador

| <i>Año</i> | <i>Nombre del evento</i>   | <i>Tipo</i> | <i>Desplazamientos</i> |
|------------|--|-------------|------------------------|
| 2008       | Depresión tropical No. 16  | Inundación  | 95                     |
| 2009       | Tormenta tropical “Ida”  | Tormenta    | 15 000                 |
| 2010       | Tromenta tropical “Alex”   | Inundación  | –                      |
| 2010       | Tromenta tropical “Matthew”  | Tormenta    | –                      |
| 2010       | Tromenta tropical “Agatha”   | Tormenta    | 15 508                 |
| 2011       | Depresión tropical 12-E  | Inundación  | 59 854                 |
| 2015       | Inundaciones en todo El Salvador                                       | Inundación  | 198                    |
| 2015       | Tormenta en la Costa del Océano Pacífico                               | Inundación  | 1 784                  |
| 2016       | Inundaciones en Usulután y Sonsonate                                   | Inundación  | 84                     |
| 2016       | Inundaciones en la región oriental de El Salvador                      | Inundación  | 387                    |
| 2017       | Inundaciones en La Paz, La Libertad, Sonsonate, Morazán y Chalatenango | Inundación  | 389                    |

Fuente: Centro de Monitoreo de Desplazamiento Interno (CDMI).

departamentos del país<sup>35</sup> que provocaron el desplazamiento de 15 000 personas afectadas.<sup>36</sup>

Durante el periodo que comprendió entre el 23 de mayo y el 1o. de junio de 2010, la tormenta tropical Agatha afectó las zonas próximas a la línea costera y las partes altas del territorio nacional, esta tormenta provocó un volumen de precipitación de 483 mm en 24 horas, de esta forma superaba los registros históricos de las tres

<sup>35</sup> CEPAL, *Evaluación de daños...*, cit.

<sup>36</sup> Internal Displacement Monitoring Centre, Global Internal Displacement Database |IDMC, 2017. Disponible en <http://www.internal-displacement.org/database/displacement-data>

tormentas anteriores a ella. Los desbordamientos e inundaciones producidas se cuantificaron en daños y pérdidas para las planicies ribereñas y zonas costeras del centro y occidente del país, que ascendieron a 112.1 millones de dólares.<sup>37</sup> Los desplazados por este evento se contabilizaron en 15 508 personas.<sup>38</sup>

La depresión tropical 12-E afectó durante el periodo del 10 al 20 de octubre de 2011, hasta el momento es considerada como el evento meteorológico más severo registrado en el país, con un máximo de lluvia acumulada de 1 533 mm. La población directamente afectada sumó 1 424 127 personas y se contabilizaron daños y pérdidas por 902 300, 127.13 millones de dólares, el 39.6% de la superficie cultivada para la producción de granos básicos fue afectada.<sup>39</sup> Las personas desplazadas por este evento se contabilizaron en 59 854.<sup>40</sup>

### *3. El Salvador: institucionalidad y aspectos jurídicos relacionados con los desplazamientos involuntarios por razones climáticas*

Para El Salvador el cambio climático constituye una amenaza transversal para alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible, ello por nuestra alta vulnerabilidad como región a los desastres climáti-

<sup>37</sup> CEPAL, *El Salvador: impacto socioeconómico, ambiental y de riesgo por la baja presión asociada a la tormenta tropical Ida en noviembre de 2009*, 2010a. Disponible en <https://www.cepal.org/es/publicaciones/1382-salvador-impacto-socioeconomico-ambiental-riesgo-la-baja-presion-asociada-la>

<sup>38</sup> Internal Displacement Monitoring Centre, *op. cit.*

<sup>39</sup> CEPAL, *Resumen regional del impacto de la depresión tropical 12-E en Centroamérica. Cuantificación del daño y pérdidas por los países de la región en el mes de octubre de 2011*, 2011. Disponible en <https://www.cepal.org/es/publicaciones/37546-resumen-regional-impacto-la-depresion-tropical-12-centroamerica-cuantificacion>

<sup>40</sup> Internal Displacement Monitoring Centre, *op. cit.*

cos y sus efectos adversos.<sup>41</sup> Respecto a este tema se ha ratificado la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC), en agosto de 1995 y el Protocolo de Kioto en 1998 y, año con año, el país se hace presente en las Conferencias de las Partes convocadas para lograr acuerdos mundiales de reducción de emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI) y de restaurar los ecosistemas dañados, incluyendo el aumento de la cobertura vegetal.

Dentro del ordenamiento jurídico únicamente se cuenta con unas reformas a la Ley de Medio Ambiente, proveídas en 2012, que someramente esbozan y declaran que el Estado debe procurar medidas de adaptación al cambio climático. No hay una norma jurídica completa que regule las actividades humanas relacionadas con el fenómeno, tanto aquellas que abonan a la emisión de GEI, las que inciden en la degradación de ecosistemas de gran importancia y la disminución de la cobertura vegetal, como las relacionadas con los grupos más vulnerables a los eventos climáticos extremos.

Parte de estos grupos son las personas cuya forma de ingresos se basan en cultivos de subsistencias, aún más, aquellas que viven en los 62 municipios que forman el “Corredor Seco” que soportan tanto la gravedad y extensión de las sequías como la intensidad de las precipitaciones que, en muchos casos, conllevan a inundaciones. No hay un reconocimiento oficial de la interrelación de los eventos climáticos extremos, las pérdidas de cultivos de subsistencia y los desplazamientos humanos involuntarios que esto provoca; es más, no se reconoce el término “desplazamiento humano” sino que a la situación de las personas que abandonan su hogar por motivos involuntarios se les define como “movilidad interna”, lo cual no ayuda a que el Estado dimensione, como es necesario, la problemática ya presente para las personas que tienen cultivos de subsistencia.

<sup>41</sup> Parte del discurso del presidente de la República, Salvador Sánchez Cerén, en la Cumbre Iberoamericana de Jefes y Jefes de Estado y de Gobierno, realizada en la ciudad de Guatemala, República de Guatemala del 15 al 16 de noviembre de 2018.

Sin embargo, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia,<sup>42</sup> en la sentencia del proceso constitucional de amparo número 411-2017,<sup>43</sup> emitida el 13 de julio de 2018, hizo constar que la migración es un fenómeno multicausal que ha acompañado a la humanidad en su devenir histórico. La escasez de recursos naturales, la búsqueda de oportunidades de mejora económica y la reunificación familiar han sido, entre muchos otros, factores que históricamente han motivado al ser humano a migrar. Y distingue dos tipos de migración: la voluntaria o forzada y la que se produce en el ámbito interno del Estado y la internacional.

En cuanto a la migración forzada, que se caracteriza por el abandono del lugar de residencia, propiedades, círculo familiar (en sentido extenso) y social inmediato en busca de seguridad y protección, cuando éstas no pueden ser garantizadas en el entorno espacial inmediato. Este tipo de migración distingue dos figuras, una de ellas es la del desplazamiento interno o forzado, que consiste en un tipo de movilidad humana generalmente masiva (progresiva o dispersa) que se produce por motivos de gran complejidad que conminan a las personas a abandonar sus lugares de residencia por otros donde puedan encontrar mejores condiciones.<sup>44</sup>

Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) cataloga como desplazados internos a las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir del hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástro-

<sup>42</sup> Máximo Tribunal Constitucional en El Salvador y máximo intérprete de la Constitución de la República.

<sup>43</sup> Sentencia ganadora del Premio Regional de Sentencias sobre Acceso a la Justicia para Personas Migrantes y Refugiadas en las Américas otorgado por la Agencia de la ONU para los Refugiados (ACNUR) y otros.

<sup>44</sup> Desplazados internos, 2018.

fes naturales o provocadas por el ser humano y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.<sup>45</sup>

Respecto al fenómeno del desplazamiento forzado en El Salvador, la relatora especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos de Naciones Unidas, en el informe sobre su visita a El Salvador en 2017 que presentó al Consejo de Derechos Humanos de ese organismo, en el contexto de desplazamiento interno por razones de violencia, destacó, entre otros aspectos, que las autoridades públicas son renuentes a reconocer ese fenómeno.

En el contexto ambiental, sobre todo los efectos del cambio climático provocados por eventos extremos, tomando en consideración la multicausalidad de la pobreza y la dependencia de muchas personas de cultivos de subsistencia, el reconocimiento del término y, más que todo, el trabajo interinstitucional, de identificar y transversalizar las causas y los afectados, se logrará evitar el desplazamiento involuntario de personas por no contar con sus medios de subsistencia. Los apoyos de instituciones internacionales, hoy por hoy, son un coadyuvante importante en el apoyo a estos grupos vulnerables, pero sin la acción estatal permanente (y no sólo en asistencia), la cantidad de personas que tendrán que abandonar su hogar por no tener las condiciones adecuadas para su sobrevivencia a causa de los efectos del cambio climático será insostenible.

#### *4. Hallazgos*

Si no se reducen las emisiones de GEI en el ámbito mundial —y sin cobertura forestal suficiente— la temperatura del planeta seguirá en aumento y provocará desequilibrios climáticos más extremos.

Por ello es que puede afirmarse que desde 2015 hasta la fecha El Salvador ha sufrido permanentemente temperaturas más altas

<sup>45</sup> *Ibid.*

que en toda la historia (registrada), eso, aunado a una baja en las precipitaciones ha provocado que para 2018 el país se considere como el más impactado por la sequía en el Istmo, debido a que todo el territorio se encuentra ubicado en el corredor seco de Centroamérica; a diferencia del resto de naciones que sólo tienen algunas regiones en esa árida zona. Así lo afirmó un representante para El Salvador de la FAO, quien detalló que esto tiene mayor incidencia si se toma en cuenta que las zonas más afectadas son las de mayor vulnerabilidad por la pobreza e inseguridad alimentaria, lo que incide directamente en los medios de vida de la población.

Los movimientos migratorios tradicionalmente han sido estudiados desde una perspectiva económica o social, marginando la conexión que pueda existir entre los factores ambientales y los desplazamientos de población; no obstante, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) sostiene que la migración ambiental al igual que cualquier otra migración es el resultado de múltiples causas; por tanto la relación entre medio ambiente y migración no es una simple relación causal; asimismo, reconoce que este proceso multifacético puede ser de carácter interno, regional o internacional. La migración ambiental es un fenómeno esencialmente complejo con múltiples causas, impulsado por una diversidad factores y agravado por fuerzas sociales, económicas y políticas.<sup>46</sup>

Así, para la FAO es urgente que en el país se pongan en marcha proyectos de captación de aguas de lluvias y agregó que el Programa Mundial de Alimentos (PMA) está elaborando una evaluación de los daños acompañando al Consejo Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional (Conasan), para saber con precisión el alcance y magnitud de los daños en áreas y familias afectadas.<sup>47</sup> Esta

<sup>46</sup> OIM, *Migración y cambio climático*, (31), 64, 2008. Disponible en: [https://doi.org/10.1007/978-0-387-74161-1\\_20](https://doi.org/10.1007/978-0-387-74161-1_20)

<sup>47</sup> *El Diario de Hoy*, 2018.

información debe ser el punto de partida desde el cual las instituciones involucradas hagan las coordinaciones interinstitucionales para lograr la mitigación basada en adaptación (línea gubernamental fijada para procurar la adaptación al cambio climático).

## II. CONCLUSIONES

El cambio climático es una realidad que ya nadie, ciudadano o autoridad, puede obviar; los Estados parte de la CMNUCC en cada conferencia de las partes toman acuerdos orientados a revertir la tendencia del aumento de la temperatura del planeta pues eso generaría desequilibrios ecosistémicos irreversibles y, como consecuencia, daños a toda la raza humana. Los efectos del calentamiento global son evidentes y año con año aumentan gradual pero progresivamente y con ello, se incrementan los eventos climáticos extremos pasando por ciclos de sequías graves a lluvias de corta duración pero intensas o periodos lluviosos de duración anormalmente prolongada que generan inundaciones.

Esto, además de provocar profundos daños al medio ambiente y los recursos naturales, implica la afectación directa a las personas, sobre todo si éstas viven en situación de vulnerabilidad multicausal (incrementada por la pobreza) y en lugares en donde se acentúan las sequías como el Corredor Seco. Ejemplo de ello son las personas que dependen de cultivos de subsistencia, respecto a las cuales se ha pretendido dejar en evidencia que, ante los periodos de cambios extremos en el clima, sobre todo en los ciclos de sequía (cada vez más frecuente), se pierde lo sembrado y deben desplazarse por necesidad hacia otro lugar que le ofrezca condiciones más favorables para su desarrollo personal y familiar.

Esta situación provoca consecuencias directas y difíciles tanto para los agricultores de subsistencia y sus familias como para el Estado mismo, pues toda migración conlleva la presión en otras

áreas (generalmente urbanas) con las implicaciones ambientales que eso genera en cuanto al ordenamiento territorial, generación de residuos sólidos, consumo de recurso hídrico, entre otros. No obstante ello, el gobierno de El Salvador no reconoce la figura de desplazados internos, sino que denomina a estos fenómenos como “movilidad interna” que si bien, es un concepto factible no tiene las implicaciones de un desplazamiento según lo considera la ONU. Actualmente el mayor desarrollo doctrinario y jurisdiccional en el país sobre estos desplazamientos involuntarios se visualiza en contextos de violencia, sin embargo, las personas que deben dejar sus hogares en busca de alternativas son una realidad.

Esta falta de aceptación de una problemática derivada como el desplazamiento involuntario de personas que ya no tienen opción de cultivar para procurar su sobrevivencia provoca la inactivación de todo el aparato estatal para tratar de lograr, al menos, la mitigación basada en adaptación para estos grupos vulnerables. Los esfuerzos se han iniciado, existen organizaciones internacionales interesadas y prestas a apoyar a estos grupos en condición de vulnerabilidad con proyectos y asistencia alimentaria para atenuar su situación, no obstante esa no es una solución ni sostenible ni definitiva, el Estado debe impulsar hasta obtener una coordinación interinstitucional que sea una verdadera línea de acción.

### III. BIBLIOGRAFÍA

- Adger, N. *et al.*, “Human security”, en *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part A: Global and Sectoral Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, C. Field [eds.], Cambridge/ Nueva York, Cambridge University Press, 2014, pp. 755-791.
- Avendaño Castro, W. y D. Aguilar Rodríguez, “Geopolítica y medio ambiente: una mirada a la problemática de los desplazados am-

bientales”, *Investigación y Desarrollo*, 22 (2), 2014. Disponible en <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/investigacion/article/view/5464/7454> [Fecha de consulta: 16 de noviembre de 2018].

ACNUR, *Conceptos clave sobre el desplazamiento por cambio climático y desastres*, 2009. Disponible en: <http://www.refworld.org/es/pdfid/59f751964.pdf>

CEPAL, *El Salvador: impacto socioeconómico, ambiental y de riesgo por la baja presión asociada a la tormenta tropical Ida en noviembre de 2009*, 2010a. Disponible en <https://www.cepal.org/es/publicaciones/1382-salvador-impacto-socioeconomico-ambiental-riesgo-la-baja-presion-asociada-la>

\_\_\_\_\_, *Evaluación de daños y pérdidas en el salvador ocasionados por la tormenta tropical Ágatha*, 2010b. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/26033-evaluacion-danos-perdidas-salvador-ocasionados-la-tormenta-tropical-agatha>

\_\_\_\_\_, *Resumen regional del impacto de la depresión tropical 12-E en Centroamérica. Cuantificación del daño y pérdidas por los países de la región en el mes de octubre de 2011*, 2011. Disponible en <https://www.cepal.org/es/publicaciones/37546-resumen-regional-impacto-la-depresion-tropical-12-centroamerica-cuantificacion>

Churchill, W., *The Polynesian Wanderings; Tracks of the Migration Deduced from an Examination of the Proto-Samoan Content of Efaté and other Languages of Melanesia*, Washington, D.C. The Carnegie Institution of Washington, 1911. Disponible en: <https://lccn.loc.gov/11008463>.

Cigarán, M., *Perfil climático. El Salvador. Proyecto integración de riesgos y oportunidades del cambio climático en los procesos nacionales de desarrollo y en la programación por países de las Naciones Unidas*, San Salvador, PNUD, 2009.

Cruz Roja, *Seqüía en El Salvador: respuesta y mitigación. Estudio de caso*, San Salvador, 2002.

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Desplazados internos, 411-2017, 13 de julio de 2018.

Desinventar, “Sendai Framework for Disaster Risk Reduction”. Disponible en: <https://www.desinventar.net/DesInventar/profiletab.jsp?countrycode=slv&continue=y>.

Eckstein, D. *et al.*, *Climate Change Index 2009*, 2018. Disponible en <https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/publication/1613.pdf>

FAO, “El Salvador, el país más afectado por la sequía”, *El Diario de Hoy*, 16 de agosto de 2018.

\_\_\_\_\_, *Estudio de caracterización del Corredor Seco Centroamericano (Países CAS-4)*, Honduras, Ideas Litográficas, 2012.

Huntington, E., *The Pulse of Asia: A Journey in Central Asia Illustrating the Geographic Basis of History*, Boston, Houghton, Mifflin and Co., 1907.

Internal Displacement Monitoring Centre, Global Internal Displacement Database |IDMC, 2017. Disponible en <http://www.internal-displacement.org/database/displacement-data>

IPCC, *Managing the Risks of Extreme Events and Disasters*, 2012, Disponible en <https://doi.org/10.1017/CBO9781139177245>

Kropotkin, P., *Mutual aid: A Factor of Evolution*, Londres, Heinemann, 1908.

MARN, *Análisis estadístico de los datos de precipitación realizadas en las diferentes estaciones de El Salvador*, San Salvador, 2011.

OIM, *Migración y cambio climático*, (31), 64, 2008. Disponible en: [https://doi.org/10.1007/978-0-387-74161-1\\_20](https://doi.org/10.1007/978-0-387-74161-1_20)

ONU, *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*, vol. FCCC/Infor, 1992, p. 27.

Piguet, E., *From “Primitive Migration” to “Climate Refugees”. The Curious Fate of the Natural Environment in Migration Studies*, *Annals of the Association of American Geographers*, 103:1, 2013, pp. 148-162. DOI: 10.1080/00045608.2012.696233.

\_\_\_\_\_, *From “Primitive Migration” to “Climate Refugees”*. *The Curious Fate of the Natural Environment in Migration Studies, Annals of the Association of American Geographers*, 103:1, 2013, pp. 148-162. DOI: 10.1080/00045608.2012.696233.

PNUD, *El Salvador: respuesta humanitaria a la sequía*, 15 de noviembre de 2018. Disponible en: [http://www.sv.undp.org/content/el\\_salvador/es/home/ourwork/crisispreventionandrecovery/successstories/el-salvador--respuesta-humanitaria-a-la-sequia.html](http://www.sv.undp.org/content/el_salvador/es/home/ourwork/crisispreventionandrecovery/successstories/el-salvador--respuesta-humanitaria-a-la-sequia.html)

Ravenstein, E., “The Laws of Migration”, *Journal of the Statistical Society of London*, 48 (2), 1885, pp. 167-235. DOI:10.2307/2979181.

Rigaud, K. K. *et al.*, *Preparing for Internal Climate Migration*, Washington, DC, The World Bank, 2018. Disponible en: <https://doi.org/doi.org/10.7916/D8Z33FNS>

UNISDR, *Informe regional del estado de la vulnerabilidad y riesgos de desastres en Centroamérica*, 2013. Disponible en: <https://doi.org/10.1590/S0100-72032005001100008>.

## 5. LA PROTECCIÓN DE PERSONAS DESPLAZADAS INTERNAS EN EL SALVADOR. AVANCES, DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES\*

Brenda Raquel Romero Arias

### I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad Latinoamérica está experimentando un incremento sin precedentes de los índices de movilidad humana debido a distintos factores: la violencia en el Triángulo Norte de Centroamérica y México, la situación política en Nicaragua y en Venezuela y la violencia que aún se experimenta en distintas regiones de Colombia, afectada durante décadas por el conflicto armado. Estos flujos migratorios evidencian las crisis humanitarias que generan los desplazamientos y las necesidades de protección de los migrantes, solicitantes de asilo y refugio y personas desplazadas internas.

En este artículo me referiré al fenómeno de desplazamiento interno que tiene lugar en El Salvador, uno de los tres países que conforman la región conocida como “Triángulo Norte de Centro-

\* Este artículo fue escrito en noviembre de 2018 (nota del autor).

américa” (TNC), caracterizada desde hace algunos años por sus elevados índices de violencia, que la sitúan como una de las regiones sin conflicto armado con mayor número de muertes violentas en el mundo, en la que además se producen afectaciones a derechos fundamentales a escala masiva por la criminalidad organizada.

El objetivo es ofrecer un diagnóstico sobre este estado de cosas. Con ello intentaré explicar, de manera puntual, el contexto en el que tiene lugar este fenómeno y sus principales causas, así como las respuestas institucionales —tardías e ineficaces— al accionar de las pandillas y la negativa reiterada de las instituciones encargadas de la política de seguridad de reconocer el fenómeno de desplazamiento forzado. Además, me referiré a los avances en la protección de los derechos fundamentales de las personas desplazadas internas y los principales desafíos que conlleva uno de los más recientes pronunciamientos de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: la sentencia del proceso de amparo 411-2017. Por último, analizaré si en este contexto existe la posibilidad de encontrar oportunidades para revertir de manera progresiva la situación actual de violencia que genera el desplazamiento forzado en El Salvador.

## II. CONTEXTO

El Salvador sufre una crisis humanitaria a causa de la violencia y de la inseguridad que afectan a muchas comunidades pobres y marginadas. Esta situación ha dado lugar a un fenómeno de desplazamiento interno y al incremento de los flujos migratorios hacia otros países, principalmente hacia los Estados Unidos de América. También han aumentado de manera exponencial las solicitudes de protección internacional de salvadoreños, bajo las figuras del asilo y del refugio.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> En la tradición latinoamericana ha habido una tendencia a separar ambas figuras debido a que los tratados regionales (en el ámbito de la OEA) se han en-

Sin embargo, la situación de violencia en este país no es aislada. Durante los últimos años la comunidad internacional ha prestado especial atención al TNC, un espacio geográfico que El Salvador comparte con Guatemala y Honduras, en el que hay presencia numerosa de pandillas o “maras”, narcotraficantes y otros grupos de crimen organizado que causan terror y graves daños a la población. Los homicidios, las extorsiones, la violencia sexual, el reclutamiento forzoso de niños y adolescentes y las amenazas figuran entre los hechos violentos más recurrentes en los territorios del TNC controlados por las pandillas.<sup>2</sup>

El Salvador es indiscutiblemente un país con altos índices de movilidad humana, en el que confluyen las calidades de país de origen, de tránsito y de retorno de personas desplazadas. Durante las últimas décadas se han registrado elevados flujos migratorios hacia

---

focado en el asilo como mecanismo de protección de quienes son perseguidos en sus países de origen o de residencia, por atribuírseles la comisión de delitos políticos o de delitos comunes conexos con delitos políticos, mientras que el Derecho Internacional de los Refugiados se ha orientado a proteger a personas que sufren persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opiniones políticas. Sin embargo, como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de una interpretación de los artículos XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “el asilo es la figura rectora que recoge la totalidad de las instituciones vinculadas a la protección internacional de las personas forzadas a huir de su país de nacionalidad o residencia habitual”, es decir, tanto el asilo “político” (territorial y diplomático) como el refugio. Ello explica por qué en la actualidad ambas figuras están siendo utilizadas con fines humanitarios. *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva OC-25/18: *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 30 de mayo de 2018.

<sup>2</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Memorias del trigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados*, 2015, p. 138. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10243.pdf> [fecha de consulta: 29 de septiembre, 2018].

el exterior de sus fronteras. Ello explica por qué en la actualidad se estima que el 27% de sus nacionales residen en los Estados Unidos de América.<sup>3</sup> Si bien este fenómeno responde a distintas causas, como la pobreza y la búsqueda de reunificación familiar, es innegable que la situación de violencia y de inseguridad ha incidido notoriamente en el incremento de los flujos migratorios y de las solicitudes de protección internacional durante los últimos años.

Según el informe sobre Tendencias Globales de Desplazamiento Forzado en 2017, publicado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), los salvadoreños constituyeron por segundo año consecutivo la nacionalidad con mayor número de solicitudes de asilo presentadas a los Estados Unidos de América, con un total de 49 500 solicitudes,<sup>4</sup> es decir, un 32% más que en 2016,<sup>5</sup> cuando ascendieron a 33 600 —casi el doble de las 18 900 presentadas en 2015—. Sin embargo, la cifra total de solicitudes de asilo de salvadoreños en 2017, en todos los países de destino, fue de 59.400 y hasta la fecha de finalización del informe había 104 900 peticiones de asilo pendientes de resolver y un total de 25 879 refugiados.

Las estadísticas de solicitudes de asilo y de refugio de salvadoreños se explican al analizar el contexto de violencia que afecta a distintas comunidades altamente vulnerables que son controladas por las pandillas. Desde hace algunos años este Estado de poco más de 20 000 km<sup>2</sup> de territorio, que se caracteriza por tener la mayor

<sup>3</sup> Carlos Sandoval García, *No más muros. Exclusión y migración forzada en Centroamérica*, San José, Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad de Costa Rica / UCR, 2015, p. xviii.

<sup>4</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Tendencias globales. Desplazamiento forzado en 2017*, p. 40. Disponible en <http://www.acnur.org/5b2956a04.pdf> [Fecha de consulta: 28 de septiembre, 2018].

<sup>5</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados: *Desplazamiento forzado. Tendencias globales en 2016*. Disponible en <http://www.acnur.org/5ab1316b4.pdf> [Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2018], p. 40.

densidad poblacional de Centroamérica,<sup>6</sup> alberga en ese reducido territorio a una alta cantidad de miembros de pandillas —la mayor concentración per cápita en los países de Centroamérica—<sup>7</sup> que, según informes no oficiales, podría superar los 60 000. Esta cantidad es mayor que el número de efectivos de la Policía Nacional Civil (PNC) y de la Fuerza Armada, considerados de manera conjunta.<sup>8</sup>

Desde hace algunos años El Salvador ha sido catalogado como uno de los países sin conflicto armado con mayores índices de violencia en el mundo. En 2015, tras el fin de la tregua entre pandillas, las estadísticas de homicidios alcanzaron su nivel más alto desde que finalizó el conflicto armado, en enero de 1992. Según datos del Instituto de Medicina Legal, adscrito a la Corte Suprema de Justicia, ese año se registraron 6.656 reconocimientos realizados por médicos forenses a personas fallecidas en hechos violentos,<sup>9</sup>

<sup>6</sup> El censo de 2007, publicado por la Dirección General de Estadísticas y Censos, es el último informe oficial sobre población. En ese año se registró un total de 5.744.113 habitantes, de los cuales 1.567.156 se concentraban en el departamento de San Salvador. Si bien no se ha llevado a cabo un nuevo censo de población, los informes no oficiales indican que la población de El Salvador es de aproximadamente 6.5 millones de personas.

<sup>7</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Directrices de elegibilidad para la evaluación de las necesidades de protección internacional de los solicitantes de asilo procedentes de El Salvador*. Disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10786.pdf> [Fecha de consulta: 10 de octubre, 2018], p. 10. En igual sentido, véase Sarnata Reynolds, *Huir o quedarse, un acto suicida: desplazamiento interno en El Salvador*. Disponible en <http://www.refworld.org/es/docid/55c468504.html> [fecha de consulta: 12 de octubre, 2018], p. 5.

<sup>8</sup> *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los Desplazados Internos de Naciones Unidas acerca de su visita a El Salvador*. Disponible en <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/G1811667%20%281%29.pdf> [Fecha de consulta: 30 de septiembre, 2018], p. 4.

<sup>9</sup> Instituto de Medicina Legal, *Reconocimientos realizados por médicos forenses a personas fallecidas en hechos de violencia (homicidios) en 2015*. Disponible en <http://www.transparencia.oj.gob.sv/es/buscar> [Fecha de consulta: 27 de septiembre de 2018].

cifra muy superior a la registrada en 2014 (3.912)<sup>10</sup> y 2013 (2.513).<sup>11</sup> Los homicidios han disminuido desde 2016,<sup>12</sup> pero el crimen organizado continúa causando severos daños en las comunidades más laceradas por la violencia y en las personas que se ven obligadas a desplazarse.

Los elevados índices de impunidad agravan este estado de cosas. Según el informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos de la ONU, respecto de su visita a El Salvador en agosto de 2017, menos del 5% de las denuncias finalizan con una condena.<sup>13</sup> Como consecuencia de ello, las víctimas han perdido la confianza en las instituciones encargadas de la investigación y de la sanción del delito, de manera que, ante las amenazas, abandonan sus hogares, ensanchando así las estadísticas de desplazamiento forzado.<sup>14</sup>

Este contexto está generando además un grave impacto en la economía del país. Solo en 2014 la situación de violencia tuvo un costo en la economía salvadoreña del 16.0% de su PIB, es decir, de

<sup>10</sup> Instituto de Medicina Legal, *Reconocimientos realizados por médicos forenses del Instituto de Medicina Legal (IML) de homicidios consensuados entre IML, FRG y PNC*. Disponible en <http://www.transparencia.oj.gob.sv/es/buscar> [Fecha de consulta: 27 de septiembre de 2018].

<sup>11</sup> Instituto de Medicina Legal, *Total de homicidios año 2013, según base de datos del Instituto de Medicina Legal, cotejada y consensuada con F.G.R. y la P.N.C.* Disponible en <http://www.transparencia.oj.gob.sv/es/buscar> [Fecha de consulta: 27 de septiembre, 2018].

<sup>12</sup> En 2016 se registraron 5 280 homicidios y en 2017 disminuyeron a 3 962. Se trata, en todo caso, de cifras alarmantes en relación con el número de habitantes del país y con su extensión territorial.

<sup>13</sup> Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los Desplazados Internos de Naciones Unidas, *cit.*, p. 7.

<sup>14</sup> Médicos Sin Fronteras, *Forzados a huir del Triángulo Norte de Centroamérica: una crisis humanitaria olvidada*. Disponible en [https://www.msf.mx/sites/mexico/files/attachments/msf\\_forzados-a-huir-del-triangulo-norte-de-centroamerica\\_0.pdf](https://www.msf.mx/sites/mexico/files/attachments/msf_forzados-a-huir-del-triangulo-norte-de-centroamerica_0.pdf) [Fecha de consulta 10 de octubre, 2018], p. 8.

\$4.026.3 millones,<sup>15</sup> cantidad que ese año fue equivalente al total de las remesas familiares que se recibieron en El Salvador (\$4.154.2 millones), a la recaudación total de impuestos (\$4.131.7 millones), dos veces la factura petrolera (\$1.666.2 millones) y la mitad de los depósitos bancarios en el sistema financiero (\$9.119.7 millones).<sup>16</sup>

### III. CAUSAS Y RESPUESTAS INSTITUCIONALES

Distintos estudios sitúan el surgimiento de las maras en barrios pobres de algunas grandes ciudades de los Estados Unidos de América, principalmente en Los Ángeles. Durante el conflicto armado interno de los años ochenta una gran cantidad de nacionales emigró hacia ese país para no sufrir las consecuencias de la guerra. Su principal destino fue los Estados Unidos de América y algunos de ellos, motivados entre otros factores por las dificultades de integración social y económica, se involucraron con grupos de pandillas que transformaron en grupos delictivos cada vez más violentos.

Posteriormente, se produjeron deportaciones masivas de salvadoreños,<sup>17</sup> entre ellos grupos de pandilleros que se instauraron en comunidades con poca presencia estatal, quienes reclutaron a otros miembros, principalmente jóvenes. La falta de presencia del Estado y de políticas públicas que permitieran su reinserción social y económica favoreció su acogimiento en las comunidades recep-

<sup>15</sup> Banco Central de Reserva de El Salvador, *Estimación del Costo Económico de la Violencia en El Salvador*. Disponible en <http://passthrough.fwnotify.net/download/303816/http://www.bcr.gob.sv/bcrsite/uploaded/content/category/494397239.pdf> [Fecha de consulta 26 de septiembre, 2018], p. 30.

<sup>16</sup> *Ibid*, p. 31.

<sup>17</sup> Según Sarnata Reynolds, “a partir de 1996, miles de personas fueron deportadas a El Salvador en un proceso descrito como una ‘migración no intencional de pandillas patrocinada por el Estado’. Hacia 2005, El Salvador tenía 10 000 miembros activos de pandillas”. Sarnata Reynolds, *Huir o quedarse...*, cit., p. 4.

toras. Las pandillas “MS-13” o “Mara Salvatrucha” y “Barrio 18” o “Mara 18” experimentaron un rápido crecimiento y correlativamente su expansión territorial. Iniciaron un proceso de control de territorios y de la población, así como la disputa de sus zonas de control con el resto de grupos delictivos.

Con el paso de los años las maras desarrollaron una organización compleja, estructurada y jerarquizada, de alcance transnacional. Diversos estudios sobre dichos grupos delictivos señalan como principales características de su actuar: el dominio territorial que ejercen y la disputa que mantienen por expandir ese dominio a otras comunidades, inclusive a los territorios dominados por pandillas contrarias; poseen una estructura y organización compleja, con cadenas de mando, reglas para operar que requieren de la sumisión de los mandos bajos e implican una distribución de funciones; obtienen fondos de procedencia ilícita —extorsiones, robos, hurtos, narcotráfico— que a su vez utilizan para financiar más actividades delictivas; reclutan forzosamente a niños y adolescentes para que se incorporen a sus líneas criminales o colaboren con ellas; controlan la circulación de las personas que viven o transitan por las comunidades que dominan y generan terror en la población con la constante amenaza de ocasionar daños a bienes jurídicos como la vida y la integridad física.

Como resultado del desbordamiento de la violencia, desde inicios de la década pasada las instituciones del Estado encargadas de la política de seguridad optaron por reprimir a los miembros de pandillas con políticas de “mano dura”<sup>18</sup>, una manifestación del “populismo penal” que no abordó sus causas estructurales y no tuvo entre sus ejes la prevención ni la resocialización de los de-

<sup>18</sup> Se trata de una política orientada a controlar y a reprimir a los miembros de las pandillas, que inició con la aprobación de la “Ley Antimaras”, en octubre de 2003, y continuó con el endurecimiento de penas y legislación especializada que proscribieron estos grupos criminales. Sobre este tópico véase Sonja Wolf, *Mano dura: The Politics of Gang Control in El Salvador*, Texas, University of Texas Press, 2017.

lincuentes. Se ha comprobado que las medidas adoptadas por las autoridades desde hace más de dos décadas han sido inefectivas y que algunas de ellas incluso favorecieron la organización de las pandillas, como ocurrió con la segregación de las cárceles según la pertenencia a una determinada pandilla. Finalmente, desde hace algunos años se ha generalizado en autoridades del Órgano Ejecutivo, de la Fiscalía General de la República e incluso del Órgano Judicial,<sup>19</sup> una postura que atribuye a dichas organizaciones criminales la calidad de “grupos terroristas”.

#### IV. UNA APROXIMACIÓN AL FENÓMENO

Durante los últimos años el TNC y, particularmente, El Salvador están experimentando un fenómeno de desplazamiento interno a causa de la violencia. Ello es resultado del control territorial que las maras han ejercido de manera progresiva sobre comunidades pobres y marginadas y de la disputa permanente que mantienen para expandir ese control a otros territorios. Este poder que ejercen les permite vigilar la circulación de quienes viven o transitan por las comunidades que dominan; definir los centros de estudio de niñas, niños y adolescentes, de manera que estos no pueden asistir a escuelas que se ubiquen en territorios dominados por pandillas contrarias ni transitar por ellas;<sup>20</sup> controlar e incluso paralizar el servicio de transporte público de pasajeros, del cual depende la movilidad de la mayoría de la población.

<sup>19</sup> Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 24 de agosto de 2015, Inconstitucionalidad 22-2007.

<sup>20</sup> Consejo Noruego para los Refugiados, *El desplazamiento emerge como consecuencia de la violencia en América Latina. Consecuencias humanitarias y necesidades de protección*, 2014. Disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9863.pdf?file=t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9863>, p. 6.

La presencia del Estado en esas comunidades es deficitaria y ello da lugar a que las pandillas impongan sus reglas y su voluntad frente a los grupos de personas que se encuentran sometidos a su control. Ante las amenazas y la misma situación de inseguridad, los habitantes de las zonas más críticas optan por desplazarse a otros lugares al interior del territorio en búsqueda de seguridad, por solicitar la protección internacional.<sup>21</sup>

El desplazamiento interno que se experimenta en El Salvador tiene características propias que lo distinguen de otros supuestos originados por conflictos armados. Es más bien el resultado de un fenómeno de violencia generalizada en las comunidades de origen y de afectaciones masivas y sistemáticas a derechos fundamentales ocasionadas por grupos criminales. En algunos municipios se han producido desplazamientos de comunidades enteras debido a que los pandilleros han exigido el abandono de las viviendas para consolidar su dominio exclusivo sobre los territorios.<sup>22</sup> Pero la violencia que provoca estos desplazamientos también proviene de agentes estatales<sup>23</sup> y del uso desproporcionado de la fuerza que estos ejercen sobre población joven de las comunidades más críticas.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Según el informe publicado por el ACNUR, la UCA y la OIM en 2014, “las personas que se marchan por la violencia ocasionada por las pandillas lo hacen de manera casi inmediata, sin mediar mayor planificación para el viaje, con los recursos que tienen a la mano y la mayoría sin la compañía de un coyote”. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” y Organización Internacional para las Migraciones, *Diagnóstico sobre la caracterización de la población salvadoreña retornada con necesidades de protección*, 2014. Disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9676.pdf> [fecha de consulta: 6 de octubre, 2018].

<sup>22</sup> Periódico digital El Faro: *El primer refugio de desplazados en tiempos de paz*. En <https://elfaro.net/es/201609/salanegra/19322/El-primer-refugio-de-desplazados-en-tiempos-de-paz.htm> [fecha de consulta: 25 de octubre, 2018].

<sup>23</sup> *Informe de Registro de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos sobre Desplazamiento Forzado*, 2016, p. 15.

<sup>24</sup> Instituciones como la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos han acusado a los cuerpos de seguridad de ser responsables de ejecuciones

Según la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos, en El Salvador este fenómeno “se caracteriza por el desplazamiento numeroso y disperso de personas y familias de distintas localidades debido a actos de violencia, amenazas o intimidación localizados, lo que lo distingue del desplazamiento en masa que se observa durante los conflictos internos”.<sup>25</sup> Además, afirma que este colectivo es invisibilizado debido a que opta por trasladarse en silencio y por mantenerse en el anonimato en sus lugares de destino, frente al temor de que las amenazas se materialicen en atentados directos a sus vidas y a sus núcleos familiares.

Aún no se cuenta con datos reales sobre la magnitud del fenómeno debido a que las instituciones públicas no han elaborado un registro de la población desplazada. Tampoco hay consenso sobre las estadísticas de desplazados que manejan los organismos internacionales y las organizaciones no gubernamentales. Por ejemplo, el ACNUR estima en su informe sobre tendencias globales de desplazamiento forzado en 2017 que dicha población podría estar constituida por aproximadamente 71 500 personas,<sup>26</sup> mientras que el Consejo Noruego para los Refugiados afirma que en 2017 hubo 296 000 nuevos desplazamientos<sup>27</sup> y calcula que en 2016 hubo cerca de 220 000 casos de personas forzadas a huir de sus hogares.<sup>28</sup>

---

extrajudiciales y la Sala de lo Constitucional ha conocido procesos de *habeas corpus* sobre desapariciones forzadas de jóvenes en el contexto de operativos de combate a las pandillas. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sentencias de 13 de enero de 2017 y de 7 de marzo de 2018, Hábeas Corpus 40-2015 y 406-2015.

<sup>25</sup> *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los Desplazados Internos acerca de su Visita a El Salvador*, cit., p. 6.

<sup>26</sup> ACNUR: *Tendencias globales. Desplazamiento forzado en 2017*, cit., p. 71.

<sup>27</sup> Consejo Noruego para los Refugiados, *Global Report on Internal Displacement 2018*. Disponible en <http://www.internal-displacement.org/global-report/grid2018/downloads/2018-GRID.pdf> [Fecha de consulta: 8 de octubre de 2018].

<sup>28</sup> Consejo Noruego para los Refugiados, *Informe mundial sobre desplazamiento interno 2017*. Disponible en <http://www.internal-displacement.org/global-report/>

Existen informes adicionales de organizaciones públicas y privadas del ámbito nacional e internacional, como la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH), la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” y el Instituto de Derechos Humanos de dicha Universidad (IDHUCA), el Consejo Noruego para los Refugiados<sup>29</sup> y la Mesa de Sociedad Civil contra el Desplazamiento Forzado por Violencia y Crimen Organizado en El Salvador<sup>30</sup> que profundizan sobre este fenómeno. Todos ellos coinciden en que el desplazamiento interno tiene una magnitud amplia y que adicionalmente se están registrando altos índices de migración a causa de los altos índices de violencia registrados en distintas zonas del país.

## V. LA SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD DE LAS PERSONAS DESPLAZADAS INTERNAS

Las personas que se desplazan forzosamente se encuentran en situación de vulnerabilidad debido al contexto mismo de la movilidad; a las precariedades que padecen por sus condiciones socioeconómicas; a los riesgos adicionales que experimentan niñas, niños y adolescentes; a las consecuencias emocionales del desarraigo de

---

grid2017/downloads/IDMC-GRID-2017-Highlights\_embargoed-SP.pdf [Fecha de consulta: 25 de julio, 2018], p. 6.

<sup>29</sup> Consejo Noruego para los Refugiados, *Menos promesas, más soluciones. Marco de respuesta integral para los refugiados El Salvador-Honduras*. Disponible en <http://www.nrc.org.co/documentos-nrc/> [Fecha de consulta: 28 de octubre, 2018].

<sup>30</sup> Mesa de Sociedad Civil contra el Desplazamiento Forzado por Violencia y Crimen Organizado en El Salvador, *Desplazamiento interno por violencia y crimen organizado en El Salvador*, 2016. Disponible en <https://static1.squarespace.com/static/5784803ebe6594ad5e34ea63/t/5880c66b2994ca6b1b94bb77/1484834488111/Desplazamiento+interno+por+violencia+-+Informe+2016.pdf> [Fecha de consulta: 25 de agosto de 2018].

sus comunidades de origen e incluso a la violencia por razón de género en esas comunidades o en las de destino.<sup>31</sup>

Las personas desplazadas internas son víctimas de afectaciones sistemáticas y continuadas de derechos fundamentales, en un inicio en sus comunidades de origen, debido al control territorial que en ellas ejercen las maras y a las amenazas constantes que estos grupos delictivos les ocasionan, pero también a la victimización directa,<sup>32</sup> es decir, a los crímenes que contra ellos o sus grupos familiares cometen los miembros de pandillas. La decisión de permanecer en sus comunidades los expone a riesgos de sufrir ataques contra bienes jurídicos como la vida, la integridad física y la libertad sexual. Pero además, cuando optan por desplazarse sufren afectaciones directas a sus derechos a la libertad de circulación y de residencia<sup>33</sup> y, de manera colateral, a los derechos a la educación, a la salud, al trabajo y a la propiedad.

Estas afectaciones, además de ser sistemáticas, son continuadas, pues permanecen en el tiempo mientras las personas desplazadas internas tengan esa calidad, es decir, mientras no se garantice su retorno a sus residencias o su reasentamiento<sup>34</sup> en otros lugares que

<sup>31</sup> Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW): *Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19*, del 26 de julio de 2017.

<sup>32</sup> Según el Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, “las amenazas, intimidaciones o coacción son la principal causa de desplazamiento (69%), mientras que la extorsión es la segunda causa (24%) y la situación de inseguridad, la tercera (20%)”. Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, *Caracterización de la movilidad interna a causa de la violencia en El Salvador*. Disponible en <http://www.refworld.org/es/pdfid/5ab96d624.pdf> [Fecha de consulta: 10 de septiembre, 2018], p. 7.

<sup>33</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso V.R.P. y V.P.C. contra Nicaragua*, Sentencia de 8 de marzo de 2018, párr. 309.

<sup>34</sup> Sobre la naturaleza continuada de las afectaciones a derechos de las personas desplazadas internas, véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Moiwana vs Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005, párr. 108.

cumplan con estándares de seguridad.<sup>35</sup> Las personas desplazadas internas también tienen la posibilidad de migrar a otros países y de solicitar la protección internacional bajo el estatuto de refugiados, pero aun en estos casos persiste la vulneración del derecho a no ser desplazado forzadamente<sup>36</sup> y se ven sometidos a procesos burocráticos para que se reconozca a su favor la condición de refugiados.

En esta coyuntura algunos colectivos se encuentran en una situación de vulnerabilidad acentuada. Por ejemplo, las mujeres —niñas, adolescentes y mujeres adultas— están expuestas a ser víctimas de violencia sexual, tanto en sus comunidades de origen como en los sitios a los que se desplazan.<sup>37</sup> Los niños y adolescentes son también un colectivo vulnerable debido a que son objeto de reclutamiento forzado por los grupos criminales o les exigen colaboración para cometer hechos delictivos. Los campesinos y las comunidades indígenas que residen en municipios con altos índices de violencia<sup>38</sup> también se encuentran expuestos a sufrir consecuencias

<sup>35</sup> En el ejemplo colombiano se ha comprobado que el desplazamiento forzado interno tiene otras repercusiones en quienes lo sufren. Por ejemplo, como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso de las Masacres de Ituango vs Colombia*. Sentencia del 1o. de julio de 2006: “dentro de los efectos nocivos que provoca el desplazamiento forzado interno, se han destacado la pérdida de la tierra y de la vivienda, la marginación, graves repercusiones psicológicas, el desempleo, el empobrecimiento y el deterioro de las condiciones de vida, el incremento de las enfermedades y de la mortalidad, la pérdida del acceso a la propiedad entre comuneros, la inseguridad alimentaria y la desarticulación social”.

<sup>36</sup> Este derecho ha sido reconocido en reiterada jurisprudencia de la Corte Inteamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, en el *Caso V.R.P. y V.P.C. contra Nicaragua*, *cit.*, párr. 308.

<sup>37</sup> Con relación al perfil demográfico de la población que se ha desplazado internamente por la violencia, el Ministerio de Justicia y de Seguridad Pública ha señalado que se trata principalmente de grupos familiares jóvenes, con miembros entre los 12 y los 29 años de edad, en condición de vulnerabilidad socioeconómica, y que el 54% de las personas comprendidas en su informe son mujeres.

<sup>38</sup> El Salvador tiene poca presencia de comunidades indígenas, como resultado de distintos acontecimientos que coadyuvaron a su reducción paulatina, entre ellos la masacre de 1932, de la que se estima hubo más de 30 000 víctimas

graves ante el desplazamiento forzado, particularmente debido a su vinculación material e incluso espiritual con sus tierras.<sup>39</sup> Los adultos mayores son también vulnerables frente a este fenómeno, en virtud del deterioro progresivo de su fuerza física, por lo que requieren que se les garantice el derecho fundamental del adulto mayor a la protección del Estado.<sup>40</sup> Los familiares de los cuerpos de seguridad también requieren de medidas de protección preventivas debido a que son objetos de amenazas e incluso de ataques de los grupos criminales. Finalmente, el informe de la Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los Desplazados Internos también visibiliza la vulnerabilidad de miembros de la comunidad LGBTI frente al temor constante de ser víctimas de discriminación y de crímenes de odio.<sup>41</sup>

En El Salvador esta situación de vulnerabilidad de las personas desplazadas internas se ha visto agravada debido a la negativa reiterada de distintas instituciones públicas de reconocer el fenómeno de desplazamiento forzado a causa de la violencia y de abordar sus causas estructurales. Por ejemplo, el Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, principal responsable de la política de seguridad, sostiene que sólo el 1.1% de los desplazamientos son producto de

---

de comunidades indígenas. Sin embargo, en algunos municipios donde aún hay presencia de estas comunidades tienen altos índices delincuenciales, como ocurre con Panchimalco y Nahuizalco, donde ya se han registrado casos de desplazamiento forzado por la violencia.

<sup>39</sup> César Landa, *Los derechos fundamentales de los grupos vulnerables en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en Pablo Santolaya Macheti e Isabel Wences [eds.], “La América de los derechos”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, pp. 233-234.

<sup>40</sup> Este derecho ha sido reconocido por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 22-XII-2017, Amparo 370-2015. En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Poblete Vilches y otros vs Chile*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 8 de marzo de 2018.

<sup>41</sup> Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los Desplazados Internos de Naciones Unidas, *cit.*, p. 9.

la violencia<sup>42</sup> y, por ello, ha negado reiteradamente la existencia del fenómeno de desplazamiento forzado interno. Esta falta de reconocimiento del fenómeno es correlativa a la omisión de las autoridades competentes de diseñar e implementar políticas públicas y protocolos de actuación para atender el fenómeno y, además, a la falta de reconocimiento de los desplazados como víctimas de esta situación de violencia estructural.<sup>43</sup>

Esta falta de diligencia debida de las instituciones públicas es particularmente grave debido a que, como ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), las personas desplazadas internas se encuentran en una situación de vulnerabilidad aun mayor que otros colectivos que se desplazan forzosamente, como los refugiados, pues éstos al menos han accedido a la protección de otros Estados<sup>44</sup> y el Derecho Internacional reconoce a su favor el *principio de no devolución*,<sup>45</sup> mientras que la protección

<sup>42</sup> Ministerio de Justicia y Seguridad Pública: *Caracterización de la movilidad interna...*, p. 7.

<sup>43</sup> La Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos, aprobada en 2006, prevé mecanismos de protección de víctimas y testigos, incluso su incorporación en albergues, pero su ámbito de protección se restringe a quienes participan como víctimas o testigos en las investigaciones o durante el curso de los procesos penales, de manera que, el mero hecho de tener la calidad de desplazado interno no garantiza que una persona será beneficiada con los mecanismos de protección regulados en esa ley.

<sup>44</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Movilidad Humana: Estándares Interamericanos. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata y desplazados internos: normas y estándares del sistema interamericano de derechos humanos*. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf> [Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2018], p. 31.

<sup>45</sup> Según el principio de *non-refoulement* o no devolución, reconocido en el art. 3 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, “[n]ingún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.

y la asistencia humanitaria de las personas desplazadas internas depende directamente del Estado en el que residen.

## VI. AVANCES

La PDDH y la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia han emitido importantes pronunciamientos a favor de las personas desplazadas internas. En su Informe de Registro sobre Desplazamiento Forzado, de agosto de 2016, la PDDH publicó las estadísticas de personas en situación de desplazamiento que habían acudido ante sus oficinas para solicitar protección,<sup>46</sup> pero además reconoció la existencia del fenómeno de desplazamiento forzado e instó a las instituciones responsables a diseñar políticas públicas para proteger a dicho colectivo.

El 13 de julio de este año la Sala de lo Constitucional emitió la sentencia del proceso 411-2017,<sup>47</sup> en la que se pronunció sobre la demanda que interpuso un grupo familiar de 33 personas compuesto por ocho núcleos familiares que sufrieron dos desplazamientos debido a atentados directos de pandilleros del Barrio 18 y de un hecho violento que involucró a agentes del Estado. Los demandantes reclamaron por la falta de diligencia en las investigaciones de sus denuncias, atribuida a autoridades policiales y fiscales, pero también por omisiones legislativas y de políticas públicas.

<sup>46</sup> Según el informe, entre agosto de 2014 y diciembre de 2015 la PDDH registró 146 casos de desplazamiento interno por violencia, con un total de 623 víctimas. El 86% de ellas abandonó sus hogares debido a las amenazas de miembros de pandillas, de personas que tienen vínculos con ellas, de otros grupos criminales e incluso de agentes de las fuerzas de seguridad del Estado. *Cfr. Informe de registro de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos sobre Desplazamiento Forzado*, agosto de 2016, p. 15.

<sup>47</sup> Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia de 13 de julio de 2018, Amparo 411-2017.

La Sala de lo Constitucional amparó a los demandantes y, como efecto de la sentencia, ordenó a los titulares de la Fiscalía General de la República y de la PNC que realizaran investigaciones diligentes, exhaustivas y concluyentes sobre los delitos de los que habían sido víctimas los demandantes. Pero el tribunal advirtió que los peticionarios del amparo formaban parte de todo un colectivo de personas que han sido forzadas a abandonar sus residencias debido a la violencia en sus comunidades<sup>48</sup> y, por ello, ordenó a la Asamblea Legislativa, al Ministro de Justicia y de Seguridad Pública, a la Comisión Coordinadora y a la titular de la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia (UTE)<sup>49</sup> que, de manera conjunta y en coordinación con otras instituciones públicas, reconocieran legalmente a los desplazados internos su calidad de sujetos de derechos, diseñaran e implementaran políticas públicas y protocolos de actuación orientados a prevenir el desplazamiento forzado y brindaran medidas de protección a quienes ya se encuentran en condición de desplazamiento. Finalmente, para garantizar a las personas desplazadas internas algunos derechos que el Derecho internacional reconoce a su favor, entre ellos la posibilidad de retorno a sus residencias, la Sala de lo Constitucional ordenó medidas orientadas a la recuperación progresiva de los territorios que

<sup>48</sup> Debido a la complejidad del caso, el tribunal acudió al análisis de contexto, siguiendo sus propios precedentes sobre derecho a la verdad y desapariciones forzadas, pero también aplicando estándares de tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Caso Veliz Franco vs Guatemala*, Sentencia de 19 de mayo de 2014, párr. 65 y siguientes) y la Corte Penal Internacional, en su pronunciamiento sobre la situación en la República Democrática del Congo (*Caso del Fiscal vs Germain Katanga y otro*).

<sup>49</sup> Se trata de un ente colegiado compuesto por los titulares de las instituciones del sector de justicia: la Fiscalía General de la República, la Corte Suprema de Justicia, la Procuraduría General de la República, el Consejo Nacional de la Judicatura y el Ministerio de Justicia y Seguridad Pública.

actualmente están controlados por las pandillas y políticas sociales que deberán ser coordinadas por el Órgano Ejecutivo.<sup>50</sup>

## VII. DESAFÍOS

Dicha sentencia constituye en sí misma un avance en el acceso a la justicia de las personas desplazadas internas y en la protección de sus derechos. Sin embargo, este pronunciamiento conlleva importantes desafíos para el Gabinete de Seguridad, la Asamblea Legislativa y las instituciones del sector de justicia, pues tienen el reto de diseñar e implementar medidas complejas e integrales para abordar el fenómeno de la violencia, recuperar progresivamente el control sobre los territorios dominados por las pandillas y evitar futuros desplazamientos. Estas soluciones estructurales deben ser diseñadas atendiendo al contexto salvadoreño, pues no se trata de trasladar los modelos de protección que han sido diseñados para contextos distintos, como ocurre con los conflictos armados.<sup>51</sup> Por

<sup>50</sup> En principio, la jurisdicción constitucional salvadoreña no controla omisiones de políticas públicas, pero en supuestos complejos como éste ha respondido a la situación de vulnerabilidad de los demandantes y de otros sujetos en condiciones similares, pero también a las prolongadas ausencias de respuestas de las instituciones públicas que favorecen la continuidad de afectaciones a esos derechos, controlando dichas omisiones y ordenando medidas de realización complejas para proteger sus derechos. La Sala de lo Constitucional ha seguido la tradición de algunos tribunales activistas en la protección de derechos fundamentales de grupos en situación de vulnerabilidad, como el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el periodo del *Chief Justice* Earl Warren (1953 a 1969), la Corte Constitucional de Colombia, la Corte Constitucional de Sudáfrica y la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>51</sup> El caso colombiano es ejemplo mundial, pero atiende a un contexto distinto: el de un conflicto armado interno. Cabe recordar que en los contextos de guerra ciertos organismos como la Cruz Roja Internacional pueden negociar con algunos actores que generan los desplazamientos, como los grupos beligerantes. En El Salvador el diálogo con las pandillas no parece ser la mejor opción. Los re-

supuesto, las experiencias comparadas pueden ser muy útiles para entablar diálogos sobre la prevención del desplazamiento y el diseño de soluciones a largo plazo, pero las políticas públicas y los protocolos de actuación deben atender a sus causas estructurales y a las necesidades reales de protección de los desplazados.

En este contexto los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de la Organización de las Naciones Unidas<sup>52</sup> emergen como guía para el diseño e implementación de este sistema de protección. Si bien dichos principios no tienen la fuerza vinculante de un tratado, sino más bien de normas de *soft law*, son útiles para interpretar las obligaciones que algunos instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Refugiados prescriben a los Estados con relación a las personas en contexto de movilidad, particularmente cuando ésta es producto de situaciones que las conminan a abandonar sus lugares de origen. Por ello, dichos principios han sido asumidos en distintos países como normas informadoras e incluso como instrumento vinculante.<sup>53</sup>

La sentencia 411-2017 ordena a las instituciones públicas involucradas el diseño e implementación de un sistema articulado de prevención del fenómeno y de protección de las personas desplazadas internas. Dicho pronunciamiento, inspirado en los principios rectores y en otros altos estándares internacionales de protección de población desplazada —particularmente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— define,

---

sultados del fin de la tregua entre pandillas, particularmente el número de homicidios registrados en 2015, desalientan el ejercicio de este tipo de negociaciones.

<sup>52</sup> Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, *Principios rectores de los desplazamientos internos*, Doc. E/CN.4/1998/53/Add. 2, 11 de febrero de 1998.

<sup>53</sup> En Colombia los principios rectores incluso han sido considerados como parte del bloque de constitucionalidad. *Cf.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-327/01, del 26 de marzo de 2001, Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

por un lado, los *ámbitos de acción* de este sistema de protección, pues insta a dichas instituciones a diseñar medidas de protección urgentes, de asistencia humanitaria y otras de mayor alcance orientadas a la prevención del fenómeno y a la búsqueda de soluciones duraderas; por otro lado, precisa los *instrumentos* en los que se deberá desarrollar dicho modelo, iniciando con el reconocimiento de las personas desplazadas internas en la legislación especializada como una categoría de víctimas, lo cual deberá ser acompañado de políticas públicas y protocolos de actuación.

La Sala de lo Constitucional no delimitó las acciones concretas de protección que deberán desarrollar las autoridades obligadas a cumplir los efectos la sentencia, pues carece de la competencia para ello, por tratarse de ámbitos de acción reservados a dichas autoridades. Su decisión y, particularmente, los efectos de su sentencia atienden al deber de protección que el Estado tiene frente a la población desplazada y a la omisión reiterada de las autoridades de los órganos Ejecutivo y Legislativo y las autoridades del sector de justicia de reconocer el fenómeno de desplazamiento forzado y de proteger a sus víctimas.<sup>54</sup> Por ello, el tribunal concedió a las autoridades demandadas un margen de acción para el diseño de estas medidas, que no deberá inobservar los estándares mínimos fijados en su sentencia.

Las autoridades deben dar prioridad a la creación de lugares de resguardo donde las víctimas de la violencia puedan acudir en búsqueda de protección.<sup>55</sup> Dichas autoridades podrían considerar

<sup>54</sup> Según la Corte IDH, “la situación diferenciada en que se encuentran los desplazados obliga a los Estados a otorgar un trato preferente a su favor y a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de su referida condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión, incluso *vis-à-vis* actuaciones y prácticas de terceros particulares”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs Colombia*, Sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr. 179.

<sup>55</sup> La Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos prevé como una medida extraordinaria a favor de las víctimas y testigos la posibilidad de resguar-

como opción el reasentamiento de los desplazados, pero ello también representaría un gran reto debido a que el territorio del país es reducido y a que en al menos 247 de sus 262 municipios hay presencia de miembros de pandillas.

Además, en vista de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra este colectivo, derivada del desarraigo de sus comunidades, el Estado debe asumir la obligación de proveerle asistencia humanitaria, pues los derechos prestacionales de contenido social son directamente exigibles<sup>56</sup> en virtud de las normas constitucionales que los reconocen como derechos fundamentales. Por tanto, debe proporcionarles seguridad, alimentación, salud<sup>57</sup> —incluso salud sexual y reproductiva—<sup>58</sup> e higiene, de conformidad con el principio rector número 7.

La respuesta del Estado debe tener un enfoque interseccional, que atienda a la situación de vulnerabilidad en la que se encuen-

---

do en albergues o casas de seguridad a cargo del programa diseñado en dicha ley; sin embargo, dicha medida es excepcional y se aplica sólo en el contexto de investigaciones o de procesos penales, de manera que no toda persona que huye de la violencia, por el mero hecho de tener de facto la calidad de desplazado, es acogida por la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia, encargada de dicho programa.

El Estado aún no ha dispuesto de fondos suficientes para habilitar centros de acogida, albergues y casas de protección para víctimas, aun cuando ello figura como una de las estrategias del eje 4 del Plan El Salvador Seguro, vigente desde 2015. *Cfr.* Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana y Convivencia: *Plan El Salvador Seguro. Resumen ejecutivo*. Disponible en <http://www.presidencia.gob.sv/wp-content/uploads/2015/01/El-Salvador-Seguro.pdf> [Fecha de consulta: 28 de septiembre, 2018], p. 15.

<sup>56</sup> Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005, pp. 37-38.

<sup>57</sup> Comité de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General núm. 24: La mujer y la salud*, 2 de febrero de 1999, párr. 6.

<sup>58</sup> *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer con relación a la situación de los derechos humanos de las mujeres en Sri Lanka*, 48 Periodo Ordinario de Sesiones, 17 de enero al 4 de febrero de 2011, párr. 37.

tran las personas desplazadas internas, pero que además tome en cuenta la condición de algunos colectivos que requieren de una protección reforzada. Como señaló el titular de la Relatoría Especial sobre los Derechos Humanos de los Desplazados internos de la ONU, en su informe de 2016:

En ciertas situaciones, los desplazamientos internos afectan de manera desproporcionada a algunas comunidades que, debido a sus características, situación geográfica, pobreza, discriminación u otras circunstancias únicas, son particularmente vulnerables a estos desplazamientos. Entre esos grupos pueden figurar los pueblos indígenas y las minorías étnicas, religiosas o de otra clase, que muchas veces son grupos poco numerosos en comparación con las comunidades mayoritarias, se cuentan entre los más pobres, pueden sufrir diversas formas de marginación y de ordinario carecen de representación política o en otros órganos del Estado. En algunos casos estos grupos pueden ser objeto de violencia y discriminaciones persistentes. Esos colectivos suelen estar excesivamente representados en las poblaciones de desplazados internos.<sup>59</sup>

De ahí que los protocolos de actuación deben considerar a ciertos grupos de personas que se encuentran en una condición de riesgo y de vulnerabilidad acentuada, por ejemplo niñas, niños y adolescentes,<sup>60</sup> mujeres,<sup>61</sup> adultos mayores, miembros de la comu-

<sup>59</sup> *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos*, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en su 32 periodo de sesiones. Disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10552.pdf> [Fecha de consulta: 10 de octubre, 2018], párr. 76.

<sup>60</sup> Comité de los Derechos del Niño: *Observación General núm. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, adoptada en su 39º periodo de sesiones, del 17 de mayo al 3 de junio de 2005.

<sup>61</sup> De conformidad con el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará: “los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada”.

nidad LGBTI,<sup>62</sup> campesinos e indígenas; quienes, por ser objeto de intentos de reclutamiento forzado, de violencia sexual, del riesgo de sufrir ataques de odio o de los efectos perjudiciales frente al desplazamiento por la pérdida progresiva de su fuerza o de su vinculación con la tierra, deben ser tomados en cuenta en las líneas de acción estatal para la atención de víctimas.

Este contexto debe incentivar a las instituciones públicas involucradas a elaborar un registro de la población desplazada. Esta labor resulta particularmente compleja en este estado de cosas debido a que las víctimas intentan pasar desapercibidas y mantenerse en el anonimato.<sup>63</sup> Por ello los esfuerzos del Estado deben ser mayores, ya que si bien no es el registro lo que determina la condición de desplazado,<sup>64</sup> se trata de una herramienta útil y necesaria para identificar las necesidades reales de protección de las personas desplazadas internas y, particularmente, de algunos grupos especialmente vulnerables, como las mujeres<sup>65</sup> y los niños.<sup>66</sup> En definitiva, ello podría ser de utilidad “para determinar las causas, el alcance y la dinámica de los desplazamientos, y los perfiles de las víctimas”.<sup>67</sup>

<sup>62</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América*. En <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf> [Fecha de consulta: 10 de septiembre, 2018], párr. 285.

<sup>63</sup> Según el informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos, citado, “muchos procuran ocultar su paradero e integrarse en los centros urbanos, en los que pueden mantenerse anónimos e invisibles para las maras que los amenazan y para las autoridades”.

<sup>64</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso de las Masacres de Ituango vs Colombia*. Sentencia del 1o. de julio de 2006, párr. 214.

<sup>65</sup> Comité de la CEDAW, *Recomendación general núm. 35*, cit.

<sup>66</sup> *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Colombia*. Disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8761.pdf?view=1> [Fecha de consulta: 23 de octubre, 2018], párr. 19.

<sup>67</sup> *Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Desplazados Internos*, cit.

Además, el Estado debe adoptar medidas de prevención y soluciones duraderas frente al fenómeno. La sentencia 411 se refirió a dos cuestiones concretas: la *recuperación de los territorios* actualmente dominados por las pandillas y la implementación de *políticas sociales*. Ello implica, por un lado, el reconocimiento de que hay sectores del territorio y de la población sobre los cuales el Estado no tiene control, es decir, donde la soberanía y, particularmente, el monopolio del ejercicio de la fuerza no se ejercen de manera efectiva. Por otro lado, indica que el modelo de protección de personas desplazadas debe ser orientado a contener los brotes de violencia en esos territorios y a disminuirlos de manera progresiva, por lo que debe incorporar medidas de prevención y de reinserción.

Como parte de la prevención, debe desarrollar líneas de acción para proteger a sectores altamente vulnerables, como los niños y adolescentes, para evitar que sean reclutados por los grupos criminales o instrumentalizados en la comisión de delitos. Pero para que ese modelo sea integral debe ir acompañado de políticas sociales que articulen a distintas instituciones, principalmente a las secretarías del Órgano Ejecutivo, y garanticen la satisfacción de derechos sociales como la educación, la salud y el trabajo, pues, como señaló la Sala de lo Constitucional en la sentencia 411-2017, ello permite que existan equilibrios entre las capas sociales y evita la marginación de los grupos más vulnerables.

#### VIII. CONCLUSIÓN. ¿EXISTE LA POSIBILIDAD DE REVERTIR EL FENÓMENO?

El contexto descrito evidencia la complejidad del fenómeno de desplazamiento forzado y de los retos de las autoridades públicas para brindar a las víctimas que huyen de sus comunidades una atención integral pero, sobre todo, para controlar y reducir de manera progresiva los exacerbados índices de violencia. Ante este

escenario pretendo cerrar este artículo con una reflexión en torno a una pregunta: ¿existe la posibilidad de revertir este estado de cosas?

No cabe duda que la institucionalidad en el TNC y particularmente en El Salvador falla, no sólo porque con sus omisiones reiteradas a lo largo de las últimas tres décadas las autoridades han tolerado que organizaciones criminales ejerzan materialmente el control de muchos territorios, sino también porque han sido incapaces de construir un modelo de desarrollo inclusivo que favorezca a los sectores más vulnerables y marginados que, finalmente, son las principales víctimas de dichas organizaciones.

La sentencia 411-2017 aún no ha generado cambios reales. El tribunal concedió un plazo de seis meses a las autoridades involucradas para revisar la legislación sobre víctimas y para diseñar políticas públicas y protocolos de atención a favor de los desplazados internos. Con ello la Sala de lo Constitucional se sumó a la tendencia de otras altas cortes de Latinoamérica de incidir en el cambio social a través de la emisión de sentencias estructurales orientadas a corregir patrones que generan afectaciones sistemáticas a derechos fundamentales, particularmente cuando la situación de vulnerabilidad de los colectivos afectados es producto de la falta de debida diligencia atribuible a autoridades públicas.

Sin embargo, una sentencia no basta para transformar la realidad. El cambio social no se genera con la mera emisión de decisiones judiciales. Es preciso traer a colación el caso colombiano pues, si bien la Corte Constitucional transformó la política pública de protección de personas desplazadas mediante la sentencia T-025/04, en la que declaró que la falta de tutela efectiva de los derechos fundamentales de las personas desplazadas internas en ese país era un estado de cosas inconstitucional, el número de desplazados ha crecido de manera exorbitante desde que se emitió dicho pronunciamiento, alcanzando en 2017 un aproximado de 7.7 millones de personas. Por ello, Colombia continúa siendo el

país con mayor número de las personas desplazadas internas en el mundo, a pesar de los acuerdos suscritos entre el gobierno y la guerrilla. Sin embargo, hay que reconocer a la Corte Constitucional su constancia en supervisar con frecuencia los estándares mínimos de protección de las personas desplazadas internas mediante autos y audiencias de seguimiento.

En El Salvador la situación de las personas desplazadas es compleja debido a que ni siquiera se han elaborado políticas públicas ni protocolos para brindarles protección y asistencia humanitaria. De momento se ha sometido a discusión ante la Asamblea Legislativa una propuesta de ley elaborada por organizaciones de la sociedad civil, pero es preciso esperar la respuesta de dicho órgano. El seguimiento que hará la Sala de lo Constitucional a las órdenes contenidas en la sentencia 411-2017 permitirá conocer de manera periódica los avances sobre este tema. Ello requerirá de la colaboración articulada de las instituciones vinculadas por esa decisión jurisdiccional y del trabajo del mismo tribunal mediante las resoluciones y audiencias de seguimiento. Además, en este escenario es oportuna la participación de las organizaciones de la sociedad civil que han acogido la defensa de las personas desplazadas internas pero, sobre todo, es necesario que se involucre a las propias personas desplazadas en el diseño de esas líneas de acción.

El cambio que se pretende alcanzar en El Salvador no puede ser logrado a corto plazo o, por lo menos, no su fin último: la recuperación de los territorios controlados por las pandillas. Algunos investigadores, como Roberto Valencia, autor de crónicas y libros sobre la situación de violencia en El Salvador, afirman que varias generaciones de salvadoreños deberán coexistir con las pandillas, pues este es un fenómeno social anclado en una sociedad violenta y con altos niveles de marginación social. La criminalidad organizada no es un fenómeno propio de los países en vías de desarrollo; incluso las maras, una de sus manifestaciones más violentas, provienen de uno de esos países —los Estados Unidos de América—,

aunque han adaptado su organización y *modus operandi* a la realidad del TNC. No obstante, es lógico que en una sociedad donde la violencia está tan arraigada los grupos criminales emerjan con mayor capacidad de organización y de expansión territorial.

Sin embargo, este escenario no se debe convertir en un pretexto de las instituciones públicas para continuar con la pasividad que han tenido durante los últimos años. El Estado, único legitimado para el ejercicio de la fuerza, no debe tolerar que las organizaciones criminales se arroguen su competencia exclusiva de ejercer el control sobre su territorio. Por ello, aun frente a este desalentador contexto de violencia, considero que la recuperación de territorios es posible; sin embargo, dicha finalidad no puede ser alcanzada de manera inmediata, acudiendo al mero ejercicio desproporcionado de la fuerza para conseguir el sometimiento a sus reglas. El Estado ya acudió a la represión durante más de dos décadas para intentar controlar el fenómeno de la violencia y ello sólo ha generado más violencia.

La recuperación de los territorios es posible si se llevan a cabo acciones focalizadas y de manera gradual. Este panorama de la situación salvadoreña debe motivar a las instituciones públicas para plantear objetivos graduales pero interconectados: unos a corto plazo, que den prioridad a los protocolos de actuación para proteger a la población desplazada, por ejemplo, proporcionándole lugares de acogida y seguridad, y al diseño e inicio de la implementación de políticas públicas, y otros que tengan por finalidad fortalecer las instituciones encargadas de la investigación y de la sanción del delito.

Además, este contexto es propicio para que las autoridades del gabinete de seguridad evalúen los resultados de la implementación de las políticas que han impulsado, en particular el Plan El Salvador Seguro, desde la propia orientación como política pública —sus ejes y las estrategias concretas a seguir— pero también su adecuado financiamiento y, con ello, determinar si requiere de una reorientación o de su fortalecimiento. Asimismo, es necesario que

la política de seguridad esté coordinada con la política concreta sobre desplazamiento forzado que deben elaborar las autoridades vinculadas por la sentencia. Pero, sobre todo, las instituciones encargadas de la seguridad pública deben plantearse objetivos a corto, mediano y largo plazo en torno a la prevención de la violencia. Por ello me inclino a pensar que, si bien este escenario nos muestra los desafíos frente a la situación actual de violencia, también nos presenta oportunidades para revertir el fenómeno del desplazamiento forzado y sus causas estructurales de manera progresiva, conscientes de los riesgos y de la complejidad del contexto descrito.

En El Salvador la situación de las personas desplazadas es compleja debido a que no se han elaborado políticas públicas ni protocolos para brindarles protección y asistencia humanitaria. De momento se ha sometido a discusión ante la Asamblea Legislativa una propuesta de ley elaborada por organizaciones de la sociedad civil, pero es preciso esperar la respuesta de dicho órgano.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005, pp. 37-38.
- Landa, César, *Los derechos fundamentales de los grupos vulnerables en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en Pablo Santolaya Macheti e Isabel Wences [eds.], “La América de los derechos”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, pp. 233-234.
- Médicos Sin Fronteras, *Forzados a huir del Triángulo Norte de Centroamérica: una crisis humanitaria olvidada*. Disponible en [https://www.msf.mx/sites/mexico/files/attachments/msf\\_forzados-a-huir-del-triangulo-norte-de-centroamerica\\_0.pdf](https://www.msf.mx/sites/mexico/files/attachments/msf_forzados-a-huir-del-triangulo-norte-de-centroamerica_0.pdf) [Fecha de consulta 10 de octubre, 2018], p. 8.

Periódico Digital El Faro, *El primer refugio de desplazados en tiempos de paz*. Disponible en <https://elfaro.net/es/201609/salanegra/19322/El-primer-refugio-de-desplazados-en-tiempos-de-paz.htm> [Fecha de consulta: 25 de octubre, 2018].

Reynolds, Sarnata, *Huir o quedarse, un acto suicida: desplazamiento interno en El Salvador*. Disponible en <http://www.refworld.org/es/docid/55c468504.html> [Fecha de consulta: 12 de octubre, 2018], p. 5.

Sandoval García, Carlos, *No más muros. Exclusión y migración forzada en Centroamérica*, San José, Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad de Costa Rica / UCR, 2015, p. xviii.

Wolf, Sonja, *Mano dura: The Politics of Gang Control in El Salvador*, Texas, University of Texas Press, 2017.

### *Documentos legales*

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Directrices de elegibilidad para la evaluación de las necesidades de protección internacional de los solicitantes de asilo procedentes de El Salvador*. Disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10786.pdf> [Fecha de consulta: 10 de octubre, 2018], p. 10.

\_\_\_\_\_, *Memorias del trigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados*, 2015, p. 138. Disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10243.pdf> [Fecha de consulta: 29 de septiembre, 2018].

\_\_\_\_\_, *Tendencias globales. Desplazamiento forzado en 2017*, p. 40. Disponible en <http://www.acnur.org/5b2956a04.pdf> [Fecha de consulta: 28 de septiembre, 2018].

\_\_\_\_\_, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” y Organización Internacional para las Migraciones, *Diagnóstico sobre la caracterización de la población salvadoreña retornada con necesi-*

- dades de protección*, 2014. Disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9676.pdf> [Fecha de consulta: 6 de octubre, 2018].
- \_\_\_\_\_, *Desplazamiento forzado. Tendencias globales en 2016*. Disponible en <http://www.acnur.org/5ab1316b4.pdf> [Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2018], p. 40.
- Banco Central de Reserva de El Salvador, *Estimación del Costo Económico de la Violencia en El Salvador*. Disponible en <http://passthrough.fwnotify.net/download/303816/http://www.bcr.gob.sv/bcrsite/uploaded/content/category/494397239.pdf> [fecha de consulta 26 de septiembre, 2018], p. 30.
- Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, *Principios rectores de los desplazamientos internos*, Doc. E/CN.4/1998/53/Add. 2, 11 de febrero de 1998.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América*. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf> [Fecha de consulta: 10 de septiembre, 2018], párr. 285.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Movilidad Humana: Estándares Interamericanos. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata y desplazados internos: normas y estándares del sistema interamericano de derechos humanos*. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf> [Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2018], p. 31.
- Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), *Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19*, del 26 de julio de 2017.
- Comité de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General núm. 24: La mujer y la salud*, 2 de febrero de 1999, párr. 6.

Comité de los Derechos del Niño, *Observación General núm. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, adoptada en su 39 periodo de sesiones, del 17 de mayo al 3 de junio de 2005.

Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana y Convivencia, *Plan El Salvador Seguro. Resumen ejecutivo*. Disponible en <http://www.presidencia.gob.sv/wp-content/uploads/2015/01/El-Salvador-Seguro.pdf> [Fecha de consulta: 28 de septiembre, 2018], p. 15.

Consejo Noruego para los Refugiados, *El desplazamiento emerge como consecuencia de la violencia en América Latina. Consecuencias humanitarias y necesidades de protección*, 2014. Disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9863.pdf?file=t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9863>, p. 6.

\_\_\_\_\_, *Informe mundial sobre desplazamiento interno 2017*. Disponible en [http://www.internal-displacement.org/global-report/grid2017/downloads/IDMC-GRID-2017-Highlights\\_embargoed-SP.pdf](http://www.internal-displacement.org/global-report/grid2017/downloads/IDMC-GRID-2017-Highlights_embargoed-SP.pdf) [Fecha de consulta: 25 de julio, 2018], p. 6.

\_\_\_\_\_, *Menos promesas, más soluciones. Marco de respuesta integral para los refugiados El Salvador-Honduras*. Disponible en <http://www.nrc.org.co/documentos-nrc/> [fecha de consulta: 28 de octubre, 2018].

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-327/01, del 26 de marzo de 2001, Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Moiwana vs Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005, párr. 108.

\_\_\_\_\_, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs Colombia*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 179.

\_\_\_\_\_, *Caso de las Masacres de Ituango vs Colombia*. Sentencia del 10 de julio de 2006.

\_\_\_\_\_, *Caso de las Masacres de Ituango vs Colombia*. Sentencia del 10 de julio de 2006, párr. 214.

\_\_\_\_\_, *Caso V.R.P. y V.P.C. contra Nicaragua*, Sentencia de 8 de marzo de 2018, párr. 309.

\_\_\_\_\_, Opinión Consultiva OC-25/18: *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 30 de mayo de 2018.

Corte Penal Internacional, *Situación en la República Democrática del Congo. Caso del Fiscal vs Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui*.

*Informe de Registro de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos sobre Desplazamiento Forzado*, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, 2016, p. 15.

*Informe de Registro de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos sobre Desplazamiento Forzado*, agosto de 2016, p. 15.

*Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Desplazados Internos*, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en su 32 periodo de sesiones. Disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10552.pdf> [Fecha de consulta: 10 de octubre, 2018], párr. 76.

Instituto de Medicina Legal, *Reconocimientos realizados por médicos forenses a personas fallecidas en hechos de violencia (homicidios) en 2015*.

Disponible en <http://www.transparencia.oj.gob.sv/es/buscar> [Fecha de consulta: 27 de septiembre de 2018].

\_\_\_\_\_, *Reconocimientos realizados por médicos forenses del Instituto de Medicina Legal (IML) de homicidios consensuados entre IML, FRG y PNC*.

Disponible en <http://www.transparencia.oj.gob.sv/es/buscar> [Fecha de consulta: 27 de septiembre de 2018].

\_\_\_\_\_, *Total de homicidios año 2013, según base de datos del Instituto de Medicina Legal, cotejada y consensuada con F.G.R. y la P.N.C.* Disponible en <http://www.transparencia.oj.gob.sv/es/buscar> [Fecha de consulta: 27 de septiembre, 2018].

International Displacement Monitoring Centre, *Global Report on Internal Displacement 2018*. Disponible en <http://www.internal-displacement.org/global-report/grid2018/downloads/2018-GRID.pdf> [Fecha de consulta: 8 de octubre de 2018].

Mesa de Sociedad Civil contra el Desplazamiento Forzado por Violencia y Crimen Organizado en El Salvador, *Desplazamiento interno por violencia y crimen organizado en El Salvador*, 2016. Disponible en <https://static1.squarespace.com/static/5784803ebe6594ad5e34ea63/t/5880c66b2994ca6b1b94bb77/1484834488111/Desplazamiento+interno+por+violencia++Informe+2016.pdf> [Fecha de consulta: 25 de agosto de 2018].

Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, *Caracterización de la movilidad interna a causa de la violencia en El Salvador*. Disponible en <http://www.refworld.org/es/pdfid/5ab96d624.pdf> [Fecha de consulta: 10 de septiembre, 2018], p. 7.

*Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Colombia*. Disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8761.pdf?view=1> [Fecha de consulta: 23 de octubre, 2018], párr. 19.

*Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer con relación a la situación de los derechos humanos de las mujeres en Sri Lanka*, 48 Periodo Ordinario de Sesiones, 17 de enero al 4 de febrero de 2011, párr. 37.

Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los Desplazados Internos de Naciones Unidas, *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los Desplazados Internos de Naciones Unidas acerca de su visita a El Salvador*. Disponible en <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/G1811667%20%281%29.pdf> [Fecha de consulta: 30 de septiembre, 2018], p. 4.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sentencias de 13 de enero de 2017 y de 7 de marzo de 2018, Hábeas Corpus 40-2015 y 406-2015.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 22-XII-2017, Amparo 370-2015. Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Poblete Vilches y otros vs Chile*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 8 de marzo de 2018.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 24 de agosto de 2015, Inconstitucionalidad 22-2007. \_\_\_\_\_, Sentencia de 13 de julio de 2018, Amparo 411-2017.

### III. PERSONAS CON DISCAPACIDAD



## 6. LA DISCAPACIDAD DESDE UN ENFOQUE PÚBLICO Y PRIVADO

Caridad del Carmen Valdés Díaz

Son inteligentes las sociedades justas. Y estúpidas las injustas. Puesto que la inteligencia tiene como meta la felicidad —privada o pública— todo fracaso de la inteligencia entraña desdicha. La desdicha privada es el dolor. La desdicha pública es el mal, es decir, la injusticia.

JOSÉ ANTONIO MARINA

### I. LA DISCAPACIDAD DESDE LOS DOCUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES, LA CONSTITUCIÓN Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

#### *1. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*

*La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, aprobada en Nueva York mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el pasado 13 de diciembre de 2006, constituye el colofón de un largo proceso en el que in-

tervinieron múltiples actores de la propia organización, su relator especial sobre Discapacidad, instituciones de derechos humanos de diferentes países, así como organizaciones no gubernamentales, especialmente las de personas con discapacidad y sus familias. Este instrumento internacional supone importantes consecuencias para las personas con discapacidad, entre las cuales se destaca la “visibilidad” de este grupo ciudadano dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, la asunción indubitada del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, y el contar con una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de estas personas. En particular, su artículo 12, al que nos referiremos más adelante, ofrece un tratamiento hasta ahora nunca previsto en un cuerpo jurídico internacional sobre el ejercicio de la capacidad de las personas con capacidades diferentes.

A pesar de que las personas con discapacidad eran destinatarias, al igual que el resto de los seres humanos, de la protección establecida por otros tratados para la salvaguarda de sus derechos, en muchos casos dichas normas no se aplicaban, o se aplicaban de manera desigual (desventajosa) para este grupo social. Sumado a ello, hubo grandes deficiencias tanto por parte de los gobiernos como por parte de los órganos de supervisión de los Tratados, a la hora de supervisar su cumplimiento en relación a las personas con discapacidad. Estas insuficiencias fueron resaltadas por diversos informes elaborados en el marco de Naciones Unidas, que tuvieron amplia repercusión y resultan de gran interés.

Cabe señalar que, con anterioridad, existía un instrumento específico sobre los derechos de las personas con discapacidad, pero que no tenía rango de norma jurídicamente vinculante: las *Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad*. Sin embargo, las personas con discapacidad eran de algún modo “invisibles” dentro del sistema de derechos humanos de la

ONU, pues a diferencia de otros grupos, tales como mujeres, niñas y niños, grupos étnicos determinados, entre otros, la ausencia de un instrumento que fuera de obligado cumplimiento para los Estados, una vez que lo firman y ratifican, y de un Comité que velara por la protección de sus derechos de manera expresa, dejaba a esas personas en situación de desventaja y no se propiciaba su plena incorporación a la sociedad.

La aprobación de la *Convención* deja claro que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos; que las personas con discapacidad no son “objeto” de políticas caritativas o asistenciales, sino que son “sujetos” de derechos humanos. Por tanto, las desventajas sociales que sufren no deben eliminarse como consecuencia de la “buena voluntad” de otras personas o de los gobiernos, sino que deben eliminarse porque dichas desventajas son violatorias del goce y ejercicio de sus derechos humanos. Así, el propósito de la *Convención*, declarado en su primer artículo, es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Los principios fundamentales que inspiran y están presentes en la *Convención* son, según su artículo 3, los siguientes:

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas.
- b) La no discriminación.
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas.
- e) La igualdad de oportunidades.
- f) La accesibilidad.
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer.

- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

La *Convención* tiene su fundamento ético-jurídico esencial en el derecho a la igualdad y no discriminación. Este derecho tiene una aplicación transversal en todos sus preceptos, reconociendo que las personas con discapacidad son iguales ante la ley y en virtud de ella, teniendo en virtud de ello derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en los mismos términos que las demás personas, según postula expresamente el artículo 5.

En estrecha relación con lo anterior, en la *Convención* también se postula como derecho humano de las personas con discapacidad la accesibilidad. A fin de que puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes deben adoptar medidas apropiadas para asegurar su acceso, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertas al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso en una serie de ámbitos.

Así, la *Convención* destaca que los Estados Partes deberán adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, de los siguientes derechos:

- A la vida (artículo 10).
- A la protección ante situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales (artículo 11).

- Al igual reconocimiento como persona ante la ley y de la capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida (artículo 12).
- Al acceso a la justicia (artículo 13).
- A la libertad y seguridad de la persona, procurando que no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente; y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad (artículo 14).
- A la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 15).
- A la protección contra la explotación, la violencia y el abuso, tanto en el seno del hogar como fuera de él (artículo 16).
- A la protección de la integridad personal, tanto física como mental (artículo 17).
- A la libertad de desplazamiento, a la libertad para elegir su residencia y a una nacionalidad (artículo 18).
- A vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (artículo 19).
- A la movilidad personal con la mayor independencia posible (artículo 20).
- A la libertad de expresión y de opinión y acceso a la información (artículo 21).
- Al respeto de la privacidad y la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación (artículo 22).
- Al respeto del hogar y de la familia y a la igualdad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales (artículo 23).
- A la educación inclusiva a todos los niveles, así como a la enseñanza a lo largo de la vida (artículo 24).
- A gozar del más alto nivel posible de salud (artículo 25).

- A la habilitación y rehabilitación para lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida (artículo 26).
- A tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un entorno laboral que sea abierto, inclusivo y accesible a las personas con discapacidad (artículo 28).
- A un nivel de vida adecuado y a la protección social, para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida (artículo 28).
- A participar en la vida política y pública (artículo 29).
- A participar en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte (artículo 30).

## *2. Enfoque de la protección a las personas con discapacidad en los textos constitucionales. El principio de Igualdad*

Una de las manifestaciones más comunes del principio de igualdad, en su evolución de simple retórica liberal de considerar a todos iguales ante la ley a la visión más moderna y acabada de igualdad en la ley, sobre la base de la no discriminación por causa alguna, sin distinguir a las personas por razones económicas, sociales o políticas, es incluir en los textos constitucionales preceptos que consagren un trato igual a personas que se encuentren en la misma situación, evitando la extensión de aplicación igualitaria de la ley a personas que se encuentren en situaciones diversas provocando con ello la llamada discriminación inversa o positiva.

Luego de la aprobación de la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, la mayoría de las constituciones iberoamericanas han reformulado su articulado o han incluido en

la nueva formulación del texto normativo preceptos amparadores encaminados a potenciar la protección de este importante grupo vulnerable, en razón de sus capacidades especiales.

Así, como afirma Pérez Gallardo, las constituciones tienden a regular como uno de los sujetos de especial protección al sector de las personas con discapacidad<sup>1</sup> y en este orden suelen adaptar la legislación ordinaria a los fines de dispensarles la salvaguarda formal de sus derechos. Se apuntan numerosos ejemplos: la Constitución de Colombia de 1991 en su artículo 47 establece que “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestara la atención especializada que requieran”; la Constitución de Perú de 1993 en su artículo 7 establece que “La persona incapacitada para valerse por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”, en el 16 enuncia que “Es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas”, y en el artículo 23, primer párrafo: “El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan”; en tanto la Constitución de Venezuela de 1999 se proyecta en su artículo 81 al enunciar que

Toda persona con discapacidad o necesidades especiales tiene derecho al ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades y a su integración familiar y comunitaria. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, les garantizará el respeto a su dignidad hu-

<sup>1</sup> Véase Leonardo Pérez Gallardo, “La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de *lege data* y de *lege ferenda*”, en José Pérez de Vargas [coord.], *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Madrid, La Ley, 2006, pp. 311 y ss.

mana, la equiparación de oportunidades, condiciones laborales satisfactorias, y promueve su formación, capacitación y acceso al empleo acorde con sus condiciones, de conformidad con la ley. Se les reconoce a las personas sordas o mudas el derecho a expresarse y comunicarse a través de la lengua de señas.

Igualmente la Constitución española de 1978 se pronuncia en su artículo 49, según el cual “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

La Constitución cubana vigente, más que reconocer a la igualdad como un derecho, que podía ser disfrutado o limitado en su ejercicio, le dedicó un capítulo en especial a la igualdad como principio básico, refiriendo de manera taxativa diversas formas de manifestación de esa igualdad, tanto en las relaciones familiares,<sup>2</sup> en cuestiones de género,<sup>3</sup> en las relaciones políticas que establece el Estado,<sup>4</sup> en la esfera laboral,<sup>5</sup> o en la político-electoral.<sup>6</sup> Con la reforma constitucional de 1992, en materia de creencias religiosas el

<sup>2</sup> Artículo 36: [El matrimonio] “Descansa en la igualdad absoluta de derechos y deberes de los cónyuges, los que deben atender al mantenimiento del hogar y a la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común, de modo que éste resulte compatible con el desarrollo de las actividades sociales de ambos”.

<sup>3</sup> Artículo 44: “La mujer y el hombre gozan de iguales derechos en lo económico, político, cultural, social y familiar”.

<sup>4</sup> Artículo 12: “la República de Cuba [...] funda sus relaciones internacionales en los principios de igualdad de derechos”.

<sup>5</sup> Artículo 43: “todos los ciudadanos perciben salario igual por trabajo igual”.

<sup>6</sup> Artículo 131: “Todos los ciudadanos, con capacidad legal para ello, tienen derecho a intervenir en la dirección del Estado, bien directamente o por intermedio de sus representantes elegidos [...], y a participar, con ese propósito [...] en elecciones periódicas y referendos populares, que serán de voto libre, igual y secreto”.

texto sufrió cambios en su letra y espíritu a fin de asegurar la libertad de credo y el derecho de los creyentes a participar en la vida política en condiciones de igualdad que los demás ciudadanos.<sup>7</sup> Aún cuando no se refiere expresamente a las personas con capacidades diferentes, sí establece una línea directriz en función de proteger a aquel sector poblacional constituido por enfermos o desvalidos, física o mentalmente, inaptos para desempeñar una actividad laboral, a cargo de la seguridad o de la asistencia social, según se prevé en sus artículos 47, 48 y 49. No obstante, la actual Constitución no está a tono con los tratados y convenciones internacionales que Cuba ha ratificado relativas a esta materia.

Como ya se apuntó, los textos normativos no se limitan a formular el derecho a la igualdad, sino que consagran el rechazo o la prohibición de discriminación, siendo los motivos más comunes de estas conductas el sexo, origen nacional y social, el color de la piel, la raza. De esta manera se consagra también en el texto constitucional cubano.<sup>8</sup>

En la actualidad, se encuentra en fase de consulta y discusión popular por parte de todos los cubanos un nuevo Proyecto de Constitución de la República aprobado por la Asamblea Nacional del Poder Popular, órgano legislativo y constituyente del país, en su sesión ordinaria los días 21 y 22 de julio de 2018; concluido este proceso, se analizarán las modificaciones, adiciones o supresiones propuestas y el Proyecto será sometido a referendo el próximo año. En dicho Proyecto, respecto al tema que nos ocupa, el artículo 39,

---

Artículo 134: “Los miembros de las Fuerzas Armadas Revolucionarias y demás institutos armados tienen derecho a elegir y a ser elegidos, igual que los demás ciudadanos”.

<sup>7</sup> Artículo 8: “Las distintas creencias y religiones gozan de igual consideración”.

<sup>8</sup> Artículo 42: “La discriminación por motivo de raza, color de la piel, sexo, origen nacional, creencias religiosas y cualquier otra lesiva a la dignidad humana está proscrita y es sancionada por la ley”.

ubicado en el título relativo a los derechos, deberes y garantías, se establece que

[E]l Estado cubano garantiza a la persona el goce y el ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, en correspondencia con el principio de progresividad y sin discriminación. Su respeto y garantía son obligatorios para todos. Los derechos y deberes reconocidos en esta Constitución se interpretan de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Cuba [dentro de los cuales se encuentra la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad].

En el siguiente precepto, número 40, se establece que

[T]odas las personas son iguales ante la ley, están sujetas a iguales deberes, reciben la misma protección y trato de las autoridades y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, origen étnico, color de la piel, creencia religiosa, discapacidad, origen nacional o cualquier otra distinción lesiva a la dignidad humana. La violación de este principio está proscrita y es sancionada por la ley.

Es un indudable paso de avance que se reconozca en el texto la igualdad de las personas con expresa mención a las que tienen capacidades o competencias diferentes, postulando luego en el capítulo dedicado a los derechos sociales, económicos y culturales, artículo 73, que “el Estado, la sociedad y las familias tienen la obligación de proteger y asistir a los adultos mayores en lo que a cada uno corresponde y de promover su integración social” (recordemos que muchas veces el envejecimiento va asociado al padecimiento de alguna discapacidad física, sensorial o intelectual). El siguiente artículo 74 preceptúa que “el Estado, la sociedad y las familias tienen la obligación de proteger y asistir a las personas con algún tipo

de discapacidad. El Estado garantiza las condiciones requeridas para su rehabilitación o el mejoramiento de su calidad de vida”.

La no discriminación como expresión de realización de la igualdad requiere de políticas de inclusión o incorporación, mediante el empleo de fórmulas genéricas, consensuadas, logradas a través de la participación popular directa en la promoción, discusión y aprobación de decisiones políticas o normativas jurídicas; necesita de la aceptación de las diferencias y del derecho a ser diferente, reclama una educación consecuente con tales valores y principios. No obstante tales presupuestos, existen obstáculos que pueden limitar y de hecho limitan el disfrute de determinados derechos; obstáculos que pueden ser objetivos, de condiciones reales, producto de decisiones, e incluso generadas por no haberse valorado la existencia de los diferentes, por haberse pensado en lo general. De ahí la necesidad de establecer políticas públicas encaminadas a materializar la igualdad respecto a las personas con capacidades o competencias especiales.

*3. Políticas públicas encaminadas a materializar la igualdad respecto a las personas con capacidades o competencias especiales*

Cada año, 10 millones de personas en el mundo sufren de algún tipo de discapacidad moderada o severa, y se calcula que en 2025 habrá en el mundo 800 millones de personas discapacitadas. Actualmente, suman 500 millones las personas con capacidades o competencias diferentes, de los cuales más de 60 millones se ubican en América Latina.<sup>9</sup> En Cuba, según estudios realizados en la

<sup>9</sup> Situación de los discapacitados en el Continente Americano, Resolución de la Organización de Estados Americanos, adoptada en la novena sesión plenaria celebrada el 9 de junio de 1995.

primera etapa de la década de los años noventa, la tasa de personas con discapacidad es de aproximadamente un 7% de la población total.<sup>10</sup>

Las personas que no pueden asegurarse total o parcialmente por sí mismas la satisfacción de las necesidades de un individuo normal y no logran integrarse a una vida social, como resultado de una deficiencia, sea congénita o no, en su capacidad física o mental, son, efectivamente, personas diferentes, pero esas diferencias no conducen inexorablemente a una incapacidad desde el punto de vista legal, ni siquiera a una restricción de su capacidad de obrar en todos los casos, si bien en algunos supuestos puede que esto ocurra. Conforman un grupo social necesitado de normas de carácter tuitivo que coadyuven a la realización de sus derechos, a la consecución de una vida decente y tan plena como sea posible, a lo que pueden y deben contribuir las políticas públicas.

Tanto las causas como las consecuencias de la discapacidad varían en todo el mundo, tales variaciones van a depender del contexto cultural que converge en cada región y también de las características socioeconómicas que presenten los diversos sectores del mundo.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Véase Plan de Acción Nacional para la Atención a las Personas Discapacitadas, de Cuba, donde se ofrecen estos datos.

<sup>11</sup> En el Derecho comparado se define al discapacitado como “toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral” (*cf.* artículo 2 de la Ley núm. 2243/1981 de 16 de marzo, Sistema de Protección Integral de las Personas Discapacitadas de la Argentina. Disponible en [http://www.redconfluir.org.ar/juridico/leyes/122431\\_1.htm](http://www.redconfluir.org.ar/juridico/leyes/122431_1.htm), [fecha de consulta: 3 de marzo de 2015]); “aquella que tiene una o más deficiencias evidenciadas con la pérdida significativa de alguna o algunas de sus funciones físicas, mentales o sensoriales, que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad de realizar una actividad dentro de formas o márgenes considerados normales, limitándola en el desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades y oportunidades para participar equitativamente dentro de la sociedad” (*cf.* artículo 2 de la Ley núm. 27050/1998 del 31 de

Tres enfoques para la atención de las personas con discapacidad conforman, esencialmente, las políticas públicas en Cuba sobre esta cuestión. El primero, de tipo *médico*, orientado a los procesos de tipo orgánico que pueden constituir la causa de aparición de la discapacidad, el tratamiento adecuado de la afección y las posibles vías de remediarla, si esto fuera posible. Así, comprende acciones como el diagnóstico, la prevención y la rehabilitación, orientadas todas a favorecer un mejor nivel de funcionamiento de la persona con discapacidad.<sup>12</sup> Otro enfoque de tipo *educativo*, que compren-

---

diciembre del Perú, Ley General de la Persona con Discapacidad. Disponible en <http://www.cajpe.org.pe/rnj/bases/legisla/peru/27050.htm> [Fecha de consulta: 3 de marzo de 2015]); o como “toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral” (*cf.* artículo 2 de la Ley 16095/1989 de 26 de octubre, que establece un sistema para asegurar la protección integral a los discapacitados de Uruguay, en <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/youth/legisl/uru/iii/>, [fecha de consulta: 2 de marzo del 2015]).

En los EU la Ley para Personas con Discapacidades (ADA) incluye dentro de este rubro varios aspectos: La primera parte de la definición deja en claro que la ADA ampara a las personas con discapacidades que limiten sustancialmente alguna de las principales actividades vitales, tales como ver, oír, hablar, caminar, respirar, ejecutar tareas manuales, aprender, cuidarse a sí mismo y trabajar. Una persona que tiene epilepsia, parálisis, infección con el virus VIH, SIDA, deficiencia auditiva o visual significativa, retardo mental, o alguna discapacidad de aprendizaje específica, estará amparada, pero una persona con una afección menor que no fuera crónica, como por ejemplo una torcedura, una extremidad rota o la gripe, generalmente no estará amparada por esta ley.

La segunda parte de la definición respecto a la protección de personas con antecedentes de alguna discapacidad se refiere, por ejemplo, a una persona que se haya recuperado de un cáncer o de una enfermedad mental.

La tercera parte de la definición protege a las personas que se considera que tienen una discapacidad sustancialmente limitante, aunque no sufran de tal impedimento. Por ejemplo, esta disposición protege a una persona calificada con una desfiguración facial severa, para evitar que se le niegue empleo porque un empleador teme las “reacciones negativas” de los clientes o los compañeros de trabajo.

<sup>12</sup> Cuba posee un admirable sistema de salud pública que cuenta con programas de prevención, atención y rehabilitación para discapacidades a consecuencia

de la determinación de las necesidades educativas especiales de estas personas, así como la puesta en marcha de las acciones que al respecto pueden llevarse a cabo para lograr el mayor grado de desarrollo de éstas, teniendo en cuenta, sobre todo, sus particularidades. Nuestro sistema de educación especial ha sido considerado de avanzada por múltiples organizaciones internacionales y puede exhibirse como un destacado logro humano, en aras de la integración del discapacitado a la sociedad.<sup>13</sup> Y el tercero es *socio-jurídico*, vinculado con el empleo, la accesibilidad, la eliminación de barre-

---

de deficiencias psicológicas, intelectuales, auditivas y visuales. Existen además las bases para desarrollar plenamente la rehabilitación basada en la comunidad, pues cuenta con personal profesional y técnico altamente calificado en los tres niveles, el saber como aplicar los procedimientos técnicos de la rehabilitación, la existencia de un sistema de referencia y contrareferencia, equipo multidisciplinario en la Atención Primaria de Salud, un sistema de salud (con casi el 99% de la población con cobertura del médico y enfermera de la familia), educación, deportes y cultura universales, gratuitos y accesibles y un sistema de seguridad y asistencia social que protege a toda población que la necesita. Se han creado también la Comisión para la Rehabilitación Comunitaria (RBC) que ejerce sus acciones con un enfoque integral para todas las discapacidades en los aspectos médicos, psicológicos, sociales, familiares, laborales y educativos, integrada al programa del médico de la familia. El objetivo general es rehabilitar a las personas con discapacidad en su propio entorno comunitario, con participación activa de la persona discapacitada, la familia, las asociaciones de discapacitados y la comunidad organizada.

<sup>13</sup> El subsistema de educación especial fue creado por Resolución Ministerial núm. 247/1980, perfeccionado una década después, con expresión legal en la Resolución Ministerial núm. 160/1991. El propio Ministerio de Educación por Resolución núm. 126/1985 dispuso la aplicación a los niños de edad temprana y preescolar que presentaren insuficiencias, desviaciones o defectos en la audición, la visión, el lenguaje y el desarrollo intelectual, de un plan educativo que posibilitara la corrección y compensación de tales deficiencias y autorizó a las direcciones provinciales de Educación que tuvieran las condiciones creadas, a prestar la atención a los niños antes mencionados, mediante la creación de círculos infantiles especiales o salones especiales en los círculos infantiles y el trabajo de orientación a los padres.

En 1986 se dicta por el propio Ministerio la Resolución núm. 172 sobre creación e incorporación al Subsistema de Educación Especial de la atención de la enseñanza de los adultos con deficiencias auditivas en escuelas o aulas nocturnas.

ras arquitectónicas, el uso de los recursos sociales y de la asistencia social, el reconocimiento de los derechos de los que son titulares y la tutela legal del ejercicio de tales derechos en los distintos ámbitos de su vida: civil, familiar, laboral.<sup>14</sup>

---

La Resolución núm. 290/1990 estableció el plan de estudio experimental para el nivel medio básico de la educación de sordos e hipoacúsicos.

Respecto de los limitados físico y motores, la Resolución núm. 13/1985 dispuso que las direcciones provinciales y municipales de educación establecieran las coordinaciones pertinentes con la Aclifim en sus diferentes instancias para la localización y cualquier otro tipo de gestión necesaria a fin de que todos los menores con limitaciones físicas o motores que pudieran valerse por sí mismos ingresaren en los centros docentes correspondientes del Sistema Nacional de Educación aun cuando usaren aparatos ortopédicos, tuvieran tratamiento médico sistemático y requirieran de la ayuda de sus padres, del colectivo de trabajo de la escuela y de los propios estudiantes. Asimismo estableció de forma experimental que la atención pedagógica a los niños impedidos físicos o motores graves que no permitiera su asistencia a la escuela se brindare de forma individualizada en el propio lugar de residencia del menor por maestros y profesores ambulatorios, lo cual fue hecho extensivo a los adultos en iguales circunstancias conforme con la Resolución 276/1990 de 12 de junio.

<sup>14</sup> En sede de política de empleo, se han dictado numerosas normas jurídicas que toman en consideración el propósito de la real inserción de las personas con discapacidad en el ámbito laboral, dentro de las que pueden mencionarse, por ejemplo, la Resolución núm. 69/1996 de 9 de diciembre del Ministro de Finanzas y Precios, cuyo propósito fue estimular la colocación en puestos laborales a personas que padecen algún tipo de discapacidad; La Resolución núm. 9/2005 de 11 de marzo del Ministro de Trabajo y de Seguridad Social incluye a los discapacitados en los incisos *b)* y *c)* del artículo 10, entre los sujetos comprendidos para ejercer el trabajo por cuenta propia; la Resolución núm. 22/2004 de 30 de junio del Ministro de Trabajo y de Seguridad Social, en cuyo último de los POR CUANTOS se señala que con el objetivo de garantizar el pleno empleo de las personas con discapacidad y tomando en cuenta la experiencia acumulada, se hace necesario adecuar relaciones laborales para propiciar el empleo de estas personas sustentado en importantes principios (*cf.* artículo 3). En sentido general esta última norma propicia la integración socio laboral de las personas con discapacidad mediante la conciliación de una política nacional de habilitación y rehabilitación profesional con las necesidades de fuerza de trabajo en los territorios. Su ámbito de aplicación se extiende a las personas con discapacidad que manifiesten voluntariamente interés de incorporarse al empleo o se encuentren labo-

En 2001, se diseñó en Cuba el Plan de Acción Nacional para la Atención de las Personas con Discapacidad, en cumplimiento del Acuerdo núm. 4048 del 5 de junio de ese propio año del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros. Este Plan constituye un compromiso gubernamental en el contexto de la política social y contempla tanto las tareas que ya se encuentran en marcha como las que se irán desarrollando, dando prioridad a las que son de necesidad más inmediata en el campo de la salud, educación, empleo, seguridad y asistencia social, incorporándole elementos de investigación, información e intercambio científico-técnico.

Además del empeño gubernamental y social en general, en la realización efectiva de ese Plan jugará un importante papel el propio colectivo de personas con discapacidad, especialmente sus organizaciones, que son quienes más pueden hacer para que se cumplan los objetivos que se encarga de promover. El Consejo Nacional para la Atención a las Personas con Discapacidad (Conaped) es el responsable de verificar su marcha y promover las coordinaciones necesarias para su aplicación. Conaped fue creado por Resolución núm. 4/1996 de 2 de abril del Ministro de Trabajo y de Seguridad Social con el propósito de continuar promoviendo las medidas eficaces para la prevención de discapa-

---

rando. Enuncia los principios que informan el empleo de tales personas. Crea un Registro en el cual los discapacitados en edad laboral, declarados inválidos parcial o totalmente, que se encuentren trabajando o reubicados, podrán solicitar su reevaluación por las comisiones de peritaje médico una vez registrados, a los efectos de su reubicación conforme con sus capacidades funcionales. Se establece el contrato de trabajo de formación y desarrollo para personas con discapacidad y el adiestramiento laboral, previo al establecimiento de la relación laboral, que tendrá por fin su preparación para el desempeño de la ocupación o cargo de que se trate. Se crean los Centros de Entrenamientos Socio Laboral. Reconoce el tiempo de trabajo y descanso y la seguridad del trabajo, de modo que el puesto de trabajo en que se ubiquen discapacitados no afecte su salud e integridad física.

ciudades y el logro de una integración plena en la vida social de los discapacitados.<sup>15</sup>

## II. LA REALIZACIÓN DE ACTOS JURÍDICOS CIVILES POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD

### 1. Capacidad y discapacidad: ¿lucha de contrarios?

Desde el punto de vista semántico, es claro que capacidad y discapacidad aparecen como antónimos irreconciliables, como opuestos que indican extremos distintos: el tener o no tener capacidad, esto es, aptitud para la realización de determinados actos.

Para la Organización Mundial de la Salud, *discapacidad* implica toda restricción o ausencia (debido a una deficiencia) de la capacidad para realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano.<sup>16</sup> Así, en términos

<sup>15</sup> Conaped está integrado por el Ministerio de Educación, Ministerio de Salud Pública, Ministerio de la Industria Ligera, Ministerio de Cultura, Instituto Nacional de Deportes, Educación Física y Recreación, Ministerio de Transporte, Ministerio de la Construcción, Instituto Cubano de Radio y Televisión, Ministerio de Justicia, el Ministerio de la Industria Sidero Mecánica y la Electrónica, Ministerio de Comunicaciones y la Informática, Ministerio de Comercio Interior, las Asociaciones de Personas Discapacitadas, la Central de Trabajadores de Cuba y especialistas de las organizaciones políticas y de masas existentes en Cuba.

<sup>16</sup> Así se entiende también en el Plan de Acción Nacional para la Atención a las Personas Discapacitadas, establecido en Cuba dentro de un marco intersectorial y multidisciplinario, vertebrado a nivel nacional, provincial, municipal y local, donde se distingue entre deficiencia, discapacidad y minusvalía del siguiente modo:

*Deficiencia:* corresponde a la consecuencia inmediata del daño (accidente o enfermedad). Es toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica.

Ejemplos:

Hemiplejía: (Deficiencia músculo-esquelética).

Afasia: (Deficiencia del Lenguaje).

médicos la capacidad es aptitud, la discapacidad ineptitud. La persona puede carecer de aptitud para el movimiento, para la comunicación, para atender su propio cuidado, entre otras actividades.

Para la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, según establece el inciso e) de su Preámbulo. Asimismo, según su artículo 1, entiende que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

De lo mencionado se desprende, por un lado la asunción del modelo social de discapacidad, al asumir que la discapacidad resulta de la interacción con barreras debidas a la actitud y al entorno. Y por otro, que la definición no es cerrada, sino que *incluye* a las personas mencionadas, lo que no significa que excluya a otras situaciones o personas que puedan estar protegidas por las legislaciones internas de los Estados.

La discapacidad puede provenir de diferentes causas, no importa su etiología, y abarca cualquier dificultad física, psíquica, sensorial o todas o varias de ellas combinadas, que hacen a la persona naturalmente incapaz para la realización de alguna actividad, de

---

*Discapacidad:* consecuencia funcional de una deficiencia a nivel de persona, que le dificulta la realización de actividades propias a cualquier sujeto normal en sus mismas condiciones.

Ejemplos:

Discapacidad de la locomoción a causa de una deficiencia músculo-esquelética (amputación de miembros inferiores.).

*Minusvalía:* es la consecuencia social, laboral, familiar, etc. que coloca a una persona portadora de una deficiencia y/o discapacidad en desventaja en relación a las otras personas de sus mismas características.

varias de ellas o de casi todas las que son comunes al resto de sus congéneres. Pero tal discapacidad natural, por supuesto, no afecta la capacidad jurídica *per se*, porque no niega la condición de persona del individuo afectado, que tiene personalidad y puede ser sujeto de derechos y obligaciones desde su nacimiento y hasta su muerte.

De modo que, en materia jurídica, especialmente en sede civil, capacidad y discapacidad no necesariamente son contrarios, la ineptitud física o psíquica no conlleva de forma ineluctable a la incapacidad, que sólo procedería cuando se pruebe que aquella, la discapacidad, priva a la persona de cabal juicio, de la posibilidad real de querer y entender, y de poder manifestar o expresar su voluntad adecuadamente, pues de lo contrario no tendría ésta significado jurídico: *voluntas in mente retentan voluntas non est*.

Sin embargo, pese a lo anterior, la concepción que se ha tenido sobre los discapacitados históricamente no ha sido congruente con su estado real. Por lo común, se han rechazado sus “deficiencias” y como resultado de ello no han integrado plenamente la sociedad, han sido apartados de ella, marginados u ocultados. Sin tomar en cuenta el carácter de su ineptitud, muchas veces se les ha impedido la realización de una serie de actos que no siempre estuvieron en correspondencia con aquella. Por regla general, se han considerado incapaces por su discapacidad, al menos en los casos en que ésta resulta evidente.

Ha primado en cuanto al tratamiento de la capacidad de estas personas el llamado modelo médico, partiendo de la consideración de que las personas “normales” poseen ciertas capacidades cognitivas —sentir, razonar, comunicarse de determinados modos o maneras consideradas apropiadas— que les convierten en “capaces” para tomar decisiones sobre su vida y sus derechos de un forma “correcta”, esto es, de manera libre, autónoma e independiente. Desde esta premisa, aquellas personas que no encajan en este patrón “estándar” abstracto e ideal —singularmente sujetos

con discapacidades psíquicas, mentales, psicosociales, en ocasiones también sensoriales— son directa o indirectamente etiquetadas como “incapaces”. La respuesta que el modelo médico ofrece a las personas que tienen dificultades para adoptar sus propias decisiones según los anteriores parámetros de “normalidad” consiste en negarles esa posibilidad restringiendo, limitando e incluso anulando su capacidad jurídica, confiriendo ese derecho a un tercero que completa su limitada capacidad, sustituyendo a la persona con discapacidad en la adopción de las elecciones que no puede realizar por sí misma y en el ejercicio de los derechos con ellas vinculados, lo que configura el modelo de sustitución en la toma de decisiones, pieza imprescindible del tratamiento de la capacidad jurídica desde la óptica de ese enfoque.<sup>17</sup>

Actualmente, se abre paso una nueva concepción sobre este particular conforme con el artículo 12 de la *Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad*.<sup>18</sup> A tenor de ese precepto, se da

<sup>17</sup> Patricia Cuenca Gómez, “La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CIDPD en el ordenamiento jurídico español”, trabajo presentado en la Comisión núm. 1 del Primer Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Buenos Aires, 10 y 11 de junio de 2010, p. 7 (en soporte digital).

<sup>18</sup> Artículo 12: “Igual reconocimiento como persona ante la ley 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica: 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes

un giro copernicano en el tratamiento clásico de la capacidad, que permite valorar a los individuos bajo un prisma más justo, sobre la base del principio de igualdad y no discriminación.

*2. Actos jurídicos civiles que pueden realizar por sí las personas con discapacidad*

Desde el modelo social de discapacidad se pretende que las respuestas sociales frente al fenómeno mismo de la discapacidad, sean abordadas desde el respeto a la igual dignidad de todas las personas y fundadas en base a los derechos humanos. En este marco, se proclama la inclusión de la diferencia que implica la diversidad psicosocial, como una parte más de la realidad humana. Así, la *Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad* no se limita a proclamar el reconocimiento de la condición de persona con personalidad y capacidad plena, sino que impone a los Estados signatarios la obligación de propiciar medidas que faciliten a las personas con discapacidad el acceso al apoyo que necesitan para el efectivo ejercicio de su capacidad y medidas de salvaguardia que coadyuven al respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, velando porque no haya conflicto de intere-

---

periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria” (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006).

ses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona. Cabe aquí hablar de discriminar, pero en el sentido de separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra y no en su acepción secundaria, hoy tan en boga: dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.

El régimen de graduación de la capacidad del menor, cada vez más acogido por las legislaciones,<sup>19</sup> es un ejemplo de buena “discriminación” en el sentido arriba apuntado. Se asemeja más a lo que naturalmente ocurre en la realidad que el Derecho regula, por lo que se tiende a reconocer el paulatino incremento de las aptitudes de quienes no han alcanzado la mayoría de edad. En esta línea, ofrece un valioso criterio Mesa Marrero<sup>20</sup> al señalar que “no parece razonable calificar la situación del menor de edad en términos absolutos, esto es, prescindiendo de la aptitud natural que progresivamente el menor adquiere y desarrolla a lo largo de esa etapa. Este planteamiento nos lleva a entender que la posición jurídica de la persona durante la minoría de edad no puede ser, por razones obvias, idéntica, de modo que tanto la capacidad de actuación que se le reconozca como las restricciones que se establecen a su capacidad de obrar deben valorarse en función de la aptitud natural del menor”.

Por razón de la edad, el Código Civil cubano establece tres estadios en cuanto al ejercicio de la capacidad: plena capacidad, a par-

<sup>19</sup> Como ejemplo pueden situarse el Código Civil de Brasil, artículos 3, 4 y 5, en Moraes Mello, Cleyson y Thelma Araújo Esteves Fraga, *et al.*, *O novo Código Civil comentado. Doutrina. Jurisprudencia. Direito comparado*, Río de Janeiro, Freitas Bastos, 2003 y el Código Civil argentino, artículos 54 y 55, en Luis F. P. Leiva Fernández, *Código Civil. Comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2006.

<sup>20</sup> Carolina Mesa Marrero, “Régimen jurídico de los menores e incapaces en el Derecho sucesorio”, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 43, julio-septiembre de 2002, p. 160, *cit. pos.* Sheila Sánchez Bergara, *Discapacidad, capacidad restringida e incapacidad en el ámbito de la testamentifacção activa*, Trabajo de Diploma, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2005, p. 22.

tir de los dieciocho años cumplidos; capacidad restringida, entre los diez años cumplidos y los dieciocho; incapacidad total, los menores de diez años.<sup>21</sup> La persona que padece alguna discapacidad que no le priva de discernimiento<sup>22</sup> ni le impide manifestar inequívocamente su voluntad, transita por las anteriores gradaciones de la edad, en cuanto al ejercicio de la capacidad, igual que cualquier otra persona “normal”.

Afectan también el ejercicio de los derechos, según nuestra principal Ley civil, las enfermedades físicas o mentales que padezca la persona. Si la discapacidad está asociada a alguna o algunas de ellas, tendrá restringida su capacidad de obrar, pero sólo en esos casos, pues debe recordarse que la regla general es la presunción de capacidad plena. Algunas pueden disminuir las condiciones de entendimiento y voluntad, más no anularlas, y permiten, por tanto, la realización de ciertos actos en correspondencia con la patología que el individuo presente. Si la enfermedad física o mental priva de raciocinio y enerva su posibilidad real de elegir un comportamiento asumiendo sus consecuencias, deberá ser declarado judicialmente incapacitado y no podrá ejercitar por sí sus derechos y obligaciones.

Una persona con discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales, puede ejercitar *per se* los derechos sobre bienes de los que resulte titular; podrá, como propietaria, usar y disfrutar bienes, administrarlos, disponer de ellos *inter vivos* y *mortis causa*. Todo ello, claro está, con las restricciones que imponga de hecho su propia discapacidad natural, pero no como resultado de una merma de su capacidad de obrar establecida por el ordenamiento jurídico.

<sup>21</sup> *Cfr.* Artículos 29, 30 y 31 del Código Civil cubano, Ley núm. 59 de 1987.

<sup>22</sup> El vocablo “discernir” tiene su origen en el prefijo “dis” y el verbo latino *cernire*, un verbo de raíz agrícola que originalmente describía la acción de tamizar el grano para apartarlo de la paja, y con el tiempo adquirió el sentido de “divisar”, de “distinguir con inteligencia”, y “manifestarse” algo. Véase Ricardo Rabinovich-Berkman, *Derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 2000, pp. 569-570.

Particularmente en cuanto a los actos de disposición relacionados con el patrimonio, debe tenerse en cuenta el tipo de discapacidad física que aqueja a la persona, así como el modo y grado<sup>23</sup> en que ésta incide en su capacidad de negociar, esto es, si puede o no, a pesar de la discapacidad, formarse una libre voluntad interna y comunicarla de modo inequívoco. Así, habrá de dilucidarse si pueden contratar, testar o aceptar herencias los que padecen de afecciones físicas que inmovilizan sus miembros o cuyos miembros han sido amputados pero se mantienen con posibilidad de hablar, los que padecen de afectaciones mentales o psíquicas, los afectados en la visión, el oído o el habla, de forma exclusiva o combinada cada una de estas modalidades. A nuestro juicio, podrán hacerlo si mantienen a pesar de su afección su capacidad jurídica, lo cual siempre se presume.

El artículo 50 del Código Civil cubano brinda cobertura a toda persona con competencias especiales para realizar actos jurídicos respecto a los cuales no tenga un impedimento en razón de la discapacidad física, psíquica o sensorial padecida. El precepto establece en su primer apartado que los actos jurídicos expresos pueden realizarse oralmente o por escrito, de modo que si la discapacidad afecta el habla, pero la persona puede expresarse por escrito, no existirá dificultad alguna para dar a conocer su voluntad, y ya hemos dicho que en nuestro país existen escuelas especiales para atender las deficiencias de estas personas que necesitan atenciones pedagógicas especiales que reducen al mínimo la posibilidad de que no sepan leer y escribir. Si la discapacidad afecta

<sup>23</sup> En Cuba no existe norma legal que fije grados de discapacidad o minusvalía vinculados al ejercicio de la capacidad, como ocurre en España, *u. gr.*, donde la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad establece ciertos baremos o porcentajes según la discapacidad que se padece, si física o psíquica, y el grado de minusvalía padecida, en correspondencia con el cual podría resultar o no titular de un patrimonio protegido.

la posibilidad física de escribir pero se mantiene el lenguaje oral, podrá exteriorizarse la voluntad de esta forma.

El apartado segundo del propio artículo 50 extiende incluso las posibilidades de actuación de las personas con discapacidades, pues se dispone en él que los actos jurídicos tácitos o los realizados por los que padezcan de alguna limitación que les impida expresar su voluntad oralmente o por escrito, pueden realizarse de cualquier otro modo comprensible, directamente o mediante intérprete. Se ofrecen de esta manera amplias posibilidades en cuanto a la forma de los actos jurídicos, y con esta norma de alcance general, se deja expedita la vía de exteriorizar una voluntad, *v. gr.* a través del lenguaje de las señas, o por el sistema Braille. Lo importante es que se comprenda el alcance de esa voluntad exteriorizada, aún y cuando no pueda ser expresada a través de la grafía (discapacitados físicos-motores) o del lenguaje oral (mudos). Cuando sea necesario el recurso del intérprete, ya de un sordomudo o de un sordociego, por ejemplo, éste tendrá la misión de hacerse entender frente a terceros, no versados en este particular lenguaje, de modo que no exista valladar que impida a la persona con tal discapacidad intervenir como cualquier otra en el tráfico jurídico.

El Código Civil, en este caso, ni siquiera exige que se acredite ante el funcionario correspondiente, como pudiera ser un notario, la titulación que habilita a quien se dice conocedor del lenguaje de señas, para el ejercicio de su función. Es suficiente que demuestre en la *praxis* sus conocimientos y los despliegue con eficiencia, permitiendo la comunicación de la persona con discapacidad con quien o quienes intervendrían en el acto jurídico a concertar, incluido, por supuesto, el funcionario autorizante. Se deja la forma del acto jurídico a las posibilidades de actuación del sujeto, según sus potencialidades y posibilidades reales, quien elegirá la vía mejor y más idónea para darse a entender, según se colige de la redacción del precepto apuntado, de acuerdo a sus particulares circunstancias, aún cuando existirán determinados actos donde la

imposición legal de una determinada forma requerirá de un análisis casuístico más detallado.

En el caso de los derechos personales, la persona con discapacidad puede concurrir como compareciente ante el registrador del estado civil a los fines de declarar o promover asuntos relacionados con los hechos o actos del estado civil de las personas. Los discapacitados sensoriales podrán hacerlo por medio de un testigo “idóneo”, además de los que la ley exige para el acto en cuestión, como sería el caso del matrimonio ante funcionario registral, en que la ley exige la presencia de dos testigos (*cfr.* artículo 59 inciso *i*), 6 *in fine* de la Ley del Registro del Estado Civil y artículo 114, tercer párrafo, del Reglamento de la Ley). El artículo 70 del nombrado Reglamento habilita esta actuación registral, exigiendo tan sólo que lo relativo a la presencia del testigo de asistencia se haga constar en el asiento o documento que se trate. Igualmente debe hacerse constar el auxilio en la lectura o en la firma que reciba el compareciente impedido de hacerlo por sí.

En sede de Derecho de familia, ningún impedimento físico es causa de limitación del derecho a formalizar matrimonio, salvo las cautelas que en el orden de las formalidades toma en consideración el legislador. En el acto mismo de formalización se tomarán las precauciones que ya se han señalado, desempeñando un papel significativo la figura del intérprete como testigo “idóneo”.

A pesar de lo anterior y aun cuando el sexo no constituye causa limitativa de la capacidad de obrar en nuestros días, no debe olvidarse que en el contexto social y familiar las mujeres siguen sufriendo muchas veces una “protección discriminatoria”, especialmente aquellas que padecen alguna discapacidad. El entorno familiar sigue oponiendo una fuerte resistencia para reconocer su papel de esposas y madres, aunque paradójicamente muchas mujeres con discapacidad representadas en el imaginario social como personas débiles y dependientes, se convierten en cuidadoras de madres y padres ancianos, de sobrinos y otros familiares. Por otra

parte, el personal médico desaconseja de forma sistemática los embarazos por considerarlos “de alto riesgo” ocultando su desconocimiento profesional para tratar una mujer con discapacidad en esa situación, temor que se manifiesta también en el momento del parto con la práctica generalizada de cesáreas, en la mayoría de los casos innecesarias.<sup>24</sup>

La posibilidad de formar una familia no se plantea como algo libremente elegido, ya que se da por supuesto que las mujeres con discapacidad no pueden tener pareja y formar una familia, en cualquiera de sus modalidades posibles, pues no cumplen con el estereotipo ideal de mujer que impera en la actualidad. Igual línea de pensamiento y acción se reitera cuando estas mujeres pretenden participar en programas de fertilidad o deciden adoptar. Con todo ello se advierte una vez más que la problemática que presenta la discapacidad no se fundamenta en la discapacidad como tal, sino que emerge desde la relación discapacidad-sociedad, arroja un resultado con fuertes características de exclusión y desintegración social, lo cual afecta a la familia involucrada.

En Cuba, la Federación de Mujeres cubanas promueve el trabajo social en función de lograr la plena igualdad de la mujer en todos los órdenes, particular que ya se ha logrado en el orden normativo. Especial atención se brinda a la mujer con discapacidad y su familia, desarrollando un trabajo diferenciado con las mujeres asociadas a la Asociación Cubana de limitados Físicos Motores (ACLIFIM); Asociación Nacional de Sordos de Cuba (ANSOC) y la Asociación Nacional de Ciegos (ANCI), fortaleciendo las relaciones e intercambios con cada una de las Asociaciones e incrementando la incorporación y participación activa de las mujeres con competencias diferentes a las actividades de la organización. A través

<sup>24</sup> Véase Manifiesto de las mujeres con discapacidad *Por nosotras y nuestras familias*. Disponible en [http://www.imagina.org/archivos/MANIFIESTO%20Mujeres\\_2004.doc](http://www.imagina.org/archivos/MANIFIESTO%20Mujeres_2004.doc) [Fecha de consulta: 2 de marzo del 2005].

de las Casas de Orientación a la Mujer y la Familia se desarrollan programas de orientación y educación a madres, padres, y familiares de niños y jóvenes con discapacidad y se propicia la incorporación de estas féminas con discapacidades a cursos que las adiestren en oficios que le permitan su superación e incorporación al trabajo. Las principales acciones en este sentido han ido dirigidas a buscar mayor participación de estas mujeres en la vida social y comunitaria, propiciar la superación cultural de las mismas y su acceso al empleo, la incorporación consciente de las jóvenes y mujeres no afiliadas a la Organización y la detección y contribución a la solución de los problemas sociales que las afectan.

Tampoco en el orden del ejercicio de la patria potestad, de la tutela o de la adopción, existen limitaciones a las personas con discapacidad, si bien la declaración judicial de incapacidad es motivo de suspensión de la patria potestad, según se dispone en el artículo 94 del Código de Familia cubano.

El artículo 27 del Decreto-Ley 234/2003<sup>25</sup> permite a los padres con hijos que padecen alguna discapacidad acogerse a una licencia no retribuida a partir del primer año de vida del niño o niña y hasta que éste cumpla los tres años, lo cual facilita el seguimiento de la conducta y comportamiento del menor durante estos primeros años de vida, sin que pierda la posibilidad de reincorporarse a su centro laboral. El alcance de esta norma se extiende también a los padres adoptivos y los parientes obligados a dar alimentos conforme con el Código de Familia y, según el inciso *d*) de su Disposición Transitoria Primera, se le atribuye carácter retroactivo dado el beneficio que entraña, por lo que a su tenor resultaron protegidos también los progenitores de aquellos menores con dis-

<sup>25</sup> Artículo 27: “La madre o padre trabajadores de un menor de edad que presenta una discapacidad física, mental o sensorial, amparada por dictamen médico que determine requiera una atención especial, puede acogerse a una licencia no retribuida a partir del primer año de vida del niño o niña y hasta que cumpla los tres años”.

capacidad que a la entrada en vigor de la norma aún no habían arribado a los tres años de edad.

### *3. Actos jurídicos civiles que requieren complemento de la capacidad de obrar*

El texto sustantivo civil en su artículo 30 reconoce la capacidad restringida, categoría en la que puede estar inmersa la persona con discapacidad y que permite graduar el ejercicio de la capacidad, de modo que conforme lo aprecie el órgano judicial, se le restringiría la esfera de actuación según el grado de madurez y las posibilidades físicas y sensoriales que el individuo tiene para encarar los actos de la vida. Empero, a los efectos del ejercicio de la capacidad lo que importa no es la declaración de restricción, que no cuenta con mecanismo establecido en nuestro ordenamiento legal, sino el grado de minusvalía que padezca el sujeto discapacitado, no existiendo tampoco preceptiva jurídica que establezca gradaciones para su apreciación.

El inciso *a)* del artículo 30 del Código Civil cubano concede al menor que ha cumplido diez años capacidad suficiente para disponer del estipendio que le ha sido asignado y, cuando alcance la edad laboral, de la retribución por su trabajo. No hay dudas en cuanto a esa capacidad parcial que puede ejercer respecto a tales actos pero, ¿acaso son los únicos que pueden estar encaminados a satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria, como en general les autoriza para actuar el enunciado que encabeza el precepto? Al no establecer el propio Código pautas que permitan determinar qué actos calificarían como tales, habría que deducir tal condición de un razonamiento aplicado a cada caso concreto, pues no son iguales las necesidades de todos los sujetos ni se proveen o satisfacen del mismo modo. Actos de administración o disposición de los bienes que se posean, por ejemplo, podrán ser en

algunos supuestos imprescindibles para la manutención elemental del individuo que los ejecuta y, en otros supuestos, no lo serán. Tomando en cuenta lo que supongo fueron principios inspiradores para el legislador de 1987 en cuanto a la progresiva capacidad del menor, considero que debe interpretarse el enunciado general del artículo 30 en sentido positivo, esto es, entender que tienen capacidad suficiente para realizar *todos* los actos que de un modo u otro contribuyan a satisfacer sus propias necesidades cotidianas, incluyendo las que no son de carácter patrimonial, y que las restricciones recaen sobre otros actos distintos, en los cuales necesitaría apoyo para el ejercicio de la capacidad a través de la institución de guarda que corresponda.

Tampoco ofrece el precepto herramientas útiles para determinar el significado exacto de “enfermedad o retraso mental”, supuestos del inciso *b)*, dejando ello a los aplicadores del Derecho, quienes tendrán que auxiliarse de los dictámenes periciales correspondientes en el proceso promovido a los fines de restringir la capacidad de obrar del sujeto. Desacertada es también la redacción del inciso *c)*, de ese artículo 30, pues coloca en la órbita de la capacidad restringida a “los que por impedimento físico no pueden expresar su voluntad de modo inequívoco”. Si en razón del impedimento físico que padece el discapacitado éste no puede expresar su voluntad inequívocamente y si la voluntad es el nervio central de cualquier acto jurídico, quien esté impedido de trasladarla del plano mental o subjetivo al externo o material, no estará en condiciones de ejercer por sí derechos y deberes jurídicos. Es dudoso, por otra parte, que un impedimento físico por sí sólo, no asociado a ninguna deficiencia orgánica o sensorial, pueda impedir exteriorizar la voluntad, por lo que el precepto se aleja de la realidad y resulta incongruente. Si el impedimento físico no afecta la posibilidad de manifestar de cualquier forma la voluntad sin equívoco, entonces la persona es plenamente capaz.

¿Cómo pueden intervenir los discapacitados en situación de capacidad restringida en actos jurídicos que excedan el ámbito de la simple satisfacción de las necesidades de la vida diaria? No existe en el orden adjetivo ningún proceso para la declaración de esa situación ni para dotar a la persona que se encuentra en ella de un régimen adecuado de protección o guarda. En el ámbito judicial cubano, los supuestos previstos por nuestro Código sustantivo en su artículo 30 o se incapacitan de forma absoluta o se mantienen totalmente capaces, haciendo perder virtualidad a la norma e impidiendo que se cumplan los objetivos de esta institución. Es evidente la necesidad de restablecer la figura de la curatela como institución de guarda a las personas discapacitadas en situación de capacidad restringida, a más de otros sujetos como los menores contemplados en el inciso *a)* del propio artículo 30 del Código Civil.

#### *4. Actos jurídicos civiles a través de representantes*

Los niños y niñas que padecen alguna discapacidad no tendrán la posibilidad de ejercitar sus derechos por sí mismos, pero ello no significa una discriminación por razón de la diferencia que les aqueje, sino simplemente un tratamiento igual por razón de la edad. En el artículo 7 de la *Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad* se establece que los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales *en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas*, garantizando además que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.

El menor de edad con discapacidad estará sujeto a patria potestad y serán sus padres los encargados de ejercitar sus derechos y representarlo en los actos jurídicos que procedan. Para la mejor protección de los hijos y evitar la promoción del expediente de tutela ante los tribunales, se prevé actualmente la posibilidad de prorrogar la patria potestad de los padres en casos de discapacitados severos antes de que éstos arriben a la mayoría de edad. Si el menor discapacitado no está sujeto a patria potestad, será a través del tutor designado por el tribunal competente, en virtud del Título IV del Código de Familia, que podrá intervenir en la realización de actos jurídicos.

En el caso de las personas con discapacidad, mayores de edad, incapacitados de obrar por sentencia judicial, estarán sujetos también a la tutela como institución de guarda y podrán ejercitar sus derechos a través del tutor.

La tutela y otras formas de guarda legal que pueden alcanzar a personas con discapacidades han adquirido gran importancia en el tráfico jurídico contemporáneo dada la comprensión más o menos generalizada de la necesidad de proporcionar adecuada protección y atención a las personas incapacitadas. Así, vienen recibiendo singular protagonismo las que se han denominado disposiciones y estipulaciones respecto a la propia incapacidad, destacando la doctrina<sup>26</sup> su indubitable trascendencia social y la multiplicidad de razones que permiten aconsejar que una persona, antes de llegar a la incapacidad para autogobernarse y comuni-

<sup>26</sup> Pueden señalarse, entre otros autores, Rivas Martínez, J. J., “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, en *Ponencias presentadas por el Notariado español – VII Jornada Notarial Iberoamericana*, Veracruz, México, Colegios Notariales de España, 1998; Rivera Álvarez, J. M., “Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad” en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, España, núm. 50, pp. 91-118; Nelly Talana de Brandi y L. R. Llorens, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Buenos Aires, Astrea, 1996; L. B. Pérez Gallardo, “De la autonomía de la voluntad y de sus límites”, Ponencia presentada en la III Convención Latinoamericana de Derecho, Colombia, Universidad de Antioquia, en LexSUM, Facultad de Derecho, U.H.

carse, pueda prever aspectos variados de su existencia, utilizando, entre otras, la vía de la autodelación de la tutela o autotutela.

La autonomía de la voluntad en el ejercicio de los derechos subjetivos para la protección de la propia persona, han servido de basamento teórico a los mecanismos que, de *lege ferenda*, se han invocado para atender la cobertura de la autotutela. Así, el derecho a la libertad personal, como derecho fundamental y como derecho inherente a la personalidad, incluye la posibilidad de disponer de la propia persona, sin más limitaciones que aquellas que respondan a las necesidades ontológicas, éticas y sociales. Como expresión concreta de ese derecho, nada obsta para que una persona en previsión de su propia incapacidad, que pueda sobrevenir en el futuro, estando en su cabal juicio designe a quien considera debe ser su tutor e, incluso, nombre sustitutos para el caso de que esa persona designada no pueda o no quiera asumir la guarda tutelar, si bien este negocio unilateral de naturaleza no recepticia tendrá una eficacia supeditada a la decisión judicial, pues en última instancia es el juez quien vigila y resuelve todo lo concerniente a la institución tutelar en las legislaciones, como la nuestra, que reconocen una tutela bajo control judicial.

Aunque no existe una prohibición expresa en nuestro ordenamiento jurídico respecto a esta particular forma de delación de la tutela, tampoco existen las que la refrendan, siendo necesario un cause legal idóneo para estos imperativos actuales, que se espera propicie el nuevo Código de Familia que se apruebe.

Otra figura de protección de posible aplicación a la persona con discapacidad es la guarda de hecho, que servirá para regularizar la situación de personas que atienden a discapacitados sin que se las haya deferido la tutela, interviniendo en su interés, aunque no en su nombre, en actos jurídicos que les beneficien.<sup>27</sup> Esta última

<sup>27</sup> Véase Rogel Vide, Carlos, “Sobre la guarda de hecho” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, octubre-diciembre de 2000. Afirma este autor que: “La

figura tiene su antecedente en nuestro medio en la asistencia social a domicilio que regula la Ley de Seguridad Social, Ley núm. 24 de 28 de agosto de 1979, que consiste en brindar atención y cuidados básicos de carácter personal, doméstico y social en su propio domicilio a aquellas personas cuya discapacidad le impide un desempeño normal en las actividades de su vida diaria. A través de los servicios que debe prestar el asistente social a domicilio, que recibe por ello un salario en correspondencia al tiempo de servicio que requiera el beneficiario de acuerdo al grado de dependencia y severidad de su discapacidad, salario que corre a cargo del presupuesto de Asistencia Social, se logra que personas de avanzada edad o discapacitadas que no tienen suficiente garantía para su cuidado, reciban protección en su propio medio, mantengan un vínculo social y afectivo y alcancen una vida más plena.

En general, debe recordarse que en el mundo de hoy las personas con discapacidad han pasado de ser “un objeto de protección” cuya voluntad debe ser completamente reemplazada, a ser “un sujeto pleno de derecho”, que debe ejercer su capacidad natural siendo apoyado y asistido en aquellos actos para los que no tiene la “capacidad suficiente”. Como dispone el mencionado artículo 12 de la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, los Estados signatarios deben asegurar medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica que proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos, de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos.

---

guarda de hecho —en efecto— es una situación, una relación jurídica informal todo lo irregular que se quiera, mas nunca un hecho jurídicamente irrelevante, como parecen pensar algunos que se dejan confundir por el aparejado a la guarda, sin entender que, bien visto ello, no implica guarda fáctica como contrapuesta a jurídica sino, por el contrario, guarda efectivamente ejercida y asumida de hecho, realmente, aun al margen de las formalidades legales”.

### III. PARTICULAR INCIDENCIA DE LA DISCAPACIDAD EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

#### 1. *Discapacidad y derecho de autor*

Recientemente, en junio de 2013, se celebró en Marrakech la Conferencia Diplomática sobre la conclusión de un tratado que facilite a las personas con discapacidad visual y a las personas con dificultad para acceder al texto impreso, el acceso a las obras publicadas.

En dicho tratado se recuerdan los principios de no discriminación, de igualdad de oportunidades, de accesibilidad y de participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad, proclamados en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y en la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, y los desafíos perjudiciales para el desarrollo integral de las personas con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, que limitan su libertad de expresión, incluida la libertad de recabar, recibir y difundir información e ideas de toda índole en pie de igualdad con otras, mediante toda forma de comunicación de su elección, así como su goce del derecho a la educación, y la oportunidad de llevar a cabo investigaciones, recalcando la importancia de la protección del derecho de autor como incentivo y recompensa para las creaciones literarias y artísticas y la de incrementar las oportunidades de todas las personas, incluidas las personas con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y compartir el avance científico y sus beneficios.

Teniendo en cuenta que gran cantidad de personas con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso vive en países en desarrollo y en países menos adelantados, se establece la necesidad de ampliar el número de obras en formato accesible y de mejorar su distribución, así como fortalecer la inci-

dencia positiva de las tecnologías de la información y la comunicación en la vida de esas personas con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso mediante la mejora del marco jurídico a escala internacional.

Por otra parte, la persona con discapacidades físicas, sensoriales y aún psíquicas, puede ser autora, pues para poseer tal condición basta el acto de creación. Para ser autor, por tanto, basta crear, sin que se exija capacidad específica para la realización de este acto, pues en muchas ocasiones la incapacidad de obrar no coincide con la ineptitud de la mente para la creación de una obra del ingenio. Así, afirma Ascarelli<sup>28</sup> que el Derecho va a tutelar la misma obra en cuanto objetivamente presente en ella determinados caracteres, al margen del *iter* psicológico requerido para su formación.

Pero distinta de la capacidad para la creación es la capacidad para hacer valer el derecho del autor y transmitir facultades integrantes del mismo a otros. No debe establecerse ninguna distinción de edad o relativa a otra condición física, psíquica o sensorial en lo que atañe a la capacidad creadora del autor, existiendo la posibilidad de crear obras intelectuales en cualquier edad o estado de la persona, pero en cuanto a la capacidad de obrar deben considerarse otros particulares. Sin embargo, nuestra Ley de Derecho de autor, Ley 14/77, no dedica ningún precepto a la capacidad del autor, ni alude en ningún artículo a supuestos de ejercicio del derecho de autor en caso de creadores menores de edad o incapacitados, por lo que habrá de regirse ésta por lo preceptuado, con carácter general, por el Código Civil.

Dada la especial naturaleza del Derecho de autor, el ejercicio de las facultades morales y patrimoniales que lo integran se encuentra estrechamente vinculado. Así, aunque nada dice nuestra Ley al respecto, debe entenderse que las facultades morales, por su

<sup>28</sup> T. Ascarelli, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, trad. de E. Verdera y L. Suárez Llanos, Barcelona, Bosch, 1970, p. 654.

carácter personal, deben ser ejercitadas por el propio autor, aun en aquellos casos de autores menores de edad, tengan o no alguna discapacidad; no podrá, a nuestro juicio, sustituir su voluntad en este caso el representante legal, pues ello atentaría contra la propia esencia protectora de la institución de la representación en su vertiente legal. Si un autor menor de edad decide hacer salir de su esfera íntima la obra que ha creado, por ejemplo, de la que se siente plenamente satisfecho y su representante legal coincide con tal criterio, pienso que para poder realizar la divulgación efectiva de la obra podría concurrir como parte a un contrato de explotación económica de aquella, pero al no poder otorgar personalmente su consentimiento en dicho contrato, so pena de nulidad según lo preceptuado por el artículo 67, inciso *b*) del Código Civil, su representante legal actuará en su nombre, en aplicación del artículo 32 del propio texto legal.

Si, por el contrario, un autor menor de edad, tenga o no discapacidad, considera que su obra no debe ser divulgada, mientras que su representante legal considera que es positivo y conveniente que sea conocida por el público, la situación es diferente. Se produce aquí un conflicto de intereses que la doctrina se inclina mayoritariamente por resolver a favor del menor que tiene la condición de autor.<sup>29</sup> Es adecuado este criterio, pues al ser la facultad de decidir la divulgación de carácter personal, la voluntad del autor es intransmisible e inalienable, aunque menor de edad, no puede ser sustituida por la de su representante legal y tomada la decisión de no divulgar por parte de aquel, no cabe pensar en la posibilidad de concertar contrato alguno relativo a la reproducción de la obra u otra forma de explotación económica de la misma.

Puede producirse también otra situación diferente, cuando el autor menor de edad desea divulgar su obra pero su representante

<sup>29</sup> Véase Carmen Pérez de Ontiveros Baquero, *Derecho de autor: la Facultad de decidir la divulgación*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 116 y 117.

legal se opone a ello. El conflicto planteado en este caso resulta de solución más difícil y controvertida que en los supuestos anteriores, pues se podría considerar que el representante toma en cuenta razones que tienden a salvaguardar los intereses del menor como base para su negativa a la divulgación de la obra de éste y, en tal sentido, su actuación sería entendida dentro de los límites que la ley establece para el ejercicio de su representación.<sup>30</sup> Ni siquiera en tales casos, para otros,<sup>31</sup> sería admisible la intervención judicial para solucionar tal conflicto, pues esta intromisión sólo estaría justificada cuando entren en juego razones económicas, pero no cuando se mezclen con aquellas razones de índole personal o moral, como las que tienen que ver con la fama o el buen nombre del autor.

En nuestro caso, ante la ausencia de preceptos especiales al respecto, tendríamos que acudir a lo previsto por el Código Civil para aquellos supuestos en que existen conflictos de intereses entre el menor y su representante legal. A tales efectos, el artículo 60 dispone que siempre que el representante legal tenga un interés opuesto a su representado, corresponde al fiscal la representación de este último.<sup>32</sup> Vale señalar que consideramos que esa intervención del fiscal sería procedente en caso de manifestarse el conflicto de intereses con ambos padres cuando ejercen conjuntamente la patria potestad, pues si sólo se presenta con uno de los progenitores, representará directamente al hijo aquél de entre ellos que no se oponga a la decisión de divulgación tomada por el menor de edad. Tal representación del padre o del fiscal estaría dirigida a lograr la divulgación efectiva de la obra a través del correspondiente

<sup>30</sup> Desbois, H., *Le droit d'auteur en France*, París, Dalloz, 1978, p. 619.

<sup>31</sup> Véase Carrelli, G., *L'autore minorene*, "Il Diritto di Autore", Roma, 1938.

<sup>32</sup> Sobre la intervención del fiscal en aquellos casos en que existen conflictos de intereses entre el menor y sus representantes en ocasión del ejercicio de la patria potestad, Véase Venus Rodríguez Hernández, y Aniuska Capote Arias, *Los conflictos de intereses y el acto jurídico consigo mismo*, Trabajo de Diploma, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, julio 2001, pp. 15-39.

contrato con el utilizador, o sea, a la prestación del consentimiento para la formalización de dicho contrato, no a la decisión de divulgar que como facultad moral previa corresponde sólo al autor, aún menor de edad y sin plena capacidad de obrar, incluso con discapacidades, como ya se ha apuntado.<sup>33</sup>

En cuanto a la situación del autor con limitaciones en el ejercicio de su capacidad o incapacitado totalmente de obrar por razón de enfermedad física o mental, se entiende que son válidas las consideraciones anteriores respecto a las obras que creen luego de la correspondiente sentencia judicial que declare su situación y determine el régimen de protección a que quedará sometido. En cualquier caso, como regla, sólo a él corresponde decidir si su obra debe o no ser divulgada, y para la divulgación efectiva de la misma transmitirá sus facultades patrimoniales a través de su representante legal, que será el encargado de otorgar materialmente el consentimiento en el correspondiente contrato con el utilizador. En caso de conflicto de intereses como los descritos en supuestos de menores, cabe seguir la misma línea arriba apuntada.

Sin embargo, en el caso de un autor afectado por sentencia judicial que declare su incapacidad parcial o total, por demás discapacitado, puede darse la situación adicional de que hubiera creado obras antes de la firmeza de dicha resolución judicial, respecto

<sup>33</sup> Es necesario destacar que algunas leyes sobre derecho de autor exigen obligatoriamente el consentimiento personal del autor, aún cuando se trate de un menor o incapacitado, para la conformación de los contratos a través de los cuáles se transmitan facultades relativas a la explotación económica de obras por ellos creadas. En tal sentido, resultaba emblemática la ley francesa de 1957, que en su artículo 53 disponía: “Será obligatorio el consentimiento personal del autor dado por escrito. Sin perjuicio de las disposiciones que rigen los contratos celebrados por los menores y los sujetos a interdicción, el consentimiento se exigirá aún cuando se trate de un autor legalmente incapacitado, salvo si este se encuentra en la imposibilidad física de otorgar su consentimiento. Las disposiciones del párrafo anterior no serán aplicables cuando el contrato de edición esté suscrito por los derechohabientes del autor”.

a las cuales haya decidido la divulgación, e incluso puede haber concertado contratos para hacer efectiva dicha divulgación antes o durante la tramitación procesal de su incapacidad. ¿Serían válidos dichos contratos? Se considera que el consentimiento otorgado por el incapaz antes de la firmeza de la sentencia que lo inhabilita para el ejercicio de su capacidad cumple los requisitos legales exigidos para que sea efectivo, y en tal sentido no cabría la declaración de nulidad de los contratos concertados por éste durante esa etapa, aunque pienso que si el representante legal del incapacitado aprecia la existencia de vicios en el consentimiento, puede impugnar el negocio como parte interesada e instar su anulación al órgano jurisdiccional, en virtud de lo previsto por los artículos 69 y siguientes del Código Civil cubano.

Puede también darse la situación de personas cuya deficiencia o enfermedad, además de persistente, es insalvable, sin que exista la posibilidad de que sigan creando obras, pero que antes de la incapacitación plena habían realizado creaciones aún no divulgadas y sin que se conozca cual era su intención respecto a ellas ni estar en condiciones, aunque vivas, de poder dar a conocer si desean o no que dichas obras salgan de su esfera íntima. Aunque la facultad de decidir la divulgación es de carácter personal y sólo corresponde al autor, considero que en casos como éstos debe atenuarse el carácter absoluto de este derecho, pues lo contrario podría traer graves perjuicios al propio creador, que no podría obtener beneficio económico alguno por la explotación de su obra, estando posiblemente necesitado de realizar significativos desembolsos por razón de su estado de salud. También la sociedad podría verse afectada al no poder disfrutar la obra, lo que puede considerarse en determinados supuestos como un daño causado al desarrollo cultural.

Se considera que en esos casos excepcionales, puede admitirse que sean los representantes legales los que tomen la oportuna decisión, con la debida autorización judicial, siempre que el incapaz no se hubiera manifestado en contra de ello antes de la causa que

provocara su estado actual, de forma similar a como ocurre en el caso de obras póstumas, que pueden los herederos divulgar si no existe oposición que hubiera manifestado en vida el autor.

#### IV. DERECHO CIVIL PARA UNA SOCIEDAD INTELIGENTE.

##### RETOS Y PERSPECTIVAS. CONSIDERACIONES FINALES

Si sólo son inteligentes las sociedades justas, al decir de Marina,<sup>34</sup> el Derecho civil que construimos desde el presente y para el futuro debe contribuir a la justicia para evitar el fracaso de la inteligencia colectiva. “Somos híbridos de neurología y cultura”, añade el autor citado, y destaca que la interacción continua de los hombres es el fundamento de la inteligencia social.

En esa interacción participan personas con competencias diferentes, que por sus características no siempre logran ser tomadas en cuenta y ejercer los derechos que les corresponden como seres humanos. “La enfermedad o la limitación no pertenecen a la biología, sino que a la relación desde la cual el ser humano considera que un organismo, un sistema u otro ser humano, no satisfacen cierto conjunto de expectativas”, afirma el destacado biólogo y filósofo chileno Humberto Maturana.<sup>35</sup> Si queremos una sociedad justa, debemos lograr la integración a ella de todas las personas, con independencia de sus aptitudes físicas, psíquicas o sensoriales, que sólo diferencian a unas personas de otras pero que no restan el sentido de lo humano de cada ser.

Para conseguirlo, resultan claves, pero insuficientes si se trabajan separadamente, las políticas que comprometan al poder público en la realización de programas y obras a favor de los más

<sup>34</sup> Marina, *op. cit.*, p. 159.

<sup>35</sup> Véase Humberto Maturana, *El sentido de lo humano*, Santiago de Chile, Dolmen, 1997.

desvalidos de la sociedad, y por otra parte, el sistema normativo que coadyuve al ejercicio de sus derechos. Un eje central que debe manejar cada política sobre discapacidad, es la prioridad porque la sociedad, con la educación y culturización suficiente, se convierta en una sociedad sin características de discriminación. Los esfuerzos se orientan hacia la creación de una sociedad justa que sea integradora de diferencias.

El reto es ser una sociedad universalmente inteligente, la perspectiva es ir logrando metas menos ambiciosas, pero que exigen un “uso público de la inteligencia personal”, en función de evitar fracasos operativos. En este sentido, el Derecho civil y de familia deben establecer los mecanismos más adecuados para permitir que las personas con discapacidad puedan tener a su alcance múltiples variantes como expresión de su autonomía privada, para realizar con eficacia todo tipo de acto jurídico, civil y familiar, sin carecer de la necesaria protección. Las instituciones de guarda que normalmente acompañan a las restricciones en el ejercicio de la capacidad deben atemperarse a la realidad, pero también a nuestras aspiraciones para hacer efectivo el apoyo que requieren los discapacitados por cualquier causa, en busca de su real integración.

El decir definitivamente “adiós” a la discriminación, marginación u olvido que sufren las personas con discapacidad no es tarea que puede acometer el Derecho civil aisladamente; debe insertarse, por el contrario, en el complejo entarimado social que pretende resolver tales conflictos de forma inteligente, es decir, justa, para lograr la felicidad de cada persona y de toda la colectividad. Pero sin el marco jurídico apropiado que este sector del Derecho proporciona, teniendo como centro de atención a la persona y su dignidad humana, tampoco podría lograrse. Por eso, si lo trasladamos metafóricamente y gráficamente a la música, pudiéramos decir que las políticas públicas conforman el violín, mientras que las normas civiles y familiares son el arco que se desliza sobre sus cuerdas para obtener las notas exactas que queremos escuchar. No dejemos

mudo al violín creando una nueva discapacidad, también los sordos quieren escuchar su música...

## V. BIBLIOGRAFÍA

- Albaladejo, Manuel, *Derecho civil. Introducción y Parte General*, t. I, vol. II, Barcelona, Bosch, 1996.
- Bonilla Sánchez, Juan José, *Personas y derechos de la personalidad*, Madrid, Reus, 2010.
- Carbonel Crespí, José A., *Los documentos de voluntades anticipadas. Legislación estatal y autonómica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- Cárdenas González, Fernando A., *Incapacidad. Disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad*, México, Porrúa, 2006.
- Cuenca Gómez, Patricia, “La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CIDPD en el ordenamiento jurídico español”, trabajo presentado en la Comisión núm. 1 del Primer Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Buenos Aires, 10 y 11 de junio de 2010 (en soporte digital).
- Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, t. I, Madrid, Tecnos, 1994.
- Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de las personas*, Lima, Rhodas, 2006.
- Jiménez Salinas, Juan C., “La autotutela como forma de protección a la dependencia”, en Provea Fundació Pro Vellesa Autònoma, 2008.
- LLoveras, Nora y Marisa Herrera [dirs.], *El derecho de familia en Latinoamérica. Las familias y los desafíos sociales*, vol. 2, Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, 2012, p. 685.
- Marina, Jesús A., *La inteligencia fracasada. Teoría y práctica de la estupidez*, Barcelona, Anagrama, 2004.

- Maturana, Humberto, *El sentido de lo humano*, Santiago de Chile, Dolmen, 1997.
- Mesa Marrero, Carolina, “Régimen jurídico de los menores e incapaces en el Derecho sucesorio”, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 43, julio-septiembre de 2002.
- Moreno Nápoles, Raúl J., “Análisis crítico de la actividad notarial en la previsión de la propia incapacidad: la autotutela”, *Tesis en opción al grado de Especialista en Derecho Notarial*, bajo la dirección de Caridad del C. Valdés Díaz, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2007.
- Pérez Gallardo, Leonardo B., Carlos M. Villabella Armengol y Germán J. Molina Carrillo [coord.], *Derecho familiar constitucional*, Puebla, Grupo Editorial Mariel, 2016.
- Pérez Gallardo, Leonardo B., Carlos M. Villabella Armengol y Germán J. Molina Carrillo, [coord.], *Derecho civil constitucional*, Puebla, Grupo Editorial Mariel, 2014.
- Pérez de Vargas Muñoz, José [coord.], *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Madrid, La Ley, 2006.
- Rivas Martínez, Juan José, “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad” en *Ponencias presentadas por el Notariado Español. VII Jornada Notarial Iberoamericana*, Veracruz, Colegios Notariales de España, 1998.
- Rogel Vide, Carlos, “Sobre la guarda de hecho”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, octubre-diciembre de 2000.
- \_\_\_\_\_, *Estudios de Derecho civil. Persona y familia*, Madrid, Reus, 2008.
- Sánchez Bergara, Sheila, “Discapacidad, capacidad restringida e incapacidad en el ámbito de la *testamentifactio* activa”, *Trabajo de Diploma*, La Habana, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2005.

*Fuentes legales*

*Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo*, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006 (en soporte digital).

Constitución de la República de Cuba con las reformas de 1992, en *Gaceta Oficial Extraordinaria* núm. 7 del 1o. de agosto de 1992.

Código Civil de la República de Cuba, Ley núm. 59/1987 de 16 de julio, anotado y concordado con los ordenamientos cubano y español por Ángel Acedo Penco y Leonardo B. Pérez Gallardo, Madrid, Dykinson, 2005.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, Ley núm. 7/1977 de 19 de agosto; Ley núm. 50/1984 de 28 de diciembre *De las Notarias Estatales*, editada por el Minjus, mayo de 1986 y su Reglamento contenido en la Resolución 70 /1992 de 9 de junio del Ministro de Justicia.

Ley núm. 51/1985 de 15 de julio, *Ley del Registro del Estado Civil y su Reglamento*, contenido en la Resolución núm. 157 de 25 de diciembre de 1985 del Ministro de Justicia, Ministerio de Justicia, 1986.

*Proyecto de Código de Familia*, versión digital de noviembre/04. (en soporte digital).

Proyecto de Constitución de la República de Cuba, La Habana, Empresa de Artes Gráficas Federico Engels, 2018.

## 7. LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD POR LA SALA DE LO CIVIL Y DE LO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO CUBANO\*

Leonardo B. Pérez Gallardo

### I. LA NECESARIA SENSIBILIZACIÓN DE LOS JUECES EN TEMAS DE DISCAPACIDADES

En los últimos años una parte importante de la producción científica de los civilistas de nuestro entorno socio-jurídico, esencialmente de aquellos que se han concentrado en el Derecho de las personas, ha versado sobre las personas con capacidades diferentes, o personas con discapacidad. El tema ha ido calando también en el plano social. El Derecho es expresión de la realidad social como parte de la superestructura que es, responde a ella y acude en su tutela.

No cabe duda que el principal motor impulsor, desde 2006 hasta la actualidad, ha sido la Convención Internacional de los Dere-

\* Publicado en la *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Caracas, núm. 10, julio-diciembre de 2017, pp. 869-912.

chos de las Personas con Discapacidad (CDPD), aprobada en Nueva York, en el seno de las Naciones Unidas. El modelo que propone la Convención significó un renacer en la manera de ver la discapacidad, de ahí que en el propio Preámbulo en su inciso *e*) se reconoce que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Dos temas de vital interés para adecuar los modelos de regulación jurídica de la capacidad de las personas al dictado de la Convención, a saber: el sentido evolutivo del concepto, lo cual se hace palpable de 2006 a la fecha en el propio uso del lenguaje, incluso en leyes protectoras de las personas con discapacidad, remarcado después por la jurisprudencia constitucional foránea. En este orden, es dable estudiar las últimas sentencias dictadas por la Corte Constitucional de Colombia, de valor ejemplarizante en lo que vengo explicando. Así, la Sentencia C-458-15, del 22 de julio (magistrada ponente: Ortiz Delgado) conoció la demanda de inconstitucionalidad contra expresiones contenidas en normas, incluso protectoras de las personas con discapacidad en las que se habían utilizados términos —a juicio de los demandantes—, peyorativos de este sector de la población, al calificarlos a partir de su situación de discapacidad.<sup>1</sup> Y es que, a juicio de la Corte:

<sup>1</sup> Así: “Los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales”, “invalides”, “inválido”, “minusvalía” o “discapacitados”, contenidas en los artículos 26, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45 y 157 de la Ley 100 de 1993, “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”; “Personas con limitaciones físicas, sensoriales y psíquicas, con capacidades excepcionales”, “personas con limitaciones”, y “personas con limitaciones físicas, sensoriales, psíquicas, cognitivas, emocionales” previstas en el artículo 1, en el enunciado del capítulo 1 del título 3, y en los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 115 de 1994, “por la cual se expide la Ley General de Educación”; “Personas discapacitadas”, contenida en el artículo 4 de la Ley 119 de 1994, “por la cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, se deroga el Decreto 2149 de 1992 y se dictan

Aunque expresiones hacen parte de subsistemas normativos que buscan la protección de los sujetos a los que hacen referencia, la Corte considera que el lenguaje utilizado sí atenta contra la dignidad humana y la igualdad, pues no se trata de palabras o frases que respondan a criterios definitorios de técnica jurídica; son solamente formas escogidas para referirse a ciertos sujetos o situaciones, opciones para designar que no son sensibles a los enfoques más respetuosos de la

---

otras disposiciones”; “Limitado auditivo”, “sordo” y “población sorda”, que se encuentran en los artículos 1, 7, 10 y 11 de la Ley 324 de 1996, “por la cual se crean algunas normas a favor de la población sorda”; “Personas con limitación”, “limitación”, “minusvalía”, “población con limitación”, “limitados”, “disminución padecida”, “trabajadores con limitación”, “normal o limitada”, “individuos con limitaciones”, previstas en el título y en los artículos 1, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 45, 49, 50, 51, 54, 59, 60, 63, 66, 67, 69 y 72 de la Ley 361 de 1997, “por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”; “Población minusválida” y “minusválidos”, contenidas en el artículo 29 de la Ley 546 de 1999, “por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de ahorro destinado a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda y se expiden otras disposiciones”; “Invalidez” e “inválido”, que se encuentran en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, “por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones”; “Inválido” e “invalidez física o mental”, previstas en el párrafo 4 del artículo 9 y en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, “por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”; “Minusválidos” y “población minusválida”, contenidas en el artículo 1 de la Ley 1114 de 2006, “por la cual se modifica la Ley 546 de 1999, el numeral 7 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002 y el artículo 6 de la Ley 973 de 2005 y se destinan recursos para la vivienda de interés social”; “Discapacitado”, que se encuentra en el artículo 66 de la Ley 1438 de 2011, “por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”; “Invalidez” y “minusvalía”, previstas en el artículo 18 de la Ley 1562 de 2012, “por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional”.

dignidad humana. Los fragmentos acusados generan discriminación porque corresponden a un tipo de marginación sutil y silenciosa consistente en usar expresiones reduccionistas y que radican la discapacidad en el sujeto y no en la sociedad. Con ello, definen a los sujetos por una sola de sus características, que además no les es imputable a ellos, sino a una sociedad que no se ha adaptado a la diversidad funcional de ciertas personas. No cabe ninguna duda del poder del lenguaje y más del lenguaje como forma en la que se manifiesta la legislación, que es un vehículo de construcción y preservación de estructuras sociales y culturales. Ese rol de las palabras explica que las normas demandadas puedan ser consideradas inconstitucionales por mantener tratos discriminatorios en sus vocablos. Cabe recordar que el mandato de abstención de tratos discriminatorios ostenta rango constitucional (artículo 13 CP) y por tanto cualquier acto de este tipo —incluso cuando se expresa a través de la normativa— está proscrito. Las expresiones usadas por el Legislador no son neutrales, tienen una carga no sólo peyorativa en términos de lenguaje natural, sino violatoria de derechos en términos de las últimas tendencias del DIDH que ha asumido el enfoque social de la discapacidad. En ese sentido no podrían ser exequibles expresiones que no reconozcan a las personas en condición de discapacidad como sujetos plenos de derechos, quienes a pesar de tener características que los hacen diversos funcionalmente, deben contar con un entorno que les permita desenvolverse con la mayor autonomía posible, pues son mucho más que los rasgos que los hacen diversos y pueden ser parte de la sociedad si ella se adapta a sus singularidades y les da el valor que les corresponde como individuos, en concordancia con el derecho a la dignidad humana (artículo 1, CP).

Por su parte, la Sentencia C-042/17, del 1 de febrero (magistrado ponente: Arrieta Gómez), conoció de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 2 (parcial), 8 (parcial), 10 (parcial), 12 (parcial), 14 (parcial), 15 (parcial), 16 (parcial), artículo 17 en su totalidad, y 32 (parcial) de la Ley 1306 de 2009, por

considerar que las normas vulneran los derechos reconocidos a las personas en situación de discapacidad tanto en la Constitución Política de Colombia, en los artículos 1, 13, 47, 68, 70, como en la CDPD, en el artículo 12, la cual, a su vez, fue aprobada por Colombia mediante la Ley 1346 de 2009, que hace parte del bloque de constitucionalidad.

Según el escrito, las disposiciones contienen una carga de carácter peyorativo al emplear vocablos como “sufrir” y “padecer”, contrariando la interpretación constitucional que la Corte habría hecho en una ocasión previa al condicionar la constitucionalidad de ciertas expresiones a una comprensión acorde a la normativa internacional vigente con miras a eliminar connotaciones negativas para referirse a quienes se encuentran en dicha situación.

El problema jurídico que esta Sentencia se planteó fue si el legislador había vulnerado el derecho a la igualdad y a la dignidad de las personas en situación de discapacidad, al haber utilizado: (i) las palabras “afectar”, “sufrir” y “padecer”, que, se alegaba, contenían una carga negativa, y no abordaban la discapacidad como fruto de la diversidad humana y (ii) el concepto de “discapacidad absoluta” por considerarse que no era acorde con el derecho internacional de los derechos humanos en la materia.

En su Sentencia la Corte Constitucional dejó sentado que:

[E]n cuanto a la función de las expresiones “padece, sufran, sufre y padezcan”, en los artículos examinados, es claro que cumplen una función referencial cuyo sentido es el de indicar que los sujetos referidos tienen una característica funcional u orgánica señalada. La interpretación literal y aislada de la palabra permitiría deducir que se utiliza una carga emotiva negativa frente a condiciones inherentes a las personas que son sujetos de las medidas de protección, pero a la luz del contexto, la lectura constitucionalmente admisible sería aquella que le dé a las expresiones un carácter simplemente referencial y no calificativo. La lectura desde el modelo social, diferencia entre la diversidad

funcional u orgánica —entendiéndola como parte de la diversidad humana—, y la discapacidad. Si bien esta última es concebida como una restricción de derechos y por lo tanto [...], es válido considerarla como una barrera a superar; la diversidad funcional u orgánica es, en cambio, una condición propia del individuo, que de ninguna forma puede entenderse bajo una carga emotiva negativa. En los artículos examinados, la interpretación del demandante es que las expresiones hacen una calificación negativa de condiciones que hacen parte de la diversidad humana. A partir de la diferencia conceptual que ha adoptado esta decisión y que se sustenta en una larga evolución del derecho y de la jurisprudencia constitucional al respecto, una función calificativa de las expresiones en las normas examinadas resultaría inadmisibles, pues no es válido aceptar que la diversidad humana y sus manifestaciones sean objeto de rechazo. Sin embargo, cuando las expresiones pueden tener un significado constitucionalmente aceptable, la Corte debe guardar la expresión por el principio de conservación del derecho. En este caso, las expresiones pueden ser entendidas con un objeto simplemente referencial, con el sentido de “tiene(n)” o “con”, y así interpretadas, desligadas de toda carga emotiva, dichas expresiones serían constitucionalmente admisibles.

En el fundamento de la decisión adoptada, la Corte se expone en el sentido de que:

No es admisible la utilización de palabras cuyo significado, a la luz del contexto y objetivo de una norma, tengan el efecto de descalificar una expresión de la diversidad humana, como lo es, la diversidad funcional u orgánica de las personas. Cuando las expresiones usadas por el legislador admitan una interpretación acorde a la Constitución, la Corte debe preferir dicha interpretación. Además, el legislador debe adoptar un enfoque sensible de la dignidad humana para evitar que las leyes contengan expresiones que puedan reforzar los estereotipos y paradigmas que fomentan la discriminación y el rechazo.

Por último, la Sentencia C-147-17, del 8 de marzo (magistrada ponente: Ortiz Delgado), también discurre por los mismos senderos. En ella se resuelve la acción pública de inconstitucionalidad contra la expresión “al discapacitado,” contenida en el inciso noveno del artículo 2 de la Ley 1145 de 2007, “[p]or medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad y se dictan otras disposiciones”.

En esta Sentencia, la Corte Constitucional deja dicho que:

[E]xisten expresiones que no son neutrales, pues no se refieren a términos técnicos o científicos, pero son utilizadas para referirse a las personas en condición de discapacidad y pueden resultar violatorias del derecho a la dignidad humana, pues son formas lingüísticas escogidas para identificar a ciertos sujetos o grupos, pero que configuran un tipo de marginación sutil y silenciosa, con un enfoque reduccionista del ser que hace radicar su esencia en la situación de discapacidad.

Bajo este supuesto, se trata de palabras que fueron incluidas en normas jurídicas por parte del Legislador y que se caracterizan por: *i*) no ser neutrales en términos peyorativos; *ii*) tienen un alto contenido emotivo o ideológico; *ii*) producen efectos normativos, en el sentido de que configuran una afrenta al sistema axiológico que sustenta la Carta; y *iv*) constituyen un escenario reduccionista y deshumanizante de la persona a quien pretende identificar.

Esta Corporación estableció que esta expresión (“al discapacitado”) hacer parte de subsistemas normativas que buscan la protección de las personas en condición de discapacidad, sin embargo, el lenguaje utilizado atenta contra la dignidad humana y la igualdad, pues no responden a criterios técnicos jurídicos o científicos, sino que fueron utilizadas para referirse a ciertos grupos o situaciones que desconocen los enfoques más respetuosos de la dignidad humana.

De esta manera, en el presente asunto, la expresión objeto de censura constitucional atenta contra la dignidad humana, pues [...] no se trata de un lenguaje que responda a criterios definitorios de técnica jurídi-

ca, sino que, por el contrario, se trata de un léxico jurídico insensible a los enfoques más respetuosos del ser humano, pues evidencia un elemento de identificación de la persona en razón a su condición de discapacidad.

El fragmento acusado es la expresión de un escenario de exclusión velado y oculto, que configura una expresión reduccionista sobre una sola de las características de la persona, que además no les es imputable, puesto que aquella recae en una sociedad que no se adapta a la diversidad funcional de los seres humanos.

La Corte llama la atención en relación con la ubicación normativa de la expresión demandada, pues hace parte de una ley que establece la política pública para la atención de las personas en condición de discapacidad, y que además constituye un criterio hermenéutico transversal a la misma, bajo el entendido de que los beneficiarios de las medidas de equiparación de oportunidades serán los “discapacitados”.

En efecto, la presencia del fragmento acusado en la norma previamente descrita, genera un escenario nocivo para el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad, pues traza directrices inconstitucionales para la implementación y ejecución de las políticas públicas en la materia, debido a la configuración de criterios interpretativos que identifican a los beneficiarios de las mismas a partir de visiones reduccionistas y de marginación por su especial situación, y que además distorsiona el concepto de diversidad funcional, propia del sistema social de discapacidad.

En ese sentido, se trata de un léxico legal que genera una mayor adversidad para las personas en situación de discapacidad, más aun si proviene de la ley que regula las políticas públicas de las cuales son destinatarios, pues ubican su situación como un defecto personal, que además, los convierte en seres con capacidades limitadas y con un valor social reducido. Esta carga peyorativa y vejatoria, propia de la palabra en cuestión, hace más difíciles los procesos de dignificación, integración e igualdad de este especial grupo.

La expresión usada por el Legislador no es neutral, pues tiene una carga peyorativa que además, desconoce el enfoque social de la discapacidad. En ese sentido, la palabra contenida en la disposición normativa mencionada previamente, impide reconocer a las personas en condición de discapacidad como sujetos de plenos derechos, con capacidades funcionales diversas, que requieren de un entorno que les permita desenvolverse con la mayor autonomía posible y ser parte de la sociedad si aquella se adapta a sus singularidades y les da el valor que les corresponde como personas.

De esta manera, la efectividad de la dignidad humana, exige la implementación de ajustes razonables, que en este caso fueron eludidos por el Congreso al establecer expresiones denigrantes para referirse a este especial grupo, que por demás, tiene una especial protección constitucional.

En conclusión, la expresión acusada es inconstitucional por utilizar un lenguaje degradante que desconoce la dignidad humana y el enfoque social de la discapacidad.

Como vemos, se trata de un concepto en continua evolución, verlo de otro modo sería negar su propia esencia. Y segundo, el modelo social de derechos humanos que la Convención preconiza y que se esfuerza en que sea incorporado por los ordenamientos jurídicos internos.<sup>2</sup> El viraje que se da en este orden ha permitido

<sup>2</sup> En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha expresado en el caso *Furlan y familiares vs Argentina*, Sentencia de 31 de agosto de 2012 que: “toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos [...] no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con disca-

cambiar no sólo esquemas legales, sino sobre todo esquemas mentales, sustentados en un modelo médico-rehabilitador, paternalista, excesiva y desmesuradamente tuitivo, en el que se sustituyen voluntades, más que una política de acompañamiento a las personas con capacidades diferentes en la toma de decisiones, conforme con sus preferencias. Este modelo se sustenta en el valor a la dignidad inherente al ser humano (inciso *f* del Preámbulo), en la diversidad como *ratio esendi* de las personas con discapacidad (inciso *i* del Preámbulo). De ahí el lenguaje que hoy se emplea al hablar de personas con capacidades diferentes, pues a fin de cuentas, eso somos, personas cuyas potencialidades y capacidades son distintas, y en consecuencia a partir de esas diferencias se justifica la existencia de apoyos y salvaguardas que busquen la realización de la persona, pero sin relegarla a ser actores y actrices secundarios de su propia vida. La reafirmación de la realización personal a través de tomas de decisiones, con el apoyo de personas afectivamente cercanas, su verdadera integración social y jurídica son cometidos de la Convención. Por ello:

la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso” y “la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones” (incisos *j*) y *n*) del Preámbulo). Sólo así se podrá incidir en una más palpable y valedera integración social. En fin, “el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás personas ha devenido un desafío enorme, entre otras razones porque

---

pacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras”.

implica la deconstrucción de una parte importante de sus principios. Y podría afirmarse que parte de esta deconstrucción se está llevando a cabo, a través de los valores que sustentan los derechos humanos.<sup>3</sup>

Estos principios enarbolados por la Convención centellean todo el sistema de derechos humanos y se extienden a las Constituciones políticas de los Estados. Eso busca la Convención, que sus principios irradian los ordenamientos jurídicos internos desde la Constituciones. No se trata de proteger a ciegas a las personas con capacidades diferentes como una política de Estado, sino que esta protección se enfoque desde los derechos humanos, de manera que a partir de la Convención, el derecho al ejercicio de la capacidad jurídica no sea sólo un derecho subjetivo ejercitable por el ciudadano frente al resto de la sociedad amparado por los códigos civiles y leyes especiales a tal fin, sino un derecho humano exigible también frente al Estado y como derecho humano ha de tener no sólo tutela constitucional sino también supraconstitucional, su conculcación habilita al ciudadano a demandar al Estado frente a los cortes o tribunales de derechos humanos. En ese orden se hace necesaria no sólo la cobertura legal, sino también la sensibilidad de los jueces.

Si se lee con detenimiento lo expresado en el inciso *k*) del Preámbulo de la CDPD, se constata como desde él se deja sentada la preocupación de “que, pese a estos diversos instrumentos y actividades, las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo”, o sea, que hasta la fecha de aprobación de la Convención —y diría que incluso después—, cuesta que las

<sup>3</sup> Agustina Palacios, “El ‘derecho a tener derechos’. Algunas consideraciones sobre el ejercicio de la capacidad jurídica y la toma de decisiones con apoyos”, en *Derechos de las personas con discapacidad*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa/Defensoría General de la Nación, 2017, p. 25.

personas con capacidades diferentes logren una verdadera integración social. Como denuncia el modelo de derechos humanos, la discapacidad no es un tema de la biología humana, la clave está en la sociedad. Es la sociedad la que en el interactuar de la persona con discapacidad coloca barreras, impone obstáculos, multiplica los valladares con los cuales las personas con capacidades diferentes colisionan en su diario actuar a los fines de concretar las más disímiles actividades de la vida diaria. Y no se trata solamente del derecho a la libre accesibilidad en el orden estructural-funcional. Me refiero al mero desenvolvimiento de las personas, a su libre actuar e incluso a la libre configuración de los actos jurídicos de los que son protagonistas, y en el mejor de los casos se les protege a través de otras personas que no hacen sino sustituir la voluntad de aquéllos, sobre todo en lo que concierne a personas con discapacidades psíquicas e intelectuales.

La modulación del ejercicio de la capacidad jurídica es uno de los retos que impone la Convención. Vivimos en un mundo lleno de matices. Es imposible entonces que las personas en razón del ejercicio de su capacidad jurídica sean simplemente capaces o incapaces como si de una ecuación trigonométrica se tratara, de ahí la posibilidad de que sean los jueces los que restrinjan o restituyan (según el caso que se someta a su foro de actuación) parcialmente el ejercicio de la capacidad jurídica según las potencialidades de la persona. Se trata de modular, modificar, ajustar a las posibilidades de actuación el ejercicio mismo de dicha capacidad jurídica. Como sostiene Agustina Palacios “la CDPD ya no permite preguntar si la persona con discapacidad tiene la capacidad para ejercitar su capacidad jurídica, sino que redirecciona la pregunta a dilucidar qué requiere la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”.<sup>4</sup> Los jueces han de ponerse entonces

<sup>4</sup> A. Palacios, “El ‘derecho a...’”, *cit.*, p. 24.

el traje de orfebres y esculpir en arcilla la pieza que se adecue al torso de cada persona, sin ideas preconcebidas, sin prejuicios, sin estereotipos.

En el entorno cubano se va avanzando, no lo niego y de ello dan fe las sentencias que se han ido dictando en los últimos años, pero aún falta mucho. Ante todo se impone una cabal reforma a las leyes sustantivas y procesales que permitan ajustar los dictados de la CDPD a nuestro ordenamiento interno, arcaico y desfasado de los reclamos que en materia de discapacidad se exigen desde el Derecho. Y no sólo a partir de la CDPD, sino también en las cien Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad.<sup>5</sup> Empero, para avanzar se necesita ante todo sensibilidad humana. Los jueces deben tener conocimiento del tema y además han de estar al día en los estudios doctrinarios sobre discapacidad, tener herramientas jurídicas de la mano, saber interpretar el Derecho, integrar los principios generales y ahondar en la aplicación, no sólo del Derecho interno, sino también de los tratados internacionales de derechos humanos. Pero aún con todo ello, se hace imprescindible la sensibilidad del juez, más allá del sentido de una norma legal. Se impone entender la discapacidad, desterrar temores y esquemas geoméricamente trazados. Así, de la resolución que modifica el ejercicio de la capacidad jurídica, no puede pretenderse que describa al dedillo el actuar futuro de esa persona, al ser suficiente trazar líneas directivas, incluir categorías sobre los actos jurídicos para los cuales necesitaría apoyo,

<sup>5</sup> En la citada Sentencia de 31 de agosto de 2012 (Caso Furlan y familiares *vs* Argentina), la CIDH expresa que: “los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad. El debido acceso a la justicia juega un rol fundamental para enfrentar dichas formas de discriminación”.

pero es impensable que en ella se disponga como la sombra al cuerpo como será el discurrir de la vida de la persona cuyo ejercicio de la capacidad jurídica se modula. Hay que romper con el maniqueísmo judicial a cuyo tenor resulta más sencillo declarar judicialmente incapacitado ante el menor asomo de una discapacidad intelectual o psíquica. Para ello el artículo 12.4 la Convención —al regular las salvaguardias a las que pueden estar sujetos las personas con discapacidad—, deja dicho que “Esas salvaguardias [...] se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”. De ahí la necesidad de una revisión periódica que permita ajustarlas a las circunstancias que se impongan en cada momento.

En este proceso de sensibilización con los temas vinculados con la discapacidad se hace necesario además la formación que los jueces puedan tener. Como agudamente ha apuntado la profesora Pereña Vicente:

La formación ha de existir no sólo para quienes ejercen o vayan a ejercer en el futuro los cargos tutelares o de apoyo si llegan a denominarse así, sino para todos los actores implicados. En especial para jueces y fiscales que, además de formación, para poder individualizar realmente las medidas han de trabajar con un equipo multidisciplinar, de modo que exista una visión de la discapacidad en movimiento, es decir, no sólo que conozcan el origen o diagnóstico de la discapacidad sino cómo se va a manifestar la misma y sus síntomas en el día a día de la persona, en qué medida afectan a su percepción de la realidad y su proceso de toma de decisiones, qué alteraciones produce la enfermedad en las relaciones con la familia y el entorno, cuál es el grado de aceptación y conciencia de la propia enfermedad y, en consecuencia, si existe o no aceptación de un tratamiento; cuál es la situación eco-

nómica y laboral, si ha recibido formación, la edad en la que se ha manifestado la discapacidad; el grado de socialización; la dependencia que la misma genera para actos de la vida cotidiana.<sup>6</sup>

Los jueces requieren, además, interiorizar en la necesidad de dar riendas a las personas con discapacidad. Los tiempos imponen abogar por el apoyo, el auxilio en la toma de decisiones, el respeto a la diferencia<sup>7</sup> y el actuar conforme con las preferencias. No podemos hacer con el prójimo lo que no queremos que nos hagan a nosotros. En la misma medida que respetemos esas preferencias y esas decisiones, nos estaremos respetando a nosotros mismos. Los jueces son sensores, son la boca de la ley, compete a ellos construir las herramientas judiciales con las que se viabilicen las expectativas que hoy día tienen las personas con capacidades diferentes para afianzar su propio yo y vivir su vida en tiempo presente y en primera persona.

<sup>6</sup> Montserrat Pereña Vicente, “La incidencia de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad en el sistema español de incapacitación judicial”, en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe, 2a circunscripción, Rosario, núm. 7, año IV, 2012, pp. 76-77.

<sup>7</sup> Como expresa Lidón Heras, “el valor real de la diferencia en la sociedad se mide a través del goce de los derechos y respeto de cada individuo. Así, el reconocimiento de la diversidad requiere la radical aplicación del principio de igualdad, lo que supondrá un mapa social más rico y fortalecido, ya que se definen espacios en los que cabe la participación de todos, mediante la real y efectiva equiparación de oportunidades”. Véase Leonor Lidón Heras, *La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad ¿Por qué una toma de conciencia? Una propuesta para los medios de comunicación*, Madrid, Editorial Universitaria, Ramón Areces, 2011, p. 151.

Sobre el tema véase también Paola H. Jelonche, “Diversidad intelectual, autonomía y nuevo rol del asesor legal”, en *Revista Académica Discapacidad y Derecho*, núm. 4, octubre de 2007, IJ-CDLXXXII-970 (en soporte informático).

## II. EL ALTO FORO Y LA CDPD:

¿PUEDEN LOS JUECES CUBANOS APLICAR  
DIRECTAMENTE UN TRATADO INTERNACIONAL  
DE DERECHOS HUMANOS RATIFICADO POR EL PAÍS?

Al decir de Pérez Silveira al comentar el artículo 20 del vigente Código civil cubano:

[L]a eficacia de la norma internacional dependerá de la forma en que se acepte, se recepcione y se cumpla en y por los Estados destinatarios, proveyéndola de los efectos requeridos. A tal fin deberá establecerse una adecuada conformidad o integración con el Derecho nacional, como reflejo de los compromisos internacionales asumidos por el Estado. Su adecuación no deberá limitarse a la mera sincronía entre unos y otros, sino también extenderse a resolver aquellos supuestos en los que el ordenamiento interno precise de solución ante la existencia de conflicto entre las normas internas y el tratado, como también a los casos en los que este último requiera del desarrollo de normas internas para ser ejecutables. En segundo lugar, en pos de la referida eficacia, y proyectado hacia sus efectos, los órganos del Estado deberán igualmente quedar investidos de funciones internacionales, que se añaden a las que deberán cumplir por su propia naturaleza y competencia en el orden interno [...], a los efectos de observar y proceder al cumplimiento de lo dispuesto en sus normas.

Es de destacar la importancia que representa la existencia de una coherencia, entre la asunción de obligaciones en el plano internacional, a partir de la incorporación y la ratificación a un tratado, y su debido cumplimiento por parte de los Estados. Sería inadmisibles que un Estado que ha adoptado determinadas obligaciones en el plano internacional, interprete, realice actos o adopte disposiciones que resulten contrarias a dichas obligaciones y consecuentemente,

coloque a las normas internaciones en una especie de compartimentos estancos.<sup>8</sup>

O sea, ante todo se impone la recepción en el ordenamiento interno de un tratado internacional ratificado por Cuba, lo cual implica la necesaria coherencia —a que Pérez Silveira se refiere—, en la noción de sistema jurídico. No obstante y ante la falta de armonía entre el tratado internacional y el ordenamiento jurídico doméstico, la labor de los tribunales puede contribuir a paliar estos efectos nocivos, en tanto que, una vez ratificado un tratado internacional sus disposiciones forman parte del Derecho de ese Estado. Particular relieve tendrían dentro de estos tratados aquellos reguladores de derechos humanos.

Como aduce en la muy reciente doctrina Patria Romero Puentes

[e]n cuanto a la forma de incorporación al derecho interno, el tratado puede ser auto-aplicativo (*self-executing*) o no aplicativo. Como ya se conoce, con base en el principio de la soberanía de los Estados, los mismos necesitan la cumplimentación de ciertos aspectos formales para poder ingresar al orden jurídico interno de los Estados, dependiendo del sistema de recepción. Sin embargo, esta regla no es aplicable a todos los tratados. Hay tratados sobre ciertas materias que no necesitan de acto formal alguno para ser vinculantes a los órganos internos de los Estados.

Ciertamente, existen contenidos como los relativos a [...] los derechos humanos que se han aplicado directamente por los tribunales nacionales. En Cuba [...] no se identifica alguna norma que prohíba la aplicación directa de ciertos tratados internacionales que tengan las

<sup>8</sup> Maelia Esther Pérez Silveira, “Comentarios al artículo 20”, en *Comentarios al Código Civil cubano*, tomo I. *Disposiciones preliminares. Relación jurídica*, volumen I (artículos del 1 al 37), Leonardo B. Pérez Gallardo [dir.], La Habana, Félix Varela, 2013, pp. 311-312.

características antes mencionadas. No obstante, a la práctica judicial dejamos la última palabra.<sup>9</sup>

Parece ser que la práctica judicial, en efecto, ha tenido la última palabra y ha acudido a los tratados internacionales para colmar las lagunas que el Derecho interno, tanto civil como familiar cubano tienen,<sup>10</sup> de modo que *v.gr.*, determinadas acciones familiares han sido ejercitadas con éxito, precisamente amparadas en tratados internacionales como la Convención de los Derechos del Niño o, en otro caso, asentadas sobre la base de la aplicación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.<sup>11</sup> Estos tratados, al ser de derechos humanos, y en consecuencia, tratados autoaplicativos tras su ratificación por la República de Cuba, forman parte del Derecho aplicable por los tribunales cubanos. Especial merecimiento tiene en este estudio la aplicación por el Tribunal Supremo de la CDPC que ha abierto nuevos espacios para releer la discapacidad en el Derecho cubano.

<sup>9</sup> Yunier Romero Puentes, *Derecho internacional público. Parte general*, p. 175 (en imprenta).

<sup>10</sup> Sobre el tema, en el Derecho patrio, véase *per omnia*, Ernesto Dihigo, “Valor de los tratados ante los tribunales nacionales”, en *Revista Cubana de Derecho*, año XXXVIII, núm. III (100), julio-septiembre de 1956, pp. 32-54. El célebre autor concluía en su trabajo que los tratados internacionales, para ser válidos y efectivos ante los tribunales nacionales, habrían de ser aprobados conforme con las reglas constitucionales de cada país y para surtir efectos en relación con los individuos particulares, habrían de ser debidamente promulgados o publicados. En la nota 18 del trabajo, el autor consigna sentencias y autos en los que los tribunales (de instancia) o el propio Tribunal Supremo habían interpretado y aplicado tratados internacionales, en concreto, véase pp. 53 y 41, respectivamente.

<sup>11</sup> Sobre este tema en el orden del Derecho familiar la respuesta que ha dado el Tribunal Supremo *vid.* lo que ya he escrito: “El Derecho familiar cubano y los nuevos tiempos: el brío jurisprudencial” en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, año IX, núm. 6, julio 2017, pp. 65-89.

III. CAPACIDADES DIFERENTES Y EJERCICIO  
DE LA CAPACIDAD JURÍDICA: RESTITUCIÓN PARCIAL  
DEL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA.  
ALGUNOS INFLUJOS EN LOS FALLOS  
DE TRIBUNALES DE INSTANCIA

Por la impronta que ha tenido este fallo judicial, comienzo el análisis de las sentencias en las que la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo ha aplicado directamente la CDPC, de modo paradigmático con la Sentencia núm. 752 de 30 de septiembre de 2016 (ponente: Valdés Rosabal).<sup>12</sup> En dicha Sentencia se aplican los artículos 1 y 12 de la Convención.

Se trata de un proceso sobre restitución del ejercicio de la capacidad jurídica de una persona con esquizofrenia paranoide en una etapa en que se ha restablecido de los episodios o brotes, en el entorno que ofrece un ordenamiento jurídico como el cubano que no ha adaptado el Derecho interno a los principios o postulados de la Convención. La procedencia de la restitución parcial del ejercicio de dicha capacidad, vista con una nueva mirada que pretende dar una visión más inclusiva, más social, más holística de las personas con capacidades diferentes, comprendido el ejercicio de la capacidad como un derecho humano y expresión de una de las libertades fundamentales de las personas. Todo ello inspirado en un modelo de inserción social en colisión con el modelo tradicional de la incapacitación, como mecanismo de suplencia

<sup>12</sup> Un comentario más explícito de esta Sentencia puede consultarse en Leonardo B. Pérez Gallardo, “Restitución parcial del ejercicio de la capacidad jurídica y establecimiento de apoyos en función de asistencia: La inédita solución, para Cuba, del Tribunal Supremo que abre las puertas a la aplicación directa del artículo 12 de la CDPC (Comentarios a la Sentencia núm. 752 de 30 de septiembre de 2016 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo)”, en *Revista de Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 79, mayo 2017, pp. 271-291.

o sustitución de la capacidad de obrar, lo que obliga a adoptar un sistema de apoyo o asistencia en la puntual proporción que la persona lo demande, según las específicas circunstancias en ella concurrentes, para el acto o negocio a realizar, realzando como premisa que sólo requieran de ayuda temporal y en determinadas esferas de actuación, lo que encuentra asidero legal en el artículo 12.3 del expresado instrumento internacional, de obligado acatamiento para las naciones que la ratificaron.

En efecto, ante la solicitud por la tutora de una persona judicialmente incapacitada, de la restitución del ejercicio de la capacidad jurídica de su pupila,<sup>13</sup> diagnosticada con esquizofrenia paranoide que se vale por sí misma, no muestra alteraciones del contenido del pensamiento, y exhibe mejoría evidente de su trastorno psicótico; equilibrio y estabilidad que le ha permitido al tiempo el ejercicio

<sup>13</sup> Tómese en cuenta la peculiar naturaleza de este proceso incoado en la instancia por la tutora y que responde al deber que le compete *ex lege* (artículo 153.2 del Código de Familia) de procurar por el restablecimiento del ejercicio de la capacidad de la persona sometida a tutela que en el orden procesal se traduce en la incoación de un proceso de esta naturaleza, si bien en el caso lo que correspondía, como atinadamente falló el Tribunal Supremo era la restitución parcial del ejercicio de la capacidad. Se trata de un proceso ordinario, cuya sentencia tiene eficacia constitutiva y cuya finalidad es modificar la situación de incapacitación de una persona, ya sea por haber cambiado las circunstancias que motivaron el establecimiento de tal estado civil, y en consecuencia haber recuperado plenamente el ejercicio de la capacidad jurídica, o por darse una situación de naturaleza modificativa, en tanto se pretenda adecuar la resolución judicial a las potencialidades o capacidades de la persona. Si bien, como se sostiene en la doctrina científica la finalidad de estos procesos es conseguir una nueva resolución judicial que adapta la situación de la persona con discapacidad a las nuevas circunstancias según el dictado del artículo 12 de la CDPD, su fundamento está en proteger la dignidad inherente y la integridad moral de las personas, potenciar su propia autonomía y poder de decisión conforme con las circunstancias que operen en cada momento. De ahí lo circunstancial de la revisión judicial de la sentencia (véase artículo 12.4 de la propia Convención). Para un estudio del tema desde una arista procesal, Véase Julio Banacloche Palao, *El proceso de reintegración de la capacidad de obrar. Doctrina, jurisprudencia, formularios*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

de una actividad laboral por cuenta propia, como repasadora de idioma inglés, cumpliendo de forma diligente sus obligaciones tributarias, se proyecta de forma coherente y respetuosa en la comunidad, con suficiente integración al entorno social, asume labores ordinarias del hogar, y que atiende adecuadamente a su hijo, pero sin duda alguna, diagnosticada con una enfermedad mental de esquizofrenia paranoide cuya principal característica es que afecta la personalidad del individuo en el área de su psicología, con síntomas de orden positivo, a través de delirios y alucinaciones, y negativos, en el sentido de evidenciar déficits cognitivos en la persona que la padece, con el paso del tiempo, y que como regla se conservan tanto la claridad de la conciencia como la capacidad intelectual, sin embargo, de seguir el tratamiento prescrito por los especialistas, los síntomas pueden prevenirse y evitarse, como de igual manera si se abandona es probable que reaparezcan, de manera que, siendo episódico el curso del mentado padecimiento con remisiones que pudieran ser parciales, completas o crónicas, hace entender al tribunal que ciertamente concurre en el caso la causal de restricción de la capacidad de obrar prevista en el artículo 30 inciso *b)* del Código civil, por razón de enfermedad mental, cual indica que el sujeto que la sufre, si bien no goza a plenitud de la capacidad de hecho, tampoco son nulas sus aptitudes para el ejercicio de todos los derechos y obligaciones que comprende, lo que se traduce en que podrá realizar determinados actos y cumplir las específicas obligaciones que su horizonte de discernimiento le permita, actuación que ha de entenderse válida y eficaz a todos sus efectos en el tráfico jurídico, fijándose además al amparo del artículo 12.3 de la CDPD, a cuyo tenor se establece la posibilidad de los Estados partes de fijar apoyos que asistan en determinados actos a la persona a la que se le restringe en el ejercicio de la capacidad jurídica (en el caso concreto que se juzga que se le restituya parcialmente dicho ejercicio), sin los cuales dichos actos no tendrán eficacia alguna.

En dicho fallo el Alto Foro sienta como doctrina que más que la propia enfermedad que pueda padecer el individuo, prevalece la aptitud necesaria para obrar por sí mismo, para actuar libremente acorde a la voluntad de querer o hacer determinada cosa. En este orden, ha de prevalecer la flexibilidad del estatuto de la incapacitación, pues el diagnóstico de una enfermedad mental o trastorno psíquico no debe interpretarse, sin más, como sinónimo de discapacidad, ni que impida a la persona enferma gobernarse por sí, en el alcance posible; validar lo contrario se traduce en apartarse de proceder con absoluto apego al beneficio y respeto de salvaguardar la dignidad y autonomía de la persona, básica expresión de su libertad e igualdad como derechos fundamentales.

Constituye un rigor excesivamente formalista hacer coincidir el estado de enfermedad que padece la persona con una declaración de incapacidad absoluta, cuando las circunstancias clínicas y de hecho que rigen su actual conducta no mutilan en toda su extensión sus facultades cognoscitivas y volitivas de modo que afecte completamente su potencialidad de entender o querer; base fáctica que en recta observancia de los postulados de la CDPD, de la que Cuba es signataria, inclina a sentar una graduación de su restringida capacidad, con el primordial objetivo de evitar una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica de la persona judicialmente incapacitada, en apoyo a su participación plena y efectiva en la sociedad, y en análogas condiciones con los demás. Por consiguiente, ha de ponderarse que se ha revertido la situación jurídica previamente declarada, en su beneficio, y que es capaz para obrar por sí, en la extensión y límites que su nivel de discernimiento le permita; sin que la enfermedad de esquizofrenia paranoide que tiene diagnosticada, trunque por sí, de forma perpetua, toda posibilidad de reinserción social, familiar y laboral, como dejan sentado las sentencias de las inferiores instancias, contrario a lo que preconiza la estructura normativa del citado instrumento internacional, desde el propósito que sienta en el artículo 1 y demás principios y regulacio-

nes que lo integran a fin de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Llama la atención en la sentencia que se comenta la aplicación directa de la Constitución y del artículo 12 de la CDPC. Sin dudas en los últimos años, la Sala de lo Civil y de lo Administrativo ha empleado en la fundamentación jurídica de sus sentencias la Constitución de la República, de modo que la carta magna ha dejado de concebirse como un programa político, para ser aplicada como norma jurídica que es. Tómese en cuenta que la Constitución es la suprema norma de un Estado, pero en esencia es también una norma jurídica que en respeto al principio de jerarquía normativa sienta las pautas para un desarrollo legislativo que le complemente a través del principio de reserva de ley. Las normas constitucionales también pueden dar cobertura y servir de sustento a los fallos judiciales. Como en el Derecho patrio, advierte la profesora Prieto Valdés, “no existe disposición constitucional o legal que impida la realización o eficacia directa de la voluntad popular constituyente. Todo lo contrario. No hay fundamento constitucional para no invocarla; no hay nada que limite para que ella sea, como debe ser y fue concebida, como disposición normativa superior del ordenamiento jurídico, expresión cimera del Derecho vigente”.<sup>14</sup>

En efecto, en la segunda sentencia, o sentencia que el Supremo Tribunal dicta al anular la sentencia de instancia por una razón de infracción de ley, y restringir el ejercicio de la capacidad jurídica —*rectius* restituir parcialmente el ejercicio de la capacidad jurídica—, amparado en el artículo 30 *b*) del Código Civil vigente, tuvo que acudir a la autointegración del Derecho al no encontrar una

<sup>14</sup> Martha Prieto Valdés, “En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976. Un breve comentario”, en *Revista Cubana de Derecho*, Unión Nacional de Juristas de Cuba, núm. 31, enero-junio de 2008, p. 14.

solución concreta en el Código de familia que sólo regula la tutela como institución de guarda y protección para los menores de edad no provistos de progenitores con titularidad y ejercicio de la patria potestad, y para los mayores de edad, judicialmente incapacitados. En ambas circunstancias, la tutela se erige desde una visión positivista en la única figura tuitiva de la persona y bienes. Ahora bien, teniendo en cuenta que no procedía en el caso mantener a la incapacitada en el régimen de incapacitación y someterla a la tutela, pues

si bien no es totalmente incapaz, al quedar dictaminado según eficaz criterio de experticia que su facultad cognoscitiva no está sustancialmente disminuida [...] cierto también es, que no es plenamente capaz, diagnosticada como le ha sido una enfermedad mental de esquizofrenia paranoide cuya principal característica es que afecta la personalidad del individuo [...] ello hace entender que ciertamente concurre en el caso la causal de restricción de la capacidad de obrar prevista en el artículo treinta, inciso *b*) del Código Civil, por razón de enfermedad mental, cual indica que el sujeto que la sufre, si bien no goza a plenitud de la capacidad de hecho, tampoco son nulas sus aptitudes para el ejercicio de todos los derechos y obligaciones que comprende, lo que se traduce en que podrá realizar determinados actos y cumplir las específicas obligaciones que su horizonte de discernimiento le permita, actuación que ha de entenderse válida y eficaz a todos sus efectos en el tráfico jurídico [Segundo Considerando].

Empero, en tales circunstancias sobre la base de la aplicación directa de los artículos 9 *a*), pleca 3a, 41 y 42 de la Constitución, el primero de los cuales, a cuyo tenor el Estado ha de garantizar a los ciudadanos “la libertad y la dignidad plena del hombre, el disfrute de sus derechos, el ejercicio y cumplimiento de sus deberes y el desarrollo integral de su personalidad”, o sea, a tono con la CDPD consagra el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la libertad y a la dignidad, aplicada en el caso conforme

con el interés superior de las personas con discapacidad y los otros dos, al refrendar los principios de igualdad y no discriminación, respectivamente, ambos con realce en los casos de personas con discapacidad, los que vienen en sustento del fundamento de la sentencia, para lo cual el Supremo Tribunal decide emplear la figura de los apoyos, como vía idónea para viabilizar el libre desarrollo de la personalidad de las personas en situación de discapacidad, potenciar su autonomía y su libertad en la toma de decisiones relativas a su persona y bienes, con el debido auxilio o colaboración que los apoyos designados puedan brindarle. O sea, el Supremo Tribunal, ante la ausencia de instituciones de guarda y protección, decide recurrir a valores o principios constitucionales que consagran derechos fundamentales de las personas, con especial énfasis en personas en situación de vulnerabilidad, sustentada en su situación de discapacidad. Como expresa la profesora Prieto Valdés: “En ningún momento se ha formulado impedimento, ni se puede, de interpretar las disposiciones legales y generales conforme con la Constitución, o desde la Constitución, sino que ella puede —y debe— emplearse como norma patrón en caso de lagunas o desregulaciones conscientes y de contraste ante antinomias, a los efectos de encontrar la solución al caso”.

No es de extrañar entonces que en la segunda sentencia, dictada por el Supremo Tribunal, en sustitución del tribunal de instancia, echara manos de la CDPD en su artículo 12.3 y fijara apoyos alternativos (madre y hermano de la persona a la que se restituyó parcialmente el ejercicio de la capacidad), rompiendo así la inercia que en este orden existe en el Derecho cubano. A juicio del Tribunal

aun sobre la orfandad del ordenamiento positivo cubano en sede familiar en lo que concierne a un sistema plural de protección de cara a tutelar a la persona en la justa medida de su necesidad, ha de observarse la previsión legal del artículo doce, apartado uno, en relación con el veinte, ambos del Código Civil, para la aplicación de la Convención

sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ya mencionada, cuyo contenido se erige sobre el modelo de la inserción social en colisión con el modelo tradicional de la incapacitación, como mecanismo de suplencia o sustitución de la capacidad de obrar, y obliga a adoptar un sistema de apoyo o asistencia en la puntual proporción que la persona lo demande, según las específicas circunstancias en ella concurrentes, para el acto o negocio a realizar, realzando como premisa que sólo requieran de ayuda temporal y en determinadas esferas de actuación, lo que encuentra asidero legal en el artículo doce, apartado tres del expresado instrumento internacional, de obligado acatamiento para las naciones que la ratificaron, de ahí que nos resulte jurídicamente vinculante en relación con los derechos y sujetos que protege.

Y a tal fin, vale hacer las siguientes acotaciones con valor incidental o “prejudicial”:

1o. La discutida aplicación al caso del artículo 12.1 del Código Civil, relativo a la ley aplicable a la capacidad de las personas que establece como punto de conexión la ciudadanía, y que es una norma conflictual, que en nada atañe a un caso en el que no hay elemento extranjero alguno en la relación jurídica.

2o. La interpretación *lato sensu* del artículo 20 del propio Código Civil, para dar prioridad a la CDPD frente a las normas contenidas en el Código Civil. En primer lugar, el artículo 20 da carácter prioritario a los tratados internacionales cuando su regulación difiera de las normas conflictuales de Derecho internacional privado reguladas en los artículos 12 al 19 del Código Civil, que son precisamente los artículos que anteceden al 20 cuya materia de regulación es en este orden. En tal sentido habría que precisar si la invocación del artículo 20 es posible ante cualquier institución del Derecho civil, o sólo para los casos en que se apliquen normas de Derecho internacional privado, pues no son sino estas normas a las

que se refiere expresamente dicho artículo. Compartiría el criterio de que el tratado ha de tener jerarquía constitucional y como tal ser preeminente frente al Derecho interno, máxime si se trata de una convención o tratado internacional, protectora de derechos humanos, como la que atañe a los derechos de las personas con discapacidad, pero ello en principio no podría ser invocado con la letra del artículo 20, la cual por demás es diáfana. Invocar este artículo como cauce que permita dar preeminencia a la CDPD sobre la base de la regla conflictual contenida en el artículo 12 del Código Civil me parece exagerado y forzado. Tómese en consideración que lo que busca el Supremo Tribunal es dar cauce a los apoyos a que se refiere el artículo 12.3 de la CDPD y en tales circunstancias la norma que se complementa sería el Código de familia y no el Código Civil, pues las instituciones de guarda y protección tienen su sede, desde 1975, en el citado Código de familia.

No obstante, y aún estas disquisiciones teórico-normativas, la solución dada por el juzgador me parece atinada, justa, centrada en los nuevos escenarios y conforme con la tuición de los derechos de las personas con discapacidad.

*1. ¿Competía a nuestro Supremo Tribunal hacer un control de convencionalidad?*

El tema del control de convencionalidad en el Derecho cubano merece un estudio detallado. Al firmar Cuba un tratado o convención internacional como la de los derechos de las personas con discapacidad, en virtud del principio *pacta sunt servanda* se ve ineludiblemente compelida a ajustar su Derecho interno a los postulados de la Convención. Urge en tal sentido una reforma al Código Civil y al Código de Familia, y consecuentemente a la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (en adelante LPCALE) que se ajuste al nuevo modelo de inserción social

de las personas con discapacidad y que reciba los principios de la Convención, tanto en el orden sustantivo, como en el procesal, y también cabe apuntar en el ámbito de actuación notarial. El Derecho civil y el familiar cubanos no tienen sistematizadas las acciones de protección a este sector vulnerable de nuestra población. Sigue aferrada la idea de la tutela como institución “protectora” de las personas incapacitadas. Aun cuando el artículo 30 regula la restricción al ejercicio de la capacidad, hasta esta sentencia, el artículo no había sido realmente aplicado, y en aquellos escasos supuestos en que al menos se había citado, inadecuadamente aplicado. La ausencia de normas en el Código de familia, a tono con el artículo 30 del Código civil, hizo inviable la figura, extraordinariamente novedosa en 1987 cuando se sanciona el Código.

El Supremo Tribunal rompe de este modo esquemas conceptuales, anclados en la costumbre, el imaginario social y los prejuicios discriminatorios hacia las personas con discapacidad. Irrumpe estrepitosamente en la concepción binaria capacidad-incapacidad, extendida entre los operadores del Derecho que no vieron el sello de novedad de la fórmula del artículo 30 del Código civil, en estado de “criogenación” por 30 años y que desde esa fecha protagonizaba en el panorama hispanoamericano una verdadera ruptura con esa concepción binaria sobre el ejercicio de la capacidad jurídica.

No obstante, no se aventura el Alto Foro en hacer un control de convencionalidad, dada la no incorporación de los principios de la CDPC en el ordenamiento jurídico civil y familiar cubano y a la vez la colisión con el Derecho interno. Como apunta el juez peruano Bejar Rojas en su Sentencia al estudiar la figura jurídica del control de convencionalidad como una forma de dar contenido a las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación asumidas por un Estado al suscribir y ratificar un tratado internacional. Tal control

está referido a que los jueces nacionales, en su calidad de representantes del Estado, se encuentran en la obligación de preferir las normas de

las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos a las normas provenientes de su derecho interno, esto en razón, de que el Estado tiene la responsabilidad de disponer la adecuación de su derecho interno en aras de cumplir con sus obligaciones internacionales, asumidas al suscribir y ratificar las convenciones de Derechos Humanos, conforme al principio de derecho internacional de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte del Estado.

Se trata de dar preeminencia a las normas contenidas en un tratado o convención internacional frente al Derecho interno, dado el incumplimiento por ese Estado de los deberes jurídicos que la suscripción de esta Convención le impone, entre ellos, el debido ajuste o adecuación del Derecho interno a los dictados de la Convención, como ha acontecido con la CDPD. El control de convencionalidad tiene su sustento en el compromiso internacional asumido por los Estados cuando suscriben una convención o tratado internacional y el principio *pacta sunt servanda* consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969 y a lo previsto en el artículo 27 de la propia Convención de Viena, según el cual, las disposiciones internas de un Estado no pueden invocarse para incumplir el compromiso internacional. Ahora bien, al atribuírsele este control de convencionalidad a los jueces estamos en presencia de un control difuso de convencionalidad *ex officio*, es decir, aunque las partes no lo pidan, los jueces deben analizar si una ley va o no en contra de una Convención internacional de derechos humanos. Eso sí —como sostiene el juez Bejar Rojas en su mítica Sentencia núm. 32 de 15 de junio de 2015 (3er Juzgado de Familia de Cusco-S. Ex Meson Urb. La Florida C-14, recaída en el expediente: 01305-2012-0-1001-JR-FC-03)—,<sup>15</sup> no

<sup>15</sup> Sentencia laudable en el orden técnico y axiológico. Verdadera obra de orfebrería jurídica.

El Juzgado conoce la demanda en proceso de interdicción interpuesta por M. R. C. V. contra W., R., C. y M., de apellidos V. C., con la pretensión de declara-

debe perderse de vista que la aplicación del control difuso de convencionalidad,

está referida a la aplicación de toda convención de Derechos Humanos que haya sido suscrita y ratificada [...]; en ese contexto [...] la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se encuentra suscrita y ratificada por el Perú (aplicable *mutatis mutandi* a Cuba) [...] constituye un tratado Internacional de Derechos Humanos jurídicamente vinculante que aborda de manera específica los derechos humanos de las personas con discapacidad, por tanto, el Perú está obligado a cumplir con las normas y declaraciones que allí se registran. Esto queda claramente establecido en el artículo 4 de la Convención, de cuyo contenido se aprecia que los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes deberán adoptar todas las medidas legisla-

---

ción judicial de interdicción civil y nombramiento de curador, a efectos de que se declare interdictos a W. y R. de apellidos V. C. por tener esquizofrenia y se nombre como curadora a la demandante.

M. R. C. V., madre de los demandados W. y R. de apellidos V. C., de 47 y 45 años de edad respectivamente, concebidos dentro del matrimonio con quien en vida fue J. P. V. L., ambos con esquizofrenia paranoide, en el caso de W., desde los 20 años de edad y en caso de R., desde los 18 años de edad, enfermedad que limita de sobre manera a los demandados para valerse por sí mismos, y les genera una absoluta incapacidad mental. Los demandados son mayores de edad, viven en el domicilio de la demandante, no teniendo bienes a su nombre; siendo que ambos demandados se encuentran dentro de los presupuestos para declararlos civilmente interdictos. Que estando a la designación de curador para los demandados para lo cual propone sea la recurrente, quien cuenta con suficiente solvencia moral y económica. El motivo por el cual se solicita la interdicción de los demandados es a fin de que pueda tramitarse a su favor la pensión de orfandad por incapacidad de su causante, su progenitor, por el Poder Judicial y la Oficina de Normalización Previsional, esto en razón que se les exige para acceder a la referida pensión como requisito adjuntar la resolución judicial de interdicción de sus hijos y nombramiento de curador.

tivas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; incluyendo medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; así como, abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella. En consecuencia, la Convención provee a las pcd un marco más amplio sobre la legislación nacional, y otorga un marco jurídico de mayor relevancia ante el cual recurrir y utilizar. Por ello, a fin de resguardar el cumplimiento de la CDPD y el respeto de los derechos humanos de las personas con discapacidad, es posible hacer uso del control difuso de convencionalidad, verificando en cada caso concreto si lo establecido por la legislación interna, es incompatible con lo señalado por la CDPD y afecta a la dignidad y derechos intrínsecos de la persona con discapacidad.

Si bien en la sentencia en comentario, los jueces no hacen uso de un control difuso de convencionalidad como correspondía en el caso (amén de que Cuba no forme parte del sistema de justicia internacional establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos), el resultado ha sido el mismo. O sea, los jueces al aplicar de manera directa preceptos de la Constitución cubana que enarbolan derechos fundamentales de las personas, han apartado el ordenamiento interno y han aplicado el artículo 12.3 para dar respuesta a la situación jurídica creada cuando previamente han declarado procedente anular el auto de incapacidad que declaraba tal estado civil y consecuentemente, el auto de tutela por el que se le había nombrado a su madre como tutora, al preverse la restitución parcial del ejercicio de la capacidad jurídica y por ello declararse a la primera con capacidad de obrar restringida, sometiéndola a un sistema de apoyos para determinados actos personales, de sostenimiento y patrimoniales, que podría realizar

consciente y voluntariamente, asistida, eso sí de su señora madre y supletoriamente, de su hermano.

El alcance de este pronunciamiento judicial ha irradiado a los tribunales de instancia, vale reseñar la Sentencia núm. 86 de 27 de abril de 2017 de la Sección de lo Civil del Tribunal Municipal del Cerro, provincia La Habana (ponente: Céspedes Burón), en la que se interesaba la declaración judicial de incapacitación de una persona diagnosticada con esquizofrenia paranoide. En dicha Sentencia igualmente se aplica la CDPD (concretamente su artículo 1), entre otros fundamentos jurídicos, para rechazar el *petitum* de la demanda establecida en proceso ordinario, en cuya sustanciación también se había opuesto la Fiscalía. El fallo judicial se sustenta en la naturaleza de la enfermedad<sup>16</sup> y en la manera en que esta se ha expresado en la persona respecto de la cual se pretendía fuese declarada judicialmente incapacitada, a saber: se trataba de una persona que manifestaba —según la propia valoración pericial médica y conforme se cita textualmente en la Sentencia—, “tener proyectos de vida, acudir a fiestas y eventos familiares evidenciándose así su autonomía social, ser responsable de su tratamiento médico, realizar labores del hogar e ir sola a sus terapias, elementos que analizados desde una óptica humana y racional hacen colegir que no están presentes las circunstancias que configuran una

<sup>16</sup> En el fallo se aduce entre sus rasgos característicos su transitividad, el deterioro en la capacidad de comunicarse y de interpretar la realidad, además de su expresión episódica, lo que se traduce en que tras el evento desencadenante ocurre un retorno al comportamiento normal, o estado de actividad premórbido. Además —se sigue exponiendo en la Sentencia—, de ser “una patología que no cuenta con un pronóstico irreversible, es decir que no resulta ser una enfermedad definitiva, sin cura ni tratamiento existente que pueda mermar sus síntomas, lo que no significa que no pueda tener momentos de crisis o empeoramiento en su situación emotiva, debiendo para ello hacerse los correspondientes seguimientos médicos”, lo cual le permite concluir al tribunal que respecto de la persona “la enfermedad que padece, a partir de sus circunstancias clínicas y de hecho, no mutilan sus facultades cognoscitivas, de autoconciencia y orientación”.

incapacidad de obrar, cuando existen esferas de su persona que se encuentran intactas”.

Cabe destacar que el rechazo al *petitum* de la demanda se sustentó en la aplicación del principio de libertad y el de la dignidad inherente de la persona consagrado este último —tal y como ya apunté—, en el artículo 1 de la CDPD y en la no destrucción a través del arsenal probatorio aportado en los autos del proceso, de la presunción *pro capacitate*. Es dable reseñar, además, que en la argumentación se hace alusión al modelo social o de derechos humanos que diseña y pone en práctica la Convención. De ahí que en el segundo Considerando de la Sentencia se deje dicho que para los jueces actuantes: “se debe analizar este caso alejados del modelo médico tradicional, donde por la mera presencia de algún tipo de discapacidad se concebía a la persona incapaz, debiendo acercarnos hacia los modelos sociales que elevan la dignidad humana y permiten valorar a los individuos desde un prisma más justo sobre la base de la igualdad y no discriminación”, y se refuerza en el tercero de dichos Considerandos la excepcionalidad de la declaración judicial de incapacitación: “toda vez que, por causas verdaderamente justificadas, ha de privarse al individuo de capacidad de obrar, si bien se anula la posibilidad de que este vuelva a actuar *per se*, significando ello, prácticamente, su muerte civil”.

#### IV. LA DISCAPACIDAD EN LA VALORACIÓN JUDICIAL DE LA CUALIDAD DE LEGITIMARIO ASISTENCIAL

Sin dudas, el eje temático o institucional en el que de forma pionera se ha aplicado la CDPD ha sido el del reconocimiento a la persona con discapacidad como un legitimario asistencial, y en el dictado literal del Código Civil como un heredero especialmente protegido (véase artículos 492 y 493). No obstante, recalco lo que en otras ocasiones he dejado dicho: la condición de legitimario

asistencial no condice, tal y cual fuera un teorema, con la situación de una persona con discapacidad. Ciertamente las personas con discapacidad pueden y de hecho suelen ser personas vulnerables, no sólo en el orden social, sino también en el de índole económica. En la medida en que la sociedad obstaculiza la integración social de las personas con discapacidad, también les entorpece en el mercado laboral y en tal sentido su discriminación da al traste con la manera lícita de poder obtener recursos económicos para hacer frente a la vida. Empero, ello no siempre es así, el círculo de personas vulnerables económicamente no tiene por qué incluir a las personas con discapacidad. Geométricamente hablando no son círculos concéntricos, no obstante, en todo caso el número de personas con discapacidad es significativo dentro del número de personas vulnerables económicamente. A tal fin, la condición de legitimario asistencial viene a tono con la de vulnerabilidad económica, de ahí que los requisitos que de naturaleza objetiva exige el artículo 493 del Código Civil sean la no aptitud para trabajar y la dependencia económica del causante de la sucesión, presupuestos que tienen que darse al unísono y probarse para el reconocimiento judicial de la condición de legitimario, con los efectos jurídico-sucesorios que ello conlleva.

La primera sentencia en la que se aplica directamente la CDPD irrumpe por estos senderos. En efecto, en la Sentencia núm. 239 del 31 de mayo de 2013 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo (ponente Acosta Ricart),<sup>17</sup> los extremos enjuiciados se centran en que al tratarse de una hija con síndrome

<sup>17</sup> Un análisis más detenido de esta Sentencia puede verse en Pérez Gallardo, Leonardo B., “De la acción de reducción de los legados como vía de protección a una hija incapacitada judicialmente, legitimaria, preterida por el testador” (A propósito de la Sentencia núm. 239 de 31 de mayo de 2013 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo)”, en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Colegios de Escribanos de la provincia de Santa Fe, Rosario, Argentina, año 5, núm. 9, 2013, pp. 257-309.

de Down y cierta cardiopatía, que le llevan a la declaración judicial de incapacitación, es indudable que si el padre no le había atribuido bienes a título de herencia, legado o por una liberalidad *inter vivos* como pago de su legítima, ésta ha sido preterida, pues resulta innegable su condición de legitimaria o especialmente protegida respecto de aquél, conforme con el artículo 493.1 a) del Código Civil y la CDPD. Ante tal situación, y dado que el patrimonio hereditario fue distribuido en legados, sin que en el testamento se estableciera preferencia respecto de algún legado en concreto, resultó dable interpretar el artículo 495.1 del Código Civil, a tono con el principio del *favor testamenti*, de manera que permitiera conservar la atribución hecha a favor de los legatarios en lo que no se excediera de la parte de libre disposición y atribuir a la preterida la cuota de legítima, resultante, de reducir los legados.

En esta Sentencia el Alto Foro deja aclarado que: la menor es especialmente protegida, respecto de su padre (testador), quien declarada incapacitada judicialmente, por razón del Síndrome de Down que padecía, unido a cierta cardiopatía, la hacían dependiente económicamente respecto de su padre (testador), ello, amén de que al momento de testar se conociera o no por el testador, la declaración judicial de incapacitación de su hija, y aun cuando no hubiera sido declarada incapacitada antes del fallecimiento del testador, deber que le viene impuesto por ley (Código Civil), con independencia de cualquier otra medida de protección a la incapacitada, según lo previsto en la CDPD, motivo por el cual se entiende preterida, cuando no mencionada en el testamento, tampoco se le ha atribuido bien alguno como pago de su legítima.

En tal dirección también se arguye en la Sentencia que comentamos, que distribuido el patrimonio hereditario a través de legados, merece protección la voluntad del testador, sólo cuando ésta sea digna de ser salvaguardada. No obstante, ante la preterición

de la legitimaria, es atendible la acción impugnatoria del legado a través de su reducción, lo que por demás resulta lo más beneficioso para la incapacitada, no así la acción de nulidad de uno de los legados, cuando en puridad no fue establecido por el testador, para caso de impugnación, un orden de prelación, por lo que la acción impugnatoria debería estar dirigida a ambos legados por igual, en la medida que sea suficiente hasta llegar a la porción de la herencia que por Ley le corresponde a la legitimaria preterida.

Llama la atención —como ya he apuntado—, la aplicación directa, por vez primera, de la CDPD, aprobada en Nueva York en 2006 y ratificada por Cuba en 2007, en una sentencia de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, lo cual *per se*, tiene un mérito incuestionable. Empero, se echa de menos que no se haya aplicado el artículo 12.5 que concretamente se aviene con el tema objeto de este comentario, a cuyo tenor los Estados partes han de garantizar que las personas con discapacidad hereden bienes. ¿Por qué la Convención? La preeminencia como fuente normativa de los tratados internacionales ratificados por Cuba frente al Código Civil es innegable según el dictado literal del artículo 20 del propio Código. Como apunta con gran acierto Pérez Silveira, quien ha estudiado con más detenimiento el mencionado precepto legal: “siendo consecuente con el carácter supralegal del tratado que se advierte del contenido del precepto y ante la posibilidad de la existencia de contradicciones entre ambos regímenes o carencia en el primero, no falta el pronunciamiento de la norma en favor de aquel. En tal sentido, resulta intrascendente si el tratado constituye una norma anterior o posterior a la interna”.

En el propio mandato normativo que comentamos, se establece una solución a los supuestos en que se produzca alguna contradicción entre el tratado y la norma interna, disponiendo que, en el caso de que la solución dada por el tratado sea diferente a la prevista en la norma interna, resultará de aplicación la regla que en su caso establezca dicho

acuerdo o tratado; por tanto, el tratado se incorpora a la legislación del Estado alcanzando igual valor que la ley e incluso superándola en determinados supuestos.<sup>18</sup>

Por ello, ante la falta de normas concretas que hagan alusión a la herencia de las personas con discapacidad, resulta de aplicación el mandato que el artículo 12.5 impone a los Estados partes, de procurar desde sus legislaciones internas dispositivos tuitivos de naturaleza sucesoria que protejan a las personas con discapacidad. Tratándose de un caso de preterición de una especialmente protegida, por demás con discapacidad intelectual, es lógico que en la sentencia se invoque la Convención, ratificada por Cuba, y que tiene por cometido la integración sociojurídica y la protección en todos los órdenes de la personas con discapacidad, sin que tal protección suponga una discriminación positiva.

El legislador ordinario desde 1987 prevé la figura de los especialmente protegidos (artículos 492 al 495 del Código Civil) que como ya he apuntado en otras tantas ocasiones, conectan ¡Y de qué manera!, con las personas con discapacidad.<sup>19</sup> En el caso se trata de una mujer con discapacidad intelectual, vulnerable económicamente, respecto de la cual el legislador le ha impuesto al progenitor como testador, el deber de legítima asistencial (véase artículo 492 del Código Civil). Compete al progenitor responsable, al momento de otorgar testamento, tomar las precauciones

<sup>18</sup> M. E. Pérez Silveira, “Comentarios al artículo 20”, *op. cit.*, pp. 322-323.

<sup>19</sup> Leonardo B. Pérez Gallardo, “Legítima y discapacidad. Una relectura de los requisitos exigidos *ex lege* para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial. Breves acotaciones a tono con el artículo 12.5 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 49, año XII, 4º trimestre 2010, Madrid, pp. 269-294, y más recientemente en “En la búsqueda de un rostro para el boceto del legislador: la condición de ‘heredero’ especialmente protegido (legitimario asistencial) en la interpretación del Tribunal Supremo”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, año V, núm. 5, junio 2013, pp. 137-164.

necesarias para no lesionar el derecho que a la legítima ésta tiene. Si el patrimonio hereditario está agotado en las disposiciones de contenido patrimonial exteriorizadas en el testamento, sin que se haya mencionado, o se la haya atribuido bienes algunos con los cuales hacer cargo a la legítima que en Derecho le corresponde, ha de entenderse preterida, con las consecuencias que ello provoca, entre otras la nulidad de la institución de heredero, según lo preceptuado en el artículo 495.1 del Código Civil, principal efecto preliminar que la situación jurídica de preterición provoca, base o presupuesto para que se reactiven las acciones tuitivas de protección a la intangibilidad cuantitativa de la legítima.<sup>20</sup>

En efecto, en el segundo Considerando de la sentencia el tribunal de casación fija la condición de especialmente protegida de la hija del testador, en razón de cumplimentar los requisitos impuestos por el legislador en el artículo 493.1 del Código Civil, y a su vez la situación jurídica de preterición en la que le somete el otorgamiento del testamento del testador, sin mención ni atribución patrimonial alguna, ni tampoco demostrado que lo haya hecho por actos *inter vivos*. Cabe apuntar el razonamiento que a modo de *obiter dictum* se hace sobre el momento en que sobreviene la declaración judicial de incapacitación de la persona con discapacidad intelectual, posterior al fallecimiento del testador. Queda claro del razonamiento del tribunal de casación, que ello no trasciende en este caso al propósito de apreciar su condición de legitimaria, primero la declaración judicial de incapacitación no es un presupuesto para adquirir la legítima asistencial, y segundo, al ser una persona con discapacidad intelectual, vulnerable económicamente, dependiente en este orden de su progenitor, y sin condiciones para vincularse al trabajo, la hacen legitimaria, aunque en vida del testador no se

<sup>20</sup> Sobre el tema, en el contexto jurídico cubano, véase *per omnia*, Yanet Alfaro Guillén, *El régimen jurídico de la preterición en Cuba*, La Habana, Ediciones ONBC, 2015, en concreto, capítulo III, pp. 159-194.

hubiere promovido tal declaración judicial de incapacitación. Esta última, en el Derecho cubano, se torna en un presupuesto para la delación y constitución de la tutela, pero no es un requerimiento *sine qua non* para hacerse de la condición de legitimario. Lo que es necesario en materia hereditaria es la prueba de los requisitos exigidos por ley. En este sentido, el estar declarada judicialmente incapacitada es un argumento más que, unido a otros extremos, pudiera explicar la presencia de la no aptitud para trabajar o de la dependencia económica respecto del causante, pero se puede tener una discapacidad intelectual, de tal naturaleza que justifique estos requisitos, sin necesidad de promover la declaración judicial de incapacitación.

En la Sentencia núm. 1 del 18 de enero de 2016 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo (ponente: Valdés Rosabal)<sup>21</sup> se valoró si es dable o no reconocerle la condición de legitimario asistencial (“heredero” especialmente protegido), y con ello declarar la nulidad de la institución de heredero *ex* artículo 495.1 del Código Civil, por motivo de su preterición, al hijo mayor de edad de la causante (testadora) que padecía desde la infancia de esquizofrenia paranoide, tratada con internamiento en centro asistencial del Estado, declarado judicialmente incapacitado después del fallecimiento de su madre, quien por demás, en vida de ésta, recibía doscientos pesos mensuales por concepto de pensión por causa de muerte de su progenitor. Para resolver favorablemente se aplicaron de manera directa los artículos 1, 3 a) y 12.5 de la CDPD.

La Sentencia deja sentado que en el caso de análisis se advierten específicas circunstancias de obligada observancia que hacen al hijo de la testadora, beneficiario de la legítima asistencial

<sup>21</sup> Para un estudio más detenido de esta Sentencia, véase Leonardo B. Pérez Gallardo, “Reconocimiento de la condición de legitimario asistencial a una persona con discapacidad psíquica, conforme con la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, año VIII, núm. 4, mayo de 2016, pp. 166-175.

y justifican en su persona la cualidad que reviste de nulidad de la institución de heredero que contiene el testamento en que se pretirió, dígase en primer orden su minusvalía que le produjo un actuar limitado desde muy temprana edad, a consecuencia de una esquizofrenia paranoide, tratada con internamiento hospitalario, quedando así inhabilitado para el trabajo y la exigua pensión por concepto de seguridad social que recibían tanto él como su madre, las cuales eran el único sostén familiar; extremos todos que no deben entorpecer un juicio de valor en favor de una persona que consta demostrado integra el sector más vulnerable de la sociedad, por lo que extensiva debe ser la interpretación de la norma jurídica de aplicación (artículos 492 y 493 del Código Civil); sobre medular fundamento consistente en la exigüidad, incluso de la suma de ambas pensiones, con la que su madre compensaba la economía familiar, y lo asistía en sus más diversas necesidades en el centro hospitalario; siendo de superior relevancia aun, que el bien dejado en herencia consistente en el inmueble de residencia habitual de la autora del testamento y su hijo con discapacidad, supone uno de lo más preciados bienes que integra el patrimonio de cualquier persona, en tanto constituye garantía de su bienestar de cara al futuro, sea en especie o en dinero, responsabilidad que no es atribuible a la institución estatal ni al tutor. En esencia se trata de que siendo persona imposibilitada de procurarse bienes y habitación por sí, los que por derecho de sucesión le corresponden ha de recibirlos, atendiendo a la premisa que consagra el artículo 12.5 de la CDPD, esto es como un mecanismo de protección para el eficaz ejercicio de sus derechos y nunca en el sentido de mutilar sus efectos; de ahí que, puedan colegirse concurrentes ambos requisitos, a saber, la inaptitud para trabajar y la sistemática ayuda monetaria que de forma proporcional recibía de su causante; elementos que ilustran la causal de nulidad que se aduce y que posibilitan conceder una tutela judicial efectiva en armonía con el propósito diseñado en el artículo 1, y el principio

que regula el artículo 3, inciso *a*), ambos del invocado instrumento jurídico internacional.

En el caso conocido por el Alto Foro, la parte actora del proceso ordinario en la instancia, y recurrente en casación, era una persona con discapacidad psíquica, por razón de una esquizofrenia paranoide, la cual se manifestó a edades tempranas, discurriendo hacia la cronicidad, que le lleva a la declaración judicial de incapacitación (de haberse aplicado los postulados de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, en concreto, lo previsto en el artículo 12 en relación con el artículo 30 del Código Civil, quizás tan sólo se le hubiere restringido el ejercicio de la capacidad), en un momento posterior a la muerte de su madre, causante de la sucesión testamentaria. Como ya he apuntado antes, la sola declaración judicial de incapacitación no es suficiente para arrojarse con la condición de legitimario asistencial, pues cabe que incapacitado aún, la persona disponga de un patrimonio con solvencia suficiente, que le inhiba de incurrir en el segundo de los presupuestos que exige el artículo 493.1 del Código Civil, o sea, la dependencia económica respecto del causante de la sucesión. O que, incapacitada judicialmente, dependa económicamente de otra persona, que no sea el causante de la sucesión, aun cuando cumpla el requisito de parentalidad que la ley exija, *v.gr.*, el nieto que depende económicamente del padre y no del abuelo.

En esta Sentencia los jueces apostaron por una interpretación extensiva de la preceptiva informante del estatuto jurídico de la legítima asistencial en el Código Civil cubano (en esencia de los artículos 492 al 495). Y es que allende la nulidad o no de la institución de heredero contenida en el negocio jurídico testamentario, la finalidad última que se persiguió en este proceso, tras la declaración de la preterición de un “heredero” especialmente protegido y la obtención del título sucesorio que le acredita como tal (efecto preliminar de la preterición), era la atribución misma de la legítima que por tal concepto le correspondía. En efecto, aun cuando

no era el objeto del proceso incoado, al parecer el patrimonio de la testadora se constituía en esencia por la vivienda en la que residía, morada también de su hijo, aún su internamiento en centro asistencial desde 1995.

El razonamiento judicial en esta ocasión reivindica y enarbola, ante todo, la protección de las personas con discapacidad, en posición diametralmente diferente con la sustentada en una Sentencia que más vale olvidar. Me refiero a la 532 del 29 de diciembre de 2011 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, también comentada por mí.<sup>22</sup> En esta el Tribunal Supremo, sentado sobre hechos muy similares, da a las manecillas del reloj en sentido lógico del tiempo, mirando al futuro, buscando el horizonte. La legítima asistencial de la que es titular el hijo con discapacidad habría de concretarse sobre el activo hereditario. Si en ese activo existiera, entre otros bienes, o aun siendo el único, una vivienda, entonces hay que reforzar la protección sucesoria de la persona con discapacidad. Y ello, con independencia de que esa persona estuviere internada en un centro hospitalario, a cargo del Estado, aún tenga garantizado los esenciales recursos para vivir, tales como alimento y vestido, pues el techo en el que el hombre hace y desarrolla su vida cotidiana es esencial e inherente a su dignidad. Como apunta la Sentencia

siendo de superior relevancia aun, que el bien dejado en herencia consiste en el inmueble de residencia habitual de la autora del testamento y su hijo discapacitado, quien además de padecer enfermedad que coarta su autogobierno, así judicialmente declarado, quedará supri-

<sup>22</sup> Véase L. B. Pérez Gallardo, “¿Cómo entender la dependencia económica del causante, a los fines de reclamar la legítima, en el supuesto del hijo judicialmente incapacitado, internado en centro asistencial? (A propósito de la Sentencia núm. 532 de 29 de diciembre de 2011 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo)”, en *Estudios sobre la legítima asistencial*, Lima, Fondo Editorial del Colegio de Notarios de Lima, 2015, pp. 333-346.

mido su derecho hereditario sobre uno de lo más preciados bienes que integra el patrimonio de cualquier persona, proporcionándole una situación de precariedad patrimonial que no es loable en válida justicia, en tanto constituye garantía de su bienestar de cara al futuro, sea en especie o en dinero.

La vivienda se erige sin dudas en el bien de carácter patrimonial de mayor significado jurídico social en el país. Es allí el lugar al que retornaría la persona en situación de discapacidad si supera el régimen de internamiento hospitalario. Es ese además el recinto idóneo en el que ha de estar durante las visitas que a tal efecto le permita el centro asistencial en el que está internado. Y como previsoramente expresa la propia sentencia, la vivienda es un bien de indubitado valor actual, pero también es una garantía de cara al futuro, por el valor de realización que éste tiene, de manera que su venta, aprobada judicialmente, le podría reportar, si a juicio del tribunal fuera útil o necesario, una aportación dineraria que podría revestirse en su propio beneficio, en la adquisición de otros bienes, o en el propio esparcimiento de la persona con discapacidad. A fin de cuentas, ello también contribuye al pleno desarrollo de su dignidad como persona. Por tal razón concuerdo con la lapidaria expresión de la Sentencia respecto de que la vivienda “constituye garantía de su bienestar”.

#### V. DISCAPACIDAD, SALVAGUARDAS Y FORMALIDADES TESTAMENTARIAS

Sin embargo, no siempre la aplicación de la CDPD por nuestro Tribunal Supremo ha sido centrada y favorable al ejercicio de las libertades y derechos de las personas con capacidades diferentes. La CDPD se ha convertido en una herramienta jurídica con vocación universal, para la cual la dignidad de la persona es centro de

su atención. La Convención favorece la capacidad para testar de las personas, incentiva su inclusión en todos los ámbitos de la vida social y jurídica, cualesquiera sean sus capacidades, siempre que éstas puedan exteriorizar su voluntad, sin que el Derecho interno de los Estados abogue en este orden por fomentar formalidades en el testamento, no previstas ya, de modo que no se actúa conforme con la Convención cuando se anula un testamento de una persona de cuya *voluntas testatoris* no se dubita, sobre la base de un supuesto incumplimiento por parte del notario autorizante de la formalidad de hacer consignar expresamente en el documento notarial la manera o modo en que pudo comunicarse con la testadora y conocer su voluntad. Precisamente ese fue el tema decidido por la Sentencia núm. 996 de 30 de diciembre de 2016 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo (ponente: Arredondo Suárez).

En el asunto sometido a conocimiento del Alto Foro se intenta despejar la interrogante de si se actúa conforme con los principios que informan la CDPD, cuando en casación el Tribunal Supremo acoge el recurso y anula la sentencia del tribunal de instancia, sobre la base de que el notario autorizante de una escritura de testamento de una persona con discapacidad intelectual, consecuencia de una tetraplejia, que sólo se puede comunicar a través de ciertos movimientos de los ojos y de la cabeza (señas), no consigna tal particular en la escritura, no obstante cumplir con el resto de los requerimientos que sí establece de modo expreso el Código Civil, como la unidad de acto, y con ello también la presencia de los testigos instrumentales y del testigo a ruego o de asistencia, que firma en sustitución de la testadora, por no poder hacerlo ésta. Todo ello, aun cuando al Alto Foro sostiene que las pruebas aportadas por la parte recurrente, durante la sustanciación del proceso en la instancia, no tienen entidad suficiente para desvirtuar que la testadora tuviera comprometidas sus facultades volitivas por razón de enfermedad mental. En tales circunstancias, ¿cabe reconocer la

necesidad de una formalidad adicional, extraordinaria, al amparo de la propia CDPD, de naturaleza notarial, que dé al traste con la *voluntas testatoris*, externalizada conforme a Derecho?

En atención a ello, y apoyado en el artículo 12.4 de la CDPD —el que por cierto no se cita textualmente en la Sentencia—, se sienta la doctrina de que es nulo un testamento, conforme con lo previsto en el artículo 67 incisos *ch)* y *d)* del Código Civil, en el supuesto en que no se identifique en el documento notarial que corporifique la declaración de última voluntad de la testadora, el modo en que ésta dio a conocer al fedatario su última voluntad, en tanto no se documentó lo relativo a las circunstancias que le impedían comunicarse verbalmente ni se exigió testigo idóneo para ello, teniendo en cuenta que se trataba de una persona tetrapléjica que se daba a entender mediante señas y que exteriorizaba su asentimiento con los ojos y cabeza. Tratándose de persona con tal vulnerabilidad y al amparo de la CDPD, se hace necesario para garantizar el pleno ejercicio de la capacidad jurídica de tales personas, se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir situaciones anómalas o confusas.

La CDPD —aplicada en esta Sentencia que se comenta— aboga por la integración social y jurídica de las personas con capacidades diferentes, por fomentar su protagonismo en los actos con trascendencia jurídica en los que participa, uno de los cuales es el testamento, como expresión libérrima de la última voluntad de una persona, no sólo como acto dispositivo patrimonial por excelencia, sino como reafirmación de su personalidad, dado el contenido personal que las disposiciones testamentarias pueden tener, y sobre todo por las disposiciones atípicas que también pueden contenerse en él. El testamento reafirma la personalidad de su autor. De ahí que hoy día los notarios cada vez han de ser más receptivos con las personas con capacidades diferentes, de modo que deben potenciar sus facultades, y abrir las puertas de las sedes notariales para, con el debido asesoramiento y el oportuno consejo, puedan éstas

ejercitar su *testamentifactio* activa, en la medida y en la misma proporción que su discapacidad se lo permita, disponiendo a tal fin las salvaguardas que resulten pertinentes y los ajustes necesarios. La cdpd aboga por potenciar la dignidad inherente a la persona (artículo 1) y el derecho a heredar bienes (artículo 12.5), lo que supone igualmente el derecho a disponer de éstos por causa de muerte, implícito en la norma.

Cabe la posibilidad, como en el supuesto de autos, que una persona tetrapléjica se apoye en el notario para otorgar testamento, aun sus potencialidades lo sean la posibilidad de comunicarse por medio de señas (no de lenguaje oficial de señas), sino por un movimiento afirmativo de los ojos y de la cabeza, lenguaje corporal que emplea para hacerse entender. En tal supuesto el notario debe reforzar su atención, sin dudas sumamente individualizada, para lograr una comunicación estable, directa y segura con el futuro testador, de modo que no le quepa duda sobre cuál es su voluntad, qué busca, a quién o a quiénes pretende beneficiar, por qué concepto, sobre qué parte del caudal hereditario, amén de cerciorarse que tal voluntad está ajena de la influencia de terceros, ya actúen para beneficiarse ellos mismos, o los que a la postre resulten herederos o legatarios. O sea, el notario ha de aplicar la mayéutica socrática, para construir la voluntad del testador. Empero, en esta situación la ley no le compele ni a interesar la presencia de apoyos, a los que se refiere el artículo 12.3 de la CDPD, si a su juicio no son necesarios, esto es un intérprete, si ha logrado comunicarse con la testadora, tal y como afirma en la sentencia de casación el Supremo Tribunal cuando da por sentada que las pruebas articuladas en la instancia, por el luego recurrente en casación, no resultan suficientes “para justificar que la testadora tuviera comprometida sus facultades volitivas por razón de enfermedad mental”, ni tampoco de uno o dos testigos de asistencia, distinto de los que se refiere el artículo 37 del Reglamento notarial, cuando el compareciente no pueda escribir, o ni tan siquiera se le puedan tomar las huellas dac-

tilares de los dedos pulgares de ambas manos. No hay norma alguna en el ordenamiento jurídico cubano que imponga la presencia en un supuesto de comparecencia como testadora de una persona tetrapléjica de ese testigo “idóneo” al cual se refiere el Alto Foro en la segunda sentencia en la que resuelve el asunto como tribunal de instancia, ni tampoco se impone como uno de los ajustes necesarios a que se refiere el apartado 4 del artículo 12 de la Convención. La presencia de testigos como requisito imperativo para la validez de un testamento, no puede ser de creación judicial. Precisamente en aras del principio de seguridad jurídica, no les compete a los jueces imponer requerimientos o solemnidades notariales, sino interpretar las que el ordenamiento jurídico establece. Máxime cuando dicha solemnidad ni tan siquiera es prevista por la CDPD.

De ahí que, tratándose de una persona tetrapléjica, el Reglamento notarial previó anticipadamente a la CDPD la presencia de apoyos, en el caso, de un testigo de asistencia, que ha de firmar la escritura pública de testamento, a ruego de la testadora, como en efecto aconteció en el caso, en el que fue posible además, tomar las huellas dactilares de los dedos pulgares de ambas manos, según el dictado del primer párrafo del artículo 37 del Reglamento notarial, cumplimentándose los requerimientos que a tal fin exige el Derecho vigente.

Llegamos al punto neurálgico de la Sentencia que estoy comentando: la imperiosa necesidad —según el criterio del Alto Foro—, de expresar en la escritura pública de testamento, a modo de parte expositiva, como antecedente de la voluntad que se exterioriza, la manera en la que el notario puede conocer la *voluntas testatoris*, o sea, las herramientas que empleó para lograr la comunicación con una persona tetrapléjica que se da a entender con movimientos de la cabeza y los ojos, a modo de señas. Fue ello lo que según el dicho del Tribunal Supremo faltó en la escritura pública ¿Pero acaso ello es una formalidad impuesta por la ley? ¿Es el sentido de la CDPD imponer esta formalidad o solemnidad testamentaria en

resguardo de la última voluntad de una persona con discapacidad intelectual? ¿Se trata acaso de una salvaguardia?

Lapidariamente el Alto Foro deja sentado que el motivo de la nulidad testamentaria está dado en que

en el caso, se obvió la situación de vulnerabilidad expuesta y no se dejó constancia alguna acerca del modo en que se conocieron las previsiones que la testadora adoptó para después de su óbito, tal es así que en la redacción del documento notarial aparecen las expresiones que identifican una comunicación normal entre otorgante y fedatario, cuando fueron categóricos los deponentes al reseñar que la otorgante desde años atrás se daba a entender mediante señas y que exteriorizaba su asentimiento con los ojos y cabeza.

O sea, la nulidad de un testamento de una persona en la que no se justifica tuviera comprometida sus facultades volitivas por enfermedad mental, se dispone judicialmente, revocándose la sentencia de instancia que mantuvo un criterio disidente, sustentándose en un presupuesto de naturaleza formal, sobre la base de una solemnidad elevada a requerimiento esencial por el criterio del Tribunal Supremo, vacío de un sustrato sustantivo, o notarial, ni amparado mucho menos en una convención internacional. No puede confundirse en todo caso dicho requerimiento formal, fruto del ingenio de los jueces, con las salvaguardias que la CDPD establece en favor de las personas con discapacidad.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> Como tampoco debe confundirse con los apoyos a que también se refiere la CDPD en su artículo 12.4. Como apuntan Olmo y Prach: “la Convención establece dos nociones distintas, con diferentes alcances y funciones: por un lado, nos habla del ‘apoyo’, considerado como la ayuda necesaria para que la persona con discapacidad pueda tomar decisiones relativas al ejercicio de su capacidad jurídica; por el otro, la ‘salvaguardia’, entendida como aquella medida que se encuentra obligado a tomar el Estado a fin de controlar, vigilar y garantizar el correcto desenvolvimiento del apoyo”. O sea, como sostienen los propios autores, es función de la salvaguardia “custodiar el correcto funcionamiento de la medida

## VI. DISCAPACIDAD Y CESE DE CONVIVENCIA

También en procesos contenciosos-administrativos se ha aplicado por el Supremo Tribunal la Convención. La Sentencia núm. 1196 de 30 de diciembre de 2016 (ponente Alfaro Guillén) resolvió, favorablemente, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del tribunal de instancia que a su vez confirmó la resolución dictada por el ente administrativo denegando la condición de conviviente especialmente protegido de un hijo incapacitado judicialmente, frente al padre, titular de dicho inmueble, quien en el plano fáctico quería poner fin a la convivencia del hijo. Si bien, ciertamente el titular de un inmueble puede decidir libremente las personas con las cuales convivir, en razón del derecho de propiedad que le asiste sobre la vivienda, el ejercicio de ese derecho tiene límites que vienen dados, entre otras razones, por la condición o la cualidad de la persona a la que se le niega la convivencia, entre ellos el parentesco, a lo cual se agrega la discapacidad. Y este límite fue apreciado judicialmente en la segunda sentencia, o sentencia que el tribunal de casación dicta subrogado en el lugar del tribunal de instancia cuando en casación se aprecia una infracción de ley. En la Sentencia, el Alto Foro deja sentada la situación de la parte actora del proceso, por demás hijo del demandado, declarado el primero judicialmente incapacitado, particulares ambos, a saber: el parentesco con el titular del inmueble en el primer grado de consanguinidad por la línea recta descendente y la discapacidad intelectual que acentúa su estado de indefensión, que le deja a salvo, a tenor del artículo 65, pleca primera de la Ley

---

de apoyo, cuidando, fundamentalmente, que la persona con discapacidad no vea suplida su voluntad por quien tiene a su cargo el desempeño de la función de apoyo”. Véase Juan Pablo Olmo y Eliana M. Prach, “Distinción entre medidas de apoyo y de salvaguardia. Comentario al fallo ‘C., H. M. s/Declaración de Insania’”, en *Revista de Derecho de Familia y Sucesiones*, núm. 6, diciembre de 2015, IJ-XCIV-828 (versión digital).

General de la Vivienda, de la acción de cese de convivencia. Y en apoyo del razonamiento jurídico, el Alto Foro aplica los artículos 12, 13, 19, 23 y 28 de la CDPD, relativos a la igualdad del reconocimiento de la persona con discapacidad como persona ante la ley, el acceso a la justicia, la equiparación de condiciones en el lugar de residencia, el respeto al hogar y la familia y las garantías de un nivel de vida adecuado, respectivamente, motivo por el cual, a juicio del Tribunal “deviene procedente la estimación de la demanda como expresión de la función tuitiva que todas las instituciones estatales están llamadas a desempeñar en relación con las personas con discapacidad, en especial las jurisdiccionales con motivo de la solución de conflictos en los que se encuentren inmersas”. Con este pronunciamiento el Supremo Tribunal deja clara cuál ha de ser la posición de los tribunales en la solución de casos en los que se encuentren inmersas personas con capacidades diferentes. Ello no puede pasar inadvertido ante el ente administrativo con facultad jurisdiccional, ni ante el propio tribunal, error fustigado por el Supremo Tribunal respecto de la resolución administrativa, sustantivamente errada, luego inverosímilmente confirmada por el tribunal de instancia.

### *Post scriptum*

La aplicación directa de la CDPD por el Tribunal Supremo cubano y algunos tribunales de instancia refleja lo que se ha ido avanzando en el tema, el valor que para los jueces cubanos tienen tratados de derechos humanos autoaplicativos como el presente que supone un renacer o despertar en el tratamiento desde el Derecho de las personas con capacidades diferentes. Son los jueces quienes tienen el cometido de poner en acción el modelo social y de derechos humanos con el que se encara hoy la integración de las personas con discapacidad. La lectura que ha de darse a los preceptos sus-

tantivos y procesales, vigentes en el ordenamiento jurídico interno cubano, ha de pasar por el tamiz que la Convención supone. Una lectura pro Convención, y una aplicación de los principios enarbolados por la CDPD que permita garantizar la propia actuación de las personas con capacidades diferentes, en atención a sus preferencias, en pos de asegurar el protagonismo en los actos jurídicos en los que intervienen, que viabilice la realización y ejecución de aquellos a través de apoyos, y no por medio de la sustitución de voluntades, y con ello, “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” (Sentencia núm. 752 del 30 de septiembre de 2016, casación civil, segundo Considerando de la primera Sentencia, ponente: Valdés Rosabal), en lo que la labor judicial juega un papel esencial.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- Alfaro Guillén, Yanet, *El régimen jurídico de la preterición en Cuba*, La Habana, Ediciones ONBC, 2015, en concreto, capítulo III, pp. 159-194.
- Banacloche Palao, Julio, *El proceso de reintegración de la capacidad de obrar. Doctrina, jurisprudencia, formularios*, Pamplona, Aranzadi, 1998.
- Dihigo, Ernesto, “Valor de los tratados ante los tribunales nacionales”, en *Revista Cubana de Derecho*, año XXXVIII, núm. III (100), julio-septiembre de 1956, pp. 32-54.
- Jelonche, Paola H., “Diversidad intelectual, autonomía y nuevo rol del asesor legal”, en *Revista Académica Discapacidad y Derecho*, núm. 4, octubre de 2007, IJ-CDLXXXII-970 (en soporte informático).
- Lidón Heras, Leonor, *La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad ¿Por qué una toma de conciencia? Una propuesta para los*

*medios de comunicación*, Madrid, Editorial Universitaria, Ramón Areces, 2011, p. 151.

Olmo Juan Pablo y Eliana M. Prach, “Distinción entre medidas de apoyo y de salvaguardia. Comentario al fallo ‘C., H. M. s/Declaración de Insania’”, en *Revista de Derecho de Familia y Sucesiones*, núm. 6, diciembre 2015, IJ-XCIV-828 (versión digital).

Palacios, Agustina, “El ‘derecho a tener derechos’. Algunas consideraciones sobre el ejercicio de la capacidad jurídica y la toma de decisiones con apoyos”, en *Derechos de las personas con discapacidad*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa / Defensoría General de la Nación, 2017, p. 25.

Pereña Vicente, Montserrat, “La incidencia de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad en el sistema español de incapacitación judicial”, en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2a circunscripción, Rosario, núm. 7, año IV, 2012, pp. 76-77.

Pérez Gallardo, L. B., “¿Cómo entender la dependencia económica del causante, a los fines de reclamar la legítima, en el supuesto del hijo judicialmente incapacitado, internado en centro asistencial? (A propósito de la Sentencia núm. 532 de 29 de diciembre de 2011 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo)”, en *Estudios sobre la legítima asistencial*, Lima, Fondo Editorial del Colegio de Notarios de Lima, 2015, pp. 333-346.

\_\_\_\_\_, “De la acción de reducción de los legados como vía de protección a una hija incapacitada judicialmente, legitimaria, preterida por el testador”, en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Colegios de Escribanos de la provincia de Santa Fe, Rosario, Argentina, año 5, núm. 9, 2013, pp. 257-309.

\_\_\_\_\_, “En la búsqueda de un rostro para el boceto del legislador: la condición de ‘heredero’ especialmente protegido (legitimario asistencial) en la interpretación del Tribunal Supremo”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, año V, núm. 5, junio 2013, pp. 137-164.

\_\_\_\_\_, “Legítima y discapacidad. Una relectura de los requisitos exigidos *ex lege* para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial. Breves acotaciones a tono con el artículo 12.5 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 49, año XII, 4º trimestre, 2010, pp. 269-294.

\_\_\_\_\_, “Reconocimiento de la condición de legitimario asistencial a una persona con discapacidad psíquica, conforme con la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, año VIII, núm. 4, mayo de 2016, pp. 166-175.

\_\_\_\_\_, “Restitución parcial del ejercicio de la capacidad jurídica y establecimiento de apoyos en función de asistencia: la inédita solución, para Cuba, del Tribunal Supremo que abre las puertas a la aplicación directa del artículo 12 de la cdpc”, en *Revista de Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 79, mayo 2017, pp. 271-291.

Pérez Silveira, Maelia Esther, “Comentarios al artículo 20”, en *Comentarios al Código Civil cubano*, tomo I. *Disposiciones preliminares. Relación jurídica*, vol. I (artículos 1 al 37), Leonardo B. Pérez Gallardo [dir.], La Habana, Félix Varela, 2013, pp. 311-312.

Prieto Valdés, Martha, “En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976. Un breve comentario”, en *Revista Cubana de Derecho*, Unión Nacional de Juristas de Cuba, núm. 31, enero-junio de 2008, p. 14.

Romero Puentes, Yunier, *Derecho internacional público. Parte general* (en imprenta), p. 175.

Tribunal Supremo, “El Derecho familiar cubano y los nuevos tiempos: el brío jurisprudencial”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, año IX, núm. 6, julio 2017, pp. 65-89.

IV. DEMOCRACIA, GENOCIDIO,  
PUEBLOS INDÍGENAS  
Y GRUPOS VULNERABLES



PUERLO  
OFEIDIDO  
ABRIRA  
LOS OJOS.

## 8. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CENTROAMÉRICA: LABOR RIESGOSA EN ESTADOS QUE SE RESISTEN A PROTEGER\*

Marcia Aguiluz Soto  
Luis Enrique Eguren

### I. INTRODUCCIÓN

En todos los países existen personas que individual o colectivamente se dedican a defender los derechos humanos. Si bien no hay una definición taxativa para determinar quiénes son personas defensoras de derechos humanos (DDH o “personas defensoras”) ni categorías estrictas sobre el tipo de trabajo que realizan, desde 1999 se reconoció su importancia, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y pro-

\* Este artículo se basa en la publicación *Es tiempo ya: políticas públicas eficaces para el derecho a defender derechos humanos*, Bruselas/San José, 2017. Disponible en [https://www.cejil.org/sites/default/files/es\\_tiempoya\\_interactivo.pdf](https://www.cejil.org/sites/default/files/es_tiempoya_interactivo.pdf). La referida publicación es autoría de Luis Enrique Eguren, y Marcia Aguiluz Soto actuó como colaboradora. Para efectos del presente artículo se ha actualizado información y se brindan otros elementos no contenidos en la publicación original.

teger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos (“Declaración de la ONU sobre Defensores”). En dicha declaración, se describe a los y las defensores/as como “los individuos, los grupos y las instituciones [que contribuyen] a la eliminación efectiva de todas las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos y los individuos”.<sup>1</sup>

De manera similar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) los define como “toda persona que de cualquier forma promueva o procure la realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos a nivel nacional o internacional”.<sup>2</sup>

Este mismo órgano internacional ha señalado que la labor que llevan a cabo las personas defensoras es fundamental para la existencia de la democracia y el Estado de derecho, por cuanto su trabajo incumbe a la sociedad en general y busca su beneficio.<sup>3</sup> De igual forma, otros actores internacionales coinciden en destacar el papel que juegan en la promoción de la observancia de los derechos humanos,<sup>4</sup> existe un consenso internacional sobre la necesidad de protegerlos y garantizar sus derechos.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> ONU, *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, A/RES/53/1994, adoptada por la Asamblea General el 8 de marzo de 1999.

<sup>2</sup> CIDH, *Segundo Informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc.66, 31 de diciembre de 2011, al párr. 42. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/defensores2011.pdf>, párr. 12.

<sup>3</sup> *Ibid.*, párr. 13.

<sup>4</sup> ONU, Anexo al *Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos*. A/63/288, 14 de agosto de 2008, pág. 20. Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/461/12/PDF/N0846112.pdf?OpenElement>. Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia. Fondo, reparaciones y costas*, Sentencia del 27 de noviembre de 2008. Serie C, núm. 192, párr. 88.

<sup>5</sup> ONU, Resolución 22/6 del Consejo de Derechos Humanos, sobre Protección de los defensores de los derechos humanos, A/HRC/Res/22/6, 12 de abril de

Desafortunadamente, pese al citado consenso, la realidad demuestra que las personas defensoras resultan incómodas para los grupos de poder (formales y fácticos), razón por la cual, en numerosos países se observan obstáculos importantes que les impide ejercer su derecho a defender derechos humanos.

En este sentido, la CIDH ha expresado que:

Un número importante de defensoras y defensores en las Américas son víctimas de represalias y restricciones indebidas como consecuencia de su trabajo de promoción y protección de los derechos de las personas que habitan el hemisferio. Esto hace que la labor de protección y defensa de los derechos humanos sea difícil, y en muchos casos, riesgosa.<sup>6</sup>

De esta manera, las personas defensoras se enfrentan cotidianamente a situaciones de estigmatización, amenazas, agresiones, y criminalización<sup>7</sup> asimismo, impera la impunidad cuando son víctimas de violaciones a sus derechos.

Así por ejemplo, según el último informe de la organización Front Line Defenders, sólo en 2017 fueron asesinadas 312 personas defensoras, de éstas el 84% había sufrido amenazas previas a su muerte,<sup>8</sup> las cuales nunca fueron investigadas adecuadamente.

---

2013; También ver: Directrices de la Unión Europea sobre los defensores de derechos humanos, Bruselas, 10 de junio de 2009; Declaración y Plan de Acción de Grand Bay, adoptada en la Conferencia Ministerial sobre Derechos Humanos de la Unión Africana, 12 al 16 de abril de 1999. Organización de Estados Americanos (OEA), Discurso del secretario general José Miguel Insulza en ocasión de la presentación del informe sobre defensores/as de la CIDH, 18 de octubre de 2006.

<sup>6</sup> CIDH. *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*, OEA/ser. L/V/II.124, 7 de marzo de 2006, párr. 137.

<sup>7</sup> CIDH. *Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.66, 31 de diciembre de 2011, párr. 8.

<sup>8</sup> Front Line Defenders, *Informe Anual sobre Defensores/as de Derechos Humanos en Riesgo en 2017*. Grattan House, 2017. p. 6. Disponible en <https://www.frontlinedefenders.org/es/resource-publication/annual-report-human-rights-defenders-risk-2017>.

Este tipo de hechos reviste particular relevancia por cuanto tienen una repercusión colectiva sobre el ejercicio de otros derechos en una democracia, y pueden generar un “efecto amedrentador sobre otras defensoras y defensores, ya que el temor causado frente a tal hecho podría disminuir directamente las posibilidades de que tales personas ejerzan su derecho a defender los derechos humanos a través de la denuncia”.<sup>9</sup>

La situación de riesgo descrita también es aplicable a la región centroamericana, en donde miles de personas defensoras de derechos humanos enfrentan numerosos obstáculos para ejercer sus derechos.

En el presente artículo, se pretende visibilizar algunos de estos obstáculos, así como la respuesta que han dado las autoridades estatales; finalmente, los autores proponen abordar esta temática desde un enfoque de políticas públicas por lo que se realizará una reflexión desde esta óptica.

### *1. Obstáculos para la defensa de Derechos Humanos en Centroamérica*

Centroamérica es una región de aproximadamente 48 000 000 de habitantes.<sup>10</sup> Desafortunadamente, salvo en Costa Rica y Panamá, en los otros países más del 50% de la población vive en situación de pobreza,<sup>11</sup> y los niveles de violencia homicida superan el promedio mundial (6.4 muertes dolosas por cada 100 000 habitantes). Así, El Salvador destaca por una tasa de 60 muertes dolosas, le

<sup>9</sup> Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C núm. 192, párr. 96. En el mismo sentido, Cfr. CIDH. *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*, cit., párr. 108.

<sup>10</sup> Estado de la Región, *Estadísticas de Centroamérica 2018*. Disponible en <https://www.estadisticascentroamerica.estadonacion.or.cr/estadisticas-erca-2018.html#social>

<sup>11</sup> *Ibid.*

sigue Honduras con 42.9, Guatemala con 26.1, e inclusive en Costa Rica se ha superado ese promedio mundial, al ostentar actualmente un porcentaje de 12.2 muertes dolosas.<sup>12</sup>

La mayoría de estos países se caracteriza por tener una institucionalidad débil, poderes judiciales dependientes de los grupos de poder y modelos de liderazgo autoritarios. Según el Índice de Estados Fallidos, elaborado por el Fondo para la Paz, todos los otros países de Centroamérica, salvo Costa Rica y Panamá, se consideran Estados fallidos.<sup>13</sup>

Estas cifras son relevantes para entender las dificultades que enfrenta cotidianamente la población para ver respetados y garantizados sus derechos humanos, así como el contexto en el que ejercen su labor las personas defensoras de derechos humanos. En efecto, en Estados con las características citadas, son estas personas las que promueven más fuertemente el fortalecimiento del Estado de derecho, las que denuncian los abusos de poder y las arbitrariedades y las que exigen constantemente justicia. Por ello, como se señaló *supra*, en muchas ocasiones resultan incómodos para quienes ejercen el poder real y formal, y por tanto son víctimas de violaciones a sus derechos humanos con el objetivo de intimidarles y evitar que continúen con su labor.

En Guatemala, según datos de la Unidad de Protección a Defensoras y Defensores de Derechos Humanos (Udefegua) sólo entre los meses de enero a junio de 2018 fueron asesinadas 13 personas defensoras de derechos humanos, en este mismo periodo, se registraron 135 agresiones y 76 actos de criminalización.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Estado de la Región. *Estadísticas de Centroamérica 2018*. Disponible en: <https://www.estadisticascentroamerica.estadonacion.or.cr/estadisticas-erca-2018.html#pol%C3%ADticos>

<sup>13</sup> Fund for Peace. *Fragile State Index 2018*. Disponible en: <http://fundforpeace.org/fsi/data/>

<sup>14</sup> Udefegua, *Agresiones contra personas defensoras de derechos humanos 1 de enero al 8 de junio de 2019*. Disponible en <http://udefegua.org/wp-content/uploads/2015/08/Infografi%CC%81a-Junio-2018.jpg>

En el caso de Honduras, de acuerdo con la organización internacional Front Line Defenders, durante 2014 a 2017 fueron asesinadas 64 personas defensoras de derechos humanos.<sup>15</sup>

Organizaciones como Global Witness afirman que no hay ningún lugar del planeta en el que sea más probable morir asesinado por protestar contra los daños ambientales y el despojo de la tierra que en Honduras. Para esta organización, desde el golpe de Estado de 2009, 123 activistas de la tierra y el medio ambiente han sido asesinados en Honduras; muchos otros han sido amenazados, atacados o encarcelados.<sup>16</sup>

Adicionalmente, cada vez es más frecuente el uso del derecho penal para sancionar conductas que forman parte del derecho a defender derechos humanos. En este sentido, en el informe anual de la OACNUDH de 2016 se destacó la criminalización de 103 estudiantes de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras por su participación en una protesta contra las autoridades universitarias.<sup>17</sup>

Por su parte, en Nicaragua la situación de las personas que defienden la democracia y los derechos humanos se ha agravado considerablemente luego de las protestas que iniciaron el 18 de abril de 2018 y que han generado una crisis democrática sin precedentes recientes. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su informe de junio de 2018 manifestó su preocupación por la situación especial de riesgo en que

<sup>15</sup> Front Line Defenders, *Basta de asesinatos*, Grattan House, 2018, p. 34. Disponible en [https://www.frontlinedefenders.org/sites/default/files/stop\\_the\\_killings\\_spanish.pdf](https://www.frontlinedefenders.org/sites/default/files/stop_the_killings_spanish.pdf)

<sup>16</sup> Global Witness, *Honduras. El lugar más peligroso para defender el planeta*, 2017, p. 5. Disponible en [file:///C:/Users/Pasante03/Downloads/Spanish\\_single\\_v6.pdf](file:///C:/Users/Pasante03/Downloads/Spanish_single_v6.pdf)

<sup>17</sup> OACNUDH, *Informe Anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de derechos humanos en Honduras. A/HRC/34/3/Add.2*, 9 de febrero de 2017, párr. 35. Disponible en <https://oacnudh.hn/wp-content/uploads/2018/05/Informe-OACNUDH-2016-DDHH-Honduras-G1702934.pdf>

se encuentra personas defensoras de derechos humanos así como señaló las agresiones, amenazas, actos de hostigamiento, criminalización, seguimiento y vigilancia en su contra.<sup>18</sup>

Por este nivel de riesgo, la CIDH ha otorgado, sólo en 2018, la cantidad de 26 medidas de protección a favor de centenares de personas defensoras y otros líderes sociales.<sup>19</sup>

Más allá de la crisis, en 2016, Global Witness consideró que Nicaragua era el peor lugar para quienes defienden los derechos humanos considerando la cantidad de asesinatos per cápita ocurridos en dicho año, esta violencia se atribuyó principalmente a hechos ocurridos contra las comunidades indígenas por parte de colonos agrícolas.<sup>20</sup>

Asimismo, la Iniciativa Nicaragüense de Mujeres Defensoras documentó 389 agresiones ocurridas entre 2015 y 2017 en contra de 202 defensoras. De los hechos más graves señalados está el asesinato de dos mujeres vinculadas a la defensa de la tierra en el Caribe Norte. A su vez, la Iniciativa destacó que un 45% de los agresores fueron autoridades estatales, en particular la policía.<sup>21</sup>

En el caso de El Salvador, la Mesa por el Derecho a Defender Derechos Humanos ha logrado identificar, entre 2014 y 2016, al menos 220 casos de agresiones hacia mujeres defensoras de de-

<sup>18</sup> CIDH, *Graves violaciones de derechos humanos en el contexto de las protestas sociales en Nicaragua*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 86. 21 de junio de 2018, párr. 252. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Nicaragua2018-es.pdf>

<sup>19</sup> CIDH, *Sección de otorgamiento de medidas cautelares 2018*. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>

<sup>20</sup> Global Witness, *Defender la Tierra. Asesinatos globales de defensores/as de la tierra y el medio ambiente en 2016*, p. 7. Disponible en <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/defender-la-tierra/>

<sup>21</sup> La Prensa, “Defensores de derechos humanos en Nicaragua trabajan entre amenazas y persecución”, 28 de octubre de 2017. Disponible en <https://www.laprensa.com.ni/2017/10/28/nacionales/2321715-defensores-derechos-humanos-nicaragua-trabajan-amenazas-persecucion>

rechos humanos.<sup>22</sup> Por otra parte, según datos dados por el procurador adjunto para la Defensa de Derechos Humanos, señor Gerardo Alegría, desde 2014 hasta 2017, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos recibió 26 denuncias por violaciones de derechos humanos contra defensores de los mismos.<sup>23</sup>

Más allá de la violencia ejercida contra las personas defensoras de derechos humanos en la región, es importante destacar aquella que se comete contra las mujeres defensoras. En este sentido, según los datos recabados a través del Registro Mesoamericano de Agresiones a Defensoras de Derechos Humanos, entre 2015 y 2016 se contabilizaron un total de 2 197 agresiones contra mujeres defensoras en El Salvador (102), Guatemala (231), Honduras (810), México (862) y Nicaragua (192).<sup>24</sup> De estas cifras, 609 ataques fueron perpetrados contra defensoras de la tierra, el territorio y los bienes naturales. Asimismo, la Iniciativa Mesoamericana de Mujeres Defensoras de Derechos Humanos ha documentado que los ataques consisten mayoritariamente en actos de hostigamiento psicológico, intimidación, calumnias, campañas de desprestigio, y amenazas. Siendo que en el 37% de los ataques se evidencia algún componente de género, es decir, la agresión se realiza atacando la condición de mujer.<sup>25</sup>

Ahora bien, como se mencionó antes las personas que defienden el derecho a la tierra y el territorio o la protección del me-

<sup>22</sup> Hispan TV, “Experto de ONU pide proteger a defensores de DDHH en El Salvador”, 9 de febrero de 2018. Disponible en <https://www.hispantv.com/noticias/el-salvador/368043/onu-defensores-derechos-humanos-centroamerica>

<sup>23</sup> El Salvador, “Relator de la ONU pide proteger a defensores de derechos humanos”, 8 de febrero de 2018. Disponible en <http://www.elsalvador.com/noticias/nacional/448151/relator-de-onu-pide-protoger-a-defensores-dd-hh/>

<sup>24</sup> Iniciativa Mesoamericana de Mujeres Defensoras, *Cuerpos, territorios y movimientos en resistencia en Mesoamérica. Informe de agresiones a defensoras 2015-2016*, p. 1. Disponible en <http://im-defensoras.org/wp-content/uploads/2018/05/Informe-ejecutivo-2015-2016.pdf>

<sup>25</sup> *Ibid.*

dio ambiente son las que se encuentran en mayor riesgo, esto es así porque se les estigmatiza como contrarios al desarrollo y se les considera que son un obstáculo para la explotación de los recursos económicos en los países. En este sentido, se observa con frecuencia que tanto actores estatales como no estatales lideren campañas difamatorias para desacreditar su labor,<sup>26</sup> y son responsables de las agresiones que se cometen en su contra.

Adicionalmente, este tipo de agresiones son consecuencia de la implementación de un modelo de desarrollo que promueve la extracción de recursos naturales, caracterizado por “el otorgamiento de concesiones y licencias de extracción minera, utilización y apropiación indebida de ríos para el riego de monocultivos, en particular la palma africana y la caña de azúcar, y el crecimiento desmedido de la generación de energía a través de hidroeléctricas de gran envergadura para el mercado internacional”.<sup>27</sup> Este modelo se refleja en datos concretos, así por ejemplo, a septiembre de 2017 en Honduras se habían otorgado 302 concesiones para explotación y exploración de minería,<sup>28</sup> y 121 concesiones para explotación de energía hidroeléctrica.<sup>29</sup>

Es evidente que este modelo de desarrollo extractivista genera conflictividad social, particularmente en comunidades indígenas,

<sup>26</sup> Front Line Defenders, *Basta de asesinatos*, Grattan House, 2018, p. 33. Disponible en [https://www.frontlinedefenders.org/sites/default/files/stop\\_the\\_killings\\_spanish.pdf](https://www.frontlinedefenders.org/sites/default/files/stop_the_killings_spanish.pdf)

<sup>27</sup> Udefegua, *Informe sobre la situación de defensoras y defensores de derechos humanos en Guatemala: un reflejo del deterioro de los derechos humanos en el país*. Enero a junio de 2017, p. 4. Disponible en [http://udefegua.org/wp-content/uploads/2017/10/201709-Sit-Defensores-DH-SEMESTRAL.FIN\\_.pdf](http://udefegua.org/wp-content/uploads/2017/10/201709-Sit-Defensores-DH-SEMESTRAL.FIN_.pdf)

<sup>28</sup> Cehprodec, *Informe del Observatorio de Bienes Naturales y Derechos Humanos de Cehprodec*, Tegucigalpa, 2017, p. 13. Disponible en <http://www.cehprodec.org/index.php/publicaciones/send/5-observatorio/40-informe-obndh-2017>

<sup>29</sup> Cehprodec, *Base de datos de producción de energía hidroeléctrica en Honduras, 2018*. Disponible en <http://www.cehprodec.org/index.php/2-uncategorised/97-base-de-datos-produccion-de-energia-electrica-en-honduras-2019>

afrodescendientes, y campesinas, con el consecuente aumento en las agresiones hacia éstas. Un caso emblemático que ilustra esta afirmación es el caso de la lideresa lenca Berta Cáceres Flores y el Consejo Cívico de Organizaciones Populares e Indígenas de Honduras (Copinh). Este caso ejemplifica el accionar de algunos actores estatales y no estatales en contra de los pueblos indígenas debido a su interés en llevar a cabo proyectos de corte extractivista. En marzo de 2016, la coordinadora del Copinh fue asesinada en su casa. Ante el asesinato, la familia de Berta y el Copinh en conjunto con varias organizaciones solicitaron a un grupo asesor internacional de personas expertas (GAIPE) investigar el hecho. Es así como en octubre de 2017, este grupo publicó un informe en el que se daba cuenta del involucramiento de altos directivos de una empresa hidroeléctrica, no sólo en el asesinato de la lideresa Cáceres sino en la comisión de otros delitos en contra del Copinh, algunos de los cuales requirieron la participación de funcionarios públicos.<sup>30</sup>

En sus propias palabras,

El informe del GAIPE permite evidenciar las diversas estrategias emprendidas por socios, personal directivo, gerencial y operativo de la empresa Desarrollos Energéticos, Sociedad Anónima (DESA); de empresas de seguridad privada al servicio de DESA; de funcionarios públicos y aparatos de seguridad del Estado para violentar el derecho de la consulta, previa, libre e informada del pueblo indígena lenca. La estrategia tenía por objeto controlar, neutralizar, y eliminar cualquier oposición. Estas acciones incluyeron: la instrumentalización de las comunidades para generar ruptura del tejido social; campañas de desprestigio, infiltración, seguimiento, amenazas, sicariato y sabo-

<sup>30</sup> GAIPE, *Represa de violencia: el plan que asesinó a Berta Cáceres*, noviembre de 2017, p. 2. Disponible en <https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2017/10/Represa-de-Violencia-ES-FINAL-.pdf>

taje del equipo de comunicaciones del COPINH; cooptación de operadores de justicia y fuerzas de seguridad; y fortalecimiento de estructuras paralelas a las fuerzas de seguridad del Estado.<sup>31</sup>

Desafortunadamente lo observado en el caso de Berta Cáceres Flores no es aislado, estas prácticas delictivas descritas por el GAIPE en su informe se observan de manera cotidiana en la región mesoamericana e inclusive han sido objeto de diversos pronunciamientos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Kawas Fernández vs Honduras*,<sup>32</sup> *Luna López vs Honduras*,<sup>33</sup> *Defensor de Derechos Humanos vs Guatemala*<sup>34</sup> y *Acosta vs Nicaragua*.<sup>35</sup> En varios de estos casos, el máximo órgano interamericano ha dictado medidas de reparación dirigidas a la no repetición de las violaciones encontradas, por ejemplo, en el caso *Kawas* ordenó realizar una campaña de sensibilización sobre la labor que llevan a cabo los defensores ambientalistas,<sup>36</sup> mientras que en los casos *Luna López* y *Defensor de Derechos Humanos*, ordenó a Honduras y Guatemala, respectivamente, la elaboración de una política pública para la protección a las personas defensoras de derechos humanos.<sup>37</sup> Finalmente, en el caso *Acosta* también señaló que Nicaragua debe elaborar mecanismos de protección y

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> Corte IDH, *Caso Kawas Fernández vs Honduras. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 3 de abril de 2009, Serie C, núm. 196.

<sup>33</sup> Corte IDH, *Caso Luna López vs Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia del 10 de octubre de 2013, Serie C, núm. 269.

<sup>34</sup> Corte IDH, *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, Sentencia del 28 de agosto de 2014, Serie C, núm. 283.

<sup>35</sup> Corte IDH, *Caso Acosta y otros vs Nicaragua. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 25 de marzo de 2017, Serie C, núm. 334.

<sup>36</sup> *Supra*, nota 39, párr. 214.

<sup>37</sup> *Supra*, notas 40 y 41, párrs. 243 y 263, respectivamente.

protocolos de investigación relacionados con las personas defensoras de derechos humanos.<sup>38</sup>

## *2. La protección de las/os defensores/as de derechos humanos por los Estados*

Ante la grave situación descrita hasta ahora, ¿cómo abordan los Estados en la región sus obligaciones de protección? Veremos a continuación cómo los actuales programas de protección en las Américas reducen su foco a la protección física de algunos DDH, y por qué es necesario ampliar ese enfoque para conseguir unas políticas públicas que respondan al objetivo, más amplio, de crear entornos seguros para la defensa de los derechos humanos.

Una política pública de protección:  
¿cómo se definen los problemas a abordar?

Una política pública responde a un problema social complejo, en nuestro caso a las limitaciones al ejercicio del derecho a defender los derechos humanos. Ahora bien, ¿cómo llega ese problema a la agenda de un gobierno? ¿Quién delimita las dimensiones de ese problema, y cómo lo hace? ¿Cómo se eligen los aspectos que serán abordados en una política pública sobre la defensa de los derechos humanos?

En primer lugar, quienes han puesto el tema de protección en la arena pública han sido los propios DDH. Así sucedió en Colombia (desde 1999), Brasil y México, en distintos momentos en los que situación en que la violencia en contra de DDH llegó a convertirse

<sup>38</sup> *Supra*, nota 42, párr. 223.

en un punto importante en la agenda política. Procesos similares de presión y reivindicación política por parte de los DDH se han vivido en países de Centroamérica durante años, especialmente en Honduras y Guatemala, las decisiones de la Corte IDH han sido fundamentales para obligar a dichos gobiernos a dar los primeros pasos.

Al principio de estos procesos no había una idea clara de qué se podría esperar de los incipientes debates sobre los mecanismos nacionales de protección, porque fueron surgiendo, sin referentes externos.

Por su parte, los Estados comenzaron limitando el problema a las agresiones físicas en sí y, por tanto, pusieron en marcha programas reactivos que se centraron sobre todo en la protección física inmediata de DDH en riesgo, a semejanza de los programas de protección de testigos o víctimas existentes en algunos países. Por fuera de estos programas, tan limitados, los gobiernos parecían dar por hecho que otros organismos del Estado se encargarían de investigar y sancionar las agresiones, negándose así a reconocer tanto la impunidad existente, como la frecuente participación de agentes estatales como agresores.

Con el paso del tiempo y la experiencia, las propias organizaciones de DDH y organismos regionales e internacionales de derechos humanos han venido planteando la necesidad de un enfoque más amplio y garantista sobre la necesaria protección, que responda, por ejemplo, a otras necesidades como lograr una adecuada investigación de los hechos de violencia ocurridos en contra de DDH y la sanción a los agresores; el reconocimiento y respaldo a la labor que realizan los y las DDH; emprender acciones contra declaraciones públicas de altos funcionarios en las que se les acusa de “defender guerrilleros”, “terroristas” o “delincuentes”, o incluso directamente de serlo; o se les acusa de generar “focos de ingobernabilidad”, de “estar en contra del desarrollo”, o en el caso de aquellas que defienden derechos de las mujeres o de la

diversidad sexual, de “atentar contra los valores tradicionales, la familia, o la moral”, etc.<sup>39</sup>

A modo de balance, podemos decir que hasta ahora los Estados han logrado imponer su visión reduccionista del problema, centrándose en el reconocimiento de la existencia de amenazas y agresiones contra algunos DDH, y a partir de ahí ofreciendo una protección física individual, en la lógica de reaccionar con simples medidas de seguridad a la situación de riesgo que concedía a algunos defensores. Las leyes y los mecanismos existentes se han limitado a la protección física de los defensores en riesgo y, en general, no incluyen un conjunto mayor de actuaciones posibles para garantizar el derecho a la defensa de los derechos humanos. Es lo que denominaremos un enfoque fundamentalmente reduccionista, porque la protección se aborda como un problema reducido, contenido en sí mismo, que requiere de una intervención simple para ser gestionado.

Desde un punto de vista crítico, ¿es éste el problema que es necesario abordar, y es necesario abordarlo de esta manera? Ya la CIDH, en su Informe sobre defensores de 2011, señala a los Estados americanos la necesidad de ir más allá de “restringirse, por ejemplo, a proporcionar esquemas de seguridad a defensores en peligro sin investigar el origen de las amenazas de las que han sido objeto”,<sup>40</sup> el mismo informe se refiere a la necesidad de una “política global de protección”.<sup>41</sup> En la misma línea se manifiesta la Representante Especial para DDH Margaret Sekaggya en su

<sup>39</sup> María Martín Quintana, *Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos. Categorización del fenómeno y medidas para su afrontamiento*, Bruselas, 2016. Disponible en [http://protectioninternational.org/wp-content/uploads/2016/01/PI\\_Criminalisation\\_Spanish\\_PrintReady1.pdf](http://protectioninternational.org/wp-content/uploads/2016/01/PI_Criminalisation_Spanish_PrintReady1.pdf)

<sup>40</sup> CIDH, *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*, cit., párr. 472.

<sup>41</sup> *Ibid.*

informe del 2013<sup>42</sup> y, a finales de 2015, la Asamblea General de Naciones Unidas “insta a los Estados a que elaboren y pongan en práctica políticas y programas públicos integrales y sostenibles que apoyen y protejan a los defensores de los derechos humanos”.<sup>43</sup> El Comisionado Francisco Eguiguren, Relator sobre los Derechos de Defensores y Defensoras de la CIDH, reiteró en 2018 que “conocemos y saludamos los esfuerzos de algunos Estados por implementar diferentes mecanismos, leyes y políticas para proteger a defensores y defensoras, pero lamentablemente no han resultado suficientemente efectivos”.<sup>44</sup>

Es precisamente esta ausencia de políticas más amplias la que da pie a la crítica, extendida entre las organizaciones de DDH, de que los mecanismos de protección nacionales son la manera en que los Estados reducen la presión que reciben, pero sin ofrecer respuestas que aborden y prevengan de manera efectiva las agresiones contra DDH.<sup>45</sup> En otras palabras, pareciera que un sector de los gobiernos quiere simplemente “administrar” los daños causados por las graves agresiones contra DDH pero no abordar las causas que les generan.

<sup>42</sup> Margaret Sekaggya, *Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos. A/HRC/25/55*, Consejo de Derechos Humanos, 25 período de sesiones, 23 de diciembre de 2013. Disponible en [http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session25/Documents/A-HRC-25-55\\_sp.doc](http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session25/Documents/A-HRC-25-55_sp.doc)

<sup>43</sup> Asamblea General de la ONU. *Reconocimiento del papel de los defensores de los derechos humanos y de la necesidad de protegerlos*. Resolución A/C.3/70/L.46/Rev.1, párrafo 11, 18 de noviembre de 2015. Disponible en [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/C.3/70/L.46/Rev.1](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/C.3/70/L.46/Rev.1)

<sup>44</sup> CIDH, *cidh lanza informe sobre políticas integrales de protección a personas defensoras de derechos humanos*, 28 de febrero de 2018. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/039.asp>

<sup>45</sup> María Martín Quintana y Luis E. Eguren, *Protección de defensores de derechos humanos: buenas prácticas y lecciones a partir de la experiencia*, Bruselas, Protection International, 2011. Disponible en [http://protectioninternational.org/wp-content/uploads/2013/04/Proteccion\\_de\\_defensores\\_buenas\\_praticias.pdf](http://protectioninternational.org/wp-content/uploads/2013/04/Proteccion_de_defensores_buenas_praticias.pdf)

La persistencia y sistematicidad de las agresiones contra DDH denotan que el problema a abordar es mucho más amplio: se trata de una conculcación a múltiples niveles del derecho a defender los derechos humanos, que en muchos escenarios apunta al crimen organizado, a vínculos con sectores económicamente poderosos y, más allá de corrupción aislada, a una cooptación y captura del Estado por estos y otros actores. La definición del problema ha de abordar, por lo tanto, esta sistematicidad en las agresiones y estos problemas más profundos en que están anidadas: si no se hace así, sólo se intentará tratar los síntomas graves pero sin resultados, al no abordar las causas de fondo.

#### Los mecanismos gubernamentales de protección en Guatemala y Honduras

A modo de descripción general, los mecanismos y programas existentes suelen consistir en una estructura gestionada por el Gobierno a la que acuden las personas DDH que se consideran en riesgo; tras una evaluación formal de dicho riesgo, se les asignan medidas de protección a quienes alcancen, según ciertos criterios, un determinado nivel de riesgo. Estas medidas se mantienen un tiempo determinado si, de acuerdo con el mecanismo, subsiste el riesgo.

Nominalmente, estos mecanismos suelen incluir algunas medidas adicionales, como las de prevención, las enfocadas en la educación de los servidores públicos sobre la defensa de los derechos humanos, etc. No obstante, su implementación es muy limitada.

Analizaremos brevemente, a continuación, el estado de estas políticas públicas en los tres países de la región que han generado avances o mantienen discusiones sobre el tema, y lo haremos por orden cronológico: Guatemala, Honduras y El Salvador.

### 3. Guatemala: una política en ciernes

Como hemos visto, en su fallo del 28 de agosto de 2014 la Corte IDH obligó al estado de Guatemala a “implementar una política pública efectiva para la protección de las defensoras y defensores de derechos humanos”.<sup>46</sup> Sin avances sustanciales por parte del Estado, en febrero de 2016 la Corte IDH emplazó al gobierno de Guatemala a informar sobre este aspecto del cumplimiento de la sentencia para mayo del mismo año.<sup>47</sup> Dicha política pública todavía no había sido aprobada a finales de 2018.

Diez años antes de la mencionada sentencia de la Corte IDH, en 2004, se había creado la Unidad Coordinadora de Protección para Defensores de Derechos Humanos, Administradores y Operadores de Justicia, Periodistas y Comunicadores Sociales<sup>48</sup> (dentro de la Comisión Presidencial para los Derechos Humanos, Copredek). La función de esta Unidad era la de coordinar con otras instituciones del Estado las medidas de protección otorgadas por los organismos internacionales de derechos humanos. En 2009 el Gobierno presentó una Propuesta de Política Pública de Prevención y Protección para DDH, Sujetos Procesales, Periodistas y Comunicadores Sociales, así como un Plan de Acción Nacional de Protección y un Catálogo de Medidas de Protección.<sup>49</sup> Aunque para ese año ya se contaba con un Acuerdo Gubernativo, estas iniciativas nunca llegaron a ser aprobadas.

<sup>46</sup> *Supra* nota 44. Ver también el Protection International 2014, 15: invitado por Udefegua, el autor de este estudio aportó un peritaje que fue citado por la Corte IDH en la mencionada sentencia del caso.

<sup>47</sup> Corte IDH, *Caso Defensor de Derechos Humanos vs Guatemala*. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, 23 de febrero de 2016. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/defensor\\_23\\_02\\_16.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/defensor_23_02_16.pdf)

<sup>48</sup> Mediante el Acuerdo Interno 11-2004 de la Comisión Presidencial de Derechos Humanos de Guatemala (Copredek).

<sup>49</sup> Véase p. 32 en María Martín y Luis E. Eguren, 2011, *op. cit.*

En 2008 se creó la Instancia de Análisis de Ataques contra Defensores de Derechos Humanos en Guatemala,<sup>50</sup> la cual tiene como funciones analizar los patrones de agresión en contra de DDH; elaborar recomendaciones para la investigación de estos casos, dirigidas a las autoridades encargadas de la investigación criminal; recomendar a las autoridades correspondientes criterios técnicos para determinar riesgos, grados de amenaza o vulnerabilidad de quienes defienden derechos humanos; y recopilar información sobre el cumplimiento de las medidas de prevención y protección para valorar la efectividad de las mismas en la disminución del riesgo. Esta Instancia está integrada por representantes de la Dirección General de Inteligencia Civil, del Ministerio Público y de la Policía Nacional Civil, además de dos representantes de ONG de derechos humanos a nivel nacional y uno a nivel internacional.<sup>51</sup>

La Instancia de Análisis ha sido por años el principal espacio de encuentro institucional entre Gobierno y organizaciones de DDH sobre su protección, y ha obtenido algunos resultados de interés. Sin embargo, se han observado largos periodos de inactividad de dicha entidad, generando interrogantes sobre su funcionamiento. En 2011 la CIDH indicó que la Instancia tenía “una instituciona-

<sup>50</sup> Acuerdo Ministerial núm. 103-2008. Véase p. 32 en María Martín y Luis E. Eguren, 2011. *Protección de Defensores de Derechos Humanos: buenas prácticas y lecciones a partir de la experiencia*, Bruselas, Protection International. Disponible en [http://protectioninternational.org/wp-content/uploads/2013/04/Proteccion\\_de\\_defensores\\_buenas\\_praticias.pdf](http://protectioninternational.org/wp-content/uploads/2013/04/Proteccion_de_defensores_buenas_praticias.pdf).

<sup>51</sup> La instancia fue creada inicialmente por un término de cuatro años, y en 2012 su mandato fue renovado por cuatro años más. En 2015 contaba con 22 investigadores, se creó una línea telefónica para agilizar el sistema de recepción de denuncias por estos hechos y se estableció un protocolo de protección inmediato a sindicalistas. Véase “Analizan protección de Defensores de Derechos Humanos”, 20 de enero de 2015. Disponible en [http://www.mingob.gob.gt/index.php?option=com\\_k2&view=item&id=8603%3Aanalizan-proteccion-de-defensores-de-derechos-humanos&Itemid=372](http://www.mingob.gob.gt/index.php?option=com_k2&view=item&id=8603%3Aanalizan-proteccion-de-defensores-de-derechos-humanos&Itemid=372)

lidad frágil, provisional y sin el apoyo requerido por parte de las autoridades del Ministerio de Gobernación”, lo que habría incidido en la “falta de resultados y de identificación de patrones de ataque”.<sup>52</sup> En 2012 un total de 32 organizaciones guatemaltecas e internacionales enviaron una Carta al presidente de la República con críticas y propuestas para reforzar el funcionamiento de la Unidad.<sup>53</sup> Ante la falta de respuesta efectiva las organizaciones de DDH se retiraron de la Instancia por su falta de resultados, y así lo denunciaron ante la CIDH.<sup>54</sup> En 2013 la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en Guatemala se hizo eco de estos problemas al considerar que, a pesar de los esfuerzos realizados, la Instancia había perdido efectividad, siendo además que “los representantes de las instituciones participantes en la Instancia fueron reemplazados por técnicos, lo que contribuyó a que algunas organizaciones de la sociedad civil decidieran abandonar dicha entidad”.<sup>55</sup> En 2015 varias organizaciones de DDH de Guatemala reconocieron mejoras en el funcionamiento de la Instancia y retomaron su participación en la misma. En marzo de 2016 se

<sup>52</sup> CIDH, *Segundo Informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas*, p. 101. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 66, 31 de diciembre de 2011. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/defensores2011.pdf>

<sup>53</sup> Carta abierta de ONG internacionales al presidente de la República de Guatemala, Otto Pérez Molina, del 21 de noviembre de 2012. “Fortalecer la Instancia de Análisis de Ataques a Defensores de Derechos Humanos y mejorar la protección a los y las Defensores y Defensoras de Derechos Humanos”. Disponible en [http://www.ciel.org/Publications/CartaInstancia\\_DDHH\\_Nov2012.pdf](http://www.ciel.org/Publications/CartaInstancia_DDHH_Nov2012.pdf)

<sup>54</sup> Ver audiencia ante la CIDH sobre Situación de defensores y defensoras de derechos humanos en Guatemala, durante el 149 Periodo de sesiones, el 28 de octubre de 2013. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/Hearings.aspx?Lang=es&Session=132>

<sup>55</sup> OACNUDH, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su oficina en Guatemala, 2013. A/HRC/25/19/Add.1, párr. 49*. Disponible en <http://www.ohchr.org/documentos/informes/InformeAnual2013%28esp%29.pdf>

llegó a acuerdos interinstitucionales entre el Ministerio de Gobernación, la Fiscalía y Copredek para reforzar la participación institucional en la Instancia de Análisis.<sup>56</sup>

Según el informe de Amnistía Internacional (AI) de finales de 2018,<sup>57</sup> “a lo largo de 2017, la Instancia analizó el riesgo de 293 casos, de los cuales 27 son personas defensoras. El Ministerio de Gobernación afirmó que las medidas otorgadas tienen un extremo enfoque policial y que no cuentan con un protocolo de actuación en relación con la pertenencia étnica o de perspectiva de género al momento de brindar las medidas de seguridad a personas defensoras. Esto impide la adecuación de la medida a la situación de riesgo enfrentada”.

Llama la atención el bajo número de casos de personas defensoras tratados por la Instancia, aunque en el mismo informe de AI se recoge que “El Ministerio de Gobernación ha identificado algunas dificultades para el debido funcionamiento de la Instancia, entre ellas la insuficiencia de recursos humanos calificados y de espacio físico, la disposición del beneficiario a recibir las medidas y la dificultad de sus funcionarios de acceder algunas zonas del país”. Por su parte, la Unidad de Protección a Defensoras y Defensores de Derechos Humanos (Udefegua) informó a AI que considera que la Instancia está institucionalmente desmantelada y que ya no cuenta con los recursos necesarios para garantizar la protección efectiva de defensores y defensoras de derechos humanos. Udefegua lamenta que la mayoría de los casos que han sido incorporados dentro de su atención son policías y alcaldes considerados como operadores de justicia, lo que, según la organización, resta atención

<sup>56</sup> Ministerio de Gobernación. Disponible en [http://www.mingob.gob.gt/index.php?option=com\\_k2&view=item&id=1297:fortaleceran-proteccion-a-defensores-de-derechos-humanos-en-el-pais&Itemid=667](http://www.mingob.gob.gt/index.php?option=com_k2&view=item&id=1297:fortaleceran-proteccion-a-defensores-de-derechos-humanos-en-el-pais&Itemid=667)

<sup>57</sup> Véase p. 7 del informe de Amnistía Internacional, *Situación de los mecanismos de protección para defensores y defensoras de los derechos humanos*, 3 de octubre de 2018. Disponible en <https://www.amnesty.org/es/documents/amr01/8912/2018/es/>

a defensores en riesgo y permite priorizar sólo aquellos casos en donde la presión se ejerce de forma directa. Además, la organización criticó que la Instancia no permita que se reciban denuncias de manera electrónica, sino que exclusivamente a través de oficio escrito al Ministerio de Gobernación, lo cual limita la posibilidad de atención en situaciones de alto riesgo que requieren de una reacción pronta”.<sup>58</sup>

Las críticas de las organizaciones de sociedad civil hacia la Instancia han continuado, hasta que en junio de 2018 deciden nuevamente retirarse de su participación en la Instancia de Análisis.

En cuanto al diseño de la política pública, según obligaba al gobierno la anteriormente citada sentencia de la Corte IDH, el grupo de trabajo creado, con participación de sociedad civil, Procuraduría y otras entidades, bajo la facilitación de un exministro de un gobierno anterior, avanzó a buen ritmo durante 2017, hasta conseguir un borrador final de consenso. Sin embargo, para finales de 2018 el gobierno todavía no había discutido el borrador elaborado, en buena parte debido a las turbulencias políticas que han afectado al país en este año. Aún con las graves cifras de agresiones contra defensores/as de derechos humanos, no ha habido avances en cuanto a la respuesta de la política del gobierno sobre el tema.

#### *4. Honduras: una ley a imagen y semejanza (sobre el papel)*

El 15 de mayo de 2015, el Congreso Nacional de Honduras aprobó la “Ley de Protección para las y los Defensores de Derechos Humanos, Periodistas, Comunicadores Sociales y Operadores de

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 7.

Justicia”,<sup>59</sup> y con ello Honduras se convirtió en el segundo país de las Américas con una ley semejante (tras México en 2012).

Esta Ley, de nuevo, fue el resultado de un largo proceso de preocupaciones y presiones, como las continuas denuncias de la sociedad civil, las críticas sobre la Unidad de Derechos Humanos de la Secretaría de Seguridad de Honduras,<sup>60</sup> las recomendaciones de la CIDH, del Consejo de Derechos Humanos y de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de defensores, entre otras.<sup>61</sup> Pero de nuevo fue una sentencia de la Corte IDH<sup>62</sup> la que llevó a que la Secretaría de Justicia y Derechos Humanos (SJDH) del gobierno generase a finales de 2012 un anteproyecto de Ley que

<sup>59</sup> Decreto núm. 34-2015, del 15 de mayo de 2015. Disponible en <http://www.sdhjgd.gob.hn/biblioteca-virtual/documentos-de-interes/298-ley-de-proteccion-para-las-y-los-defensores-de-derechos-humanos-periodistas-comunicadores-sociales-y-operadores-de-justicia/file>

<sup>60</sup> La Unidad de Derechos Humanos de la Secretaría de Seguridad de Honduras era el ente encargado de implementar y dar seguimiento a las medidas de protección emitidas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. No obstante, la labor realizada por esta instancia ha sido duramente cuestionada por la sociedad civil, debido a numerosas limitaciones, y a la ineffectividad de las medidas de seguridad que se ofrecen a las personas beneficiarias. CIDH 2011, párr. 465.

<sup>61</sup> El Consejo de Derechos Humanos incluyó en el EPU de noviembre de 2010 seis recomendaciones relacionadas con la protección de DDH; en el informe sobre la visita al país de febrero de 2012 sobre la situación de los y las defensoras de derechos humanos, la relatora especial Margaret Sekaggya recomendó la adopción de un marco legal y de políticas para proteger a quienes defienden derechos humanos. Margaret Sekaggya, “Misión a Honduras”. Doc A/HRC/22/47/Add.1.

<sup>62</sup> *Carlos Luna López vs Honduras*. Sentencia de la Corte IDH, Serie C 269, de 10 de octubre de 2013. Uno de los autores de capítulo, a propuesta de CEJIL, aportó un peritaje que fue citado por la Corte IDH en dicha sentencia. Posteriormente hubo una audiencia pública ante la CIDH (149 Periodo de sesiones, el 28 de octubre de 2013) en la que se denunció el fracaso del Estado hondureño para cumplir con la implementación de las medidas cautelares para las y los defensores de derechos humanos en peligro. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/Hearings.aspx?Lang=es&Session=132>.

fue sometido a algunas consultas y quedó un tiempo paralizado. En 2014 la citada SJDH presentó ante el Congreso una *Ley de mecanismos de protección para defensores de derechos humanos, operadores de justicia, periodistas y comunicadores sociales*. Tras los debates en el Congreso Nacional y un accidentado proceso de consulta con organizaciones nacionales e internacionales, la ley fue finalmente aprobada en 2015. El 20 de agosto de 2016 se publicó el reglamento de la misma.

La ley hondureña tiene el objetivo de reconocer, promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas y organizaciones dedicadas a la promoción y defensa de los derechos humanos. Dentro de la misma se crean varias instancias, tales como el Consejo Nacional de Protección, la Dirección General del Sistema de Protección, y el Comité Técnico del Mecanismo de Protección. Además, la ley reviste de facultades a diferentes instituciones del Estado para otorgar medidas de protección a los y las DDH que se encuentren en situación de riesgo por sus labores.

Esta nueva ley representa un avance normativo y tiene el potencial para la protección de quienes defienden derechos humanos en Honduras. Lo positivo es que incorpora elementos clave de la Declaración de la ONU sobre Defensores, evidencia el reconocimiento de las personas defensoras de derechos humanos, de los riesgos que enfrentan, y la importancia de su trabajo. Por otro lado, también conlleva grandes desafíos, principalmente para lograr revertir el clima de estigmatización contra defensores que es promovido desde las más altas esferas de gobierno, así como para garantizar su implementación adecuada y contar con recursos suficientes.<sup>63</sup>

Para julio de 2016 el Mecanismo daba cobijo a tan sólo 25 casos, a pesar de que Honduras es un país con gran número de

<sup>63</sup> Protection International 2015.

agresiones contra DDH. En una audiencia ante la CIDH algunas organizaciones formularon serias preocupaciones sobre su funcionamiento.<sup>64</sup> Para febrero de 2018 el número de casos cobijados había ascendido a 173 beneficiarios/as de medidas de protección (111 defensores/as de derechos humanos, 34 periodistas, 15 comunicadores sociales y nueve operadores de justicia).<sup>65</sup> Llama la atención que según la entonces directora del Mecanismo, 43 de estos casos se debieron al periodo de violencia poselectoral en el país.<sup>66</sup>

En el citado informe de Amnistía Internacional sobre el Mecanismo en Honduras, se recoge que “Organizaciones de la sociedad civil en Honduras han mencionado a Amnistía Internacional que el Sistema todavía cuenta con un fuerte enfoque policial en las medidas de protección, que no garantiza la participación efectiva de la sociedad civil en las diferentes fases de la toma de decisiones en relación con la protección a los defensores y defensoras, y en la adopción de medidas para luchar contra la impunidad en los casos de ataques y amenazas contra ellos. El Comité de Familiares de Detenidos-Desaparecidos en Honduras (Cofadeh), por ejemplo, ha señalado a la organización que el enfoque dado por el Sistema a las medidas de protección es generalmente reactivo y no preventivo. El Sistema de Protección afirmó a Amnistía que viene otorgando medidas de protección de infraestructura y tecnología, así como otro tipo de medidas preventivas, además de haber llevado a cabo tres reconocimientos públicos a la labor de defensoras y

<sup>64</sup> Audiencia celebrada ante la CIDH en su 159 periodo de sesiones, 1o. de diciembre de 2016. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/Hearings.aspx?Lang=es&Session=146>

<sup>65</sup> El Observatorio de los Periodistas, “Honduras. Mecanismo de Protección conoció 43 solicitudes en periodo poselectoral”, 20 de marzo de 2018. Disponible en <https://cerigua.org/article/honduras-mecanismo-de-proteccion-conocio-43-solici/>

<sup>66</sup> *Ibid.*

defensores de derechos humanos entre enero y mayo de 2018. Lo anterior representa un avance importante para la implementación de medidas no policiales dirigidas a atacar las causas estructurales de la violencia contra defensores y defensoras. Sin embargo, es necesario que el reconocimiento público de las autoridades sea continuo y que no se exprese únicamente con mensajes aislados”.<sup>67</sup>

En definitiva, queda un largo camino para el Mecanismo de protección en Honduras consiga resultados significativos para la protección efectiva de las/os defensores de derechos humanos.

### 1. El Salvador: el inicio de la discusión

El Salvador no tiene un mecanismo de protección como tal. Sin embargo, y en línea con los procesos previos en otros países de la región sobre el tema, varias organizaciones y entidades de la sociedad civil salvadoreña se dieron a la tarea, durante 2017 y parte de 2018, de elaborar varios borradores de ley para protección. Finalmente, el 11 de septiembre de 2018 la “Mesa Por el Derecho a Defender Derechos” presentó en la Asamblea Legislativa el borrador de “Proyecto de Ley para el Reconocimiento y Protección Integral de las Personas Defensoras de Derechos Humanos y para la Garantía del Derecho a Defender Derechos Humanos”. En el momento de redactar este documento dicho borrador todavía no había sido debatido en la Asamblea.

<sup>67</sup> Amnistía Internacional, *Situación de los mecanismos de protección para defensores y defensoras de los derechos humanos*, 3 de octubre de 2018. Disponible en <https://www.amnesty.org/es/documents/amr01/8912/2018/es/>

## II. CONCLUSIÓN: HACIA UN ENFOQUE DE POLÍTICAS PÚBLICAS INTEGRALES PARA LA PROTECCIÓN DE DEFENSORES Y DEFENSORAS DE DERECHOS HUMANOS

Los autores de este capítulo vienen planteando desde 2016, con sus respectivas organizaciones, la necesidad de dar el paso de dejar de enmarcar la protección de DDH como mecanismos, y pasar a concebirlas como políticas públicas. Las políticas públicas son herramientas conceptualmente más poderosas, abiertas a la participación pública, y sujetas a rendición de cuentas, y por tanto con más potencialidad para abarcar un tema tan complejo, como veremos a continuación.

Nuestra intención es proponer una manera de pensar sobre la inseguridad en que desarrollan su labor los defensores, más que limitarse a examinar lo que ofrecen los limitados programas de protección. Planteamos que la protección de DDH, tal y como está planteada, es un “objeto ingobernable”, que no puede ni debe convertirse en el único objeto de una política pública para defensores de derechos humanos; el tema es mucho más complejo y delicado que convertir los programas de seguridad en una mera cuestión individual y técnica que afecta a *algunos* defensores.

Por ello se hace necesario pasar a un enfoque más integrado, mejor implementado y amplio, que más bien aborde la *inseguridad* en que las y los DDH desarrollan su labor. Esto implicaría, en primer lugar, no fijarse sólo en la violencia directa contra defensores, sino hacer una reflexión crítica sobre el concepto de defensor y la violencia estructural (todo esto sin olvidar un mejor abordaje de esta violencia física directa contra los defensores) y, en segundo lugar, analizar cómo se constituye esta inseguridad, como hemos analizado en el presente trabajo, para buscar soluciones a la misma desde un abordaje más amplio de construcción de ciudadanía, democracia y Estado. Se trata de dejar de consi-

derar al defensor como *objeto* de protección y tratarlo como *sujeto* de derecho.

La concepción de estas políticas públicas requiere analizar críticamente los procesos sociopolíticos y legales mediante los que son construidas, para así explicar las formas que la política toma, sus instrumentos y sus resultados. Por otra parte, no sólo hay que analizar lo que una autoridad pública decide hacer, sino también lo que decide no hacer, puesto que en políticas públicas el no actuar se puede considerar como una actuación, es decir, una no-actuación decidida como tal.

Este análisis crítico de las políticas implica debates y concertación en cuanto a conceptos, significados, definición de cuáles son los problemas a abordar, el tipo de investigación a realizar y los recursos necesarios, y deseablemente acuerdos sobre cuáles son las soluciones a estos desafíos y la mejor manera de implementarlas. Es necesario aunar, por una parte, la acción ordinaria del Estado para conseguir un entorno digno y seguro de actuación para quienes defienden derechos humanos, junto, por otra parte, con la protección a corto plazo de aquellos defensoras y defensores de derechos humanos que estén en riesgo, mientras se consigue el primer objetivo. La necesidad de actuar en este doble sentido apunta también a políticas que integren las distintas actuaciones y respuestas de protección a diferentes niveles e instituciones. Esto requiere un intenso proceso político y confrontaciones de poder, en las que demasiadas veces se suelen imponer los proyectos de los actores más poderosos.

En numerosas ocasiones han surgido debates sobre si los gobiernos tienen la voluntad política de realmente proteger a las personas defensoras de derechos humanos, o si más bien se limitan a “administrar los daños” que otras de sus políticas causan (por acción u omisión). Probablemente ambas afirmaciones tengan su parte de verdad, dado que los Gobiernos y Estados no son actores unitarios, sino sistemas complejos de actores, como los son

también la sociedad civil, las empresas transnacionales, etc. Sin embargo, hemos preferido ir más allá de esta discusión y profundizar en cómo, a partir de las distintas situaciones existentes, los Estados pueden realmente cumplir con su obligación de proteger el derecho a defender los derechos humanos; y es que al cumplirse 20 años de Declaración de la ONU (2018) es preciso reconocer que las necesidades de las y los DDH han evolucionado, mostrando por un lado la necesidad de que las políticas públicas para protección se adapten a cada contexto, profundizando en la interpretación de la Declaración; y, por otro lado, evidenciando que estas políticas deben abordar tanto los aspectos críticos de la seguridad de este grupo como las causas que subyacen tras ellos.

Otras publicaciones han ido incorporando el lenguaje de políticas públicas al referirse a los mecanismos de protección, y en febrero de 2018, la CIDH publicó su esperado informe “Hacia una política integral de protección a personas defensoras de derechos humanos”,<sup>68</sup> en que se destaca que

Una “política integral de protección” parte del reconocimiento de la interrelación e interdependencia de las obligaciones que tiene el Estado para posibilitar que las personas defensoras puedan ejercer en forma libre y segura sus labores de defensa de los derechos humanos. En este sentido, hace referencia a un enfoque amplio y comprensivo que requiere extender la protección más allá de mecanismos o sistemas de protección física cuando las personas defensoras atraviesan situaciones de riesgo, implementando políticas públicas y medidas encaminadas a respetar sus derechos; prevenir las violaciones a sus derechos; investigar con debida diligencia los actos de violencia en su contra; y, sancionar a los responsables intelectuales y materiales.

<sup>68</sup> CIDH, *cidh lanza informe sobre políticas integrales de protección a personas defensoras de derechos humanos*, 28 de febrero de 2018. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/039.asp>

En suma, creemos que hay un consenso sobre la necesidad de que los actuales mecanismos de protección de ddh deberían convertirse en políticas públicas de protección, dotadas de todos sus instrumentos habituales y aplicando una concepción amplia e integradora del derecho a defender los derechos humanos, en línea con los crecientes estándares internacionales disponibles.

Los autores consideramos que a medida que se conoce mejor la labor de las/os DDH y que esta evoluciona para adaptarse a las realidades cambiantes, la incorporación de los estándares mencionados a las políticas de protección contribuirá a la implementación efectiva de la Declaración de la ONU sobre el derecho a defender los derechos humanos. Es ya tiempo de tener políticas públicas realmente eficaces para proteger y garantizar el derecho a defender los derechos humanos.

### III. BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo Interno 11-2004 de la Comisión Presidencial de Derechos Humanos de Guatemala (Copredek).

Amnistía Internacional, *Situación de los mecanismos de protección para defensores y defensoras de los derechos humanos*, 3 de octubre de 2018. Disponible en <https://www.amnesty.org/es/documents/amr01/8912/2018/es/>

Asamblea General de la ONU, *Reconocimiento del papel de los defensores de los derechos humanos y de la necesidad de protegerlos*. Resolución A/C.3/70/L.46/Rev.1, párrafo 11, 18 de noviembre de 2015. Disponible en [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/C.3/70/L.46/Rev.1](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/C.3/70/L.46/Rev.1)

Audiencia ante la CIDH sobre situación de defensores y defensoras de derechos humanos en Guatemala, durante el 149 periodo de sesiones, el 28 de octubre de 2013. Disponible en <http://>

[www.oas.org/es/cidh/audiencias/Hearings.aspx?Lang=es&Session=132](http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/Hearings.aspx?Lang=es&Session=132)

Audiencia celebrada ante la CIDH en su 159 periodo de sesiones, 1o. de diciembre de 2016. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/Hearings.aspx?Lang=es&Session=146>

Carta abierta de ONGs internacionales al presidente de la República de Guatemala, Otto Pérez Molina, 21 de noviembre de 2012, “Fortalecer la Instancia de Análisis de Ataques a Defensores de Derechos Humanos y mejorar la protección a los y las Defensores y Defensoras de Derechos Humanos”. Disponible en [http://www.ciel.org/Publications/CartaInstancia\\_DDHH\\_Nov2012.pdf](http://www.ciel.org/Publications/CartaInstancia_DDHH_Nov2012.pdf)

Centro Hondureño de Promoción para el Desarrollo Comunitario, *Base de datos de producción de energía hidroeléctrica en Honduras*, 2018. Disponible en <http://www.cehprodec.org/index.php/2-uncategorised/97-base-de-datos-produccion-de-energia-electrica-en-honduras-2019>

\_\_\_\_\_, *Informe del Observatorio de Bienes Naturales y Derechos Humanos de Cehprodec*, Tegucigalpa, 2017, p. 13. Disponible en <http://www.cehprodec.org/index.php/publicaciones/send/5-observatorio/40-informe-obndh-2017>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*, OEA/ser. L/V/II.124, 7 de marzo de 2006, párr. 137.

\_\_\_\_\_, *cidh lanza informe sobre políticas integrales de protección a personas defensoras de derechos humanos*, 28 de febrero de 2018. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/039.asp>

\_\_\_\_\_, *Graves violaciones de derechos humanos en el contexto de las protestas sociales en Nicaragua*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 86. 21 de junio de 2018, párr. 252. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Nicaragua2018-es.pdf>

- \_\_\_\_\_, *Sección de otorgamiento de medidas cautelares 2018*. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>
- \_\_\_\_\_, *Segundo Informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 66, 31 de diciembre de 2011, p. 101. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/defensores2011.pdf>
- \_\_\_\_\_, *Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.66, 31 de diciembre de 2011, párr. 8.
- \_\_\_\_\_, *Segundo Informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 66, 31 de diciembre de 2011, párr. 42. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/defensores2011.pdf>, párr. 12.
- Corte IDH, *Carlos Luna López vs Honduras*, Serie C 269, del 10 de octubre de 2013.
- \_\_\_\_\_, *Caso Acosta y otros vs Nicaragua. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*.
- \_\_\_\_\_, *Caso Defensor de Derechos Humanos vs Guatemala. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia*, 23 de febrero de 2016. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/defensor\\_23\\_02\\_16.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/defensor_23_02_16.pdf)
- \_\_\_\_\_, *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C, núm. 283.
- \_\_\_\_\_, *Caso Kawas Fernández vs Honduras. Fondo, reparaciones y costas*, Sentencia del 3 de abril de 2009. Serie C, núm. 196.
- \_\_\_\_\_, *Caso Luna López vs Honduras. Fondo, reparaciones y costas*, Sentencia del 10 de octubre de 2013. Serie C, núm. 269.
- \_\_\_\_\_, *Caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia. Fondo, reparaciones y costas*, Sentencia del 27 de noviembre de 2008. Serie C, núm. 192, párr. 96.
- Eguren, Luis Enrique y Marcia Aguiluz Soto, “Es tiempo ya: políticas públicas eficaces para el derecho a defender derechos

- humanos”, Bruselas / San José, 2017. Disponible en: [https://www.cejil.org/sites/default/files/es\\_timpoya\\_interactivo.pdf](https://www.cejil.org/sites/default/files/es_timpoya_interactivo.pdf).
- El Observatorio de los Periodistas, “Honduras: Mecanismo de Protección conoció 43 solicitudes en período poselectoral”, 20 de marzo de 2018. Disponible en: <https://cerigua.org/article/honduras-mecanismo-de-proteccion-conocio-43-solici/>
- El Salvador, *Relator de la onu pide proteger a defensores de derechos humanos*. 8 de febrero de 2018. <http://www.elsalvador.com/noticias/nacional/448151/relator-de-onu-pide-proteger-a-defensores-dd-hh/>
- Front Line Defenders, *Basta de asesinatos*, Grattan House, 2018, p. 34. Disponible en [https://www.frontlinedefenders.org/sites/default/files/stop\\_the\\_killings\\_spanish.pdf](https://www.frontlinedefenders.org/sites/default/files/stop_the_killings_spanish.pdf)
- \_\_\_\_\_, *Basta de asesinatos*. Grattan House, 2018, p. 33. Disponible en [https://www.frontlinedefenders.org/sites/default/files/stop\\_the\\_killings\\_spanish.pdf](https://www.frontlinedefenders.org/sites/default/files/stop_the_killings_spanish.pdf)
- \_\_\_\_\_, *Informe Anual sobre Defensores/as de Derechos Humanos en Riesgo en 2017*. Grattan House, 2017. p. 6. Disponible en <https://www.frontlinedefenders.org/es/resource-publication/annual-report-human-rights-defenders-risk-2017>
- Fund for Peace, *Fragile State Index 2018*, Disponible en: <http://fundforpeace.org/fsi/data/>
- Gaipe, *Represa de violencia: el plan que asesinó a Berta Cáceres*, noviembre de 2017, p. 2. Disponible en <https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2017/10/Represa-de-Violencia-ES-FINAL-.pdf>
- Global Witness, *Defender la Tierra. Asesinatos globales de defensores/as de la tierra y el medio ambiente en 2016*, pág. 7. Disponible en <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/defender-la-tierra/>
- \_\_\_\_\_, *Honduras. El lugar más peligroso para defender el planeta*, enero de 2017, p. 5. Disponible en [file:///C:/Users/Pasante03/Downloads/Spanish\\_single\\_v6.pdf](file:///C:/Users/Pasante03/Downloads/Spanish_single_v6.pdf)

- Gobierno de Guatemala, “Analizan protección de Defensores de Derechos Humanos”, 20 de enero de 2015. Disponible en [http://www.mingob.gob.gt/index.php?option=com\\_k2&view=item&id=8603%3Aanalizan-proteccion-de-defensores-de-derechos-humanos&Itemid=372](http://www.mingob.gob.gt/index.php?option=com_k2&view=item&id=8603%3Aanalizan-proteccion-de-defensores-de-derechos-humanos&Itemid=372)
- Hispan TV, *Experto de onu pide proteger a defensores de ddhh en El Salvador*, 9 de febrero de 2018. Disponible en: <https://www.hispantv.com/noticias/el-salvador/368043/onu-defensores-derechos-humanos-centroamerica>
- Amnistía Internacional, *Situación de los mecanismos de protección para defensores y defensoras de los derechos humanos*, 3 de octubre de 2018, p. 7. Disponible en <https://www.amnesty.org/es/documents/amr01/8912/2018/es/>
- Iniciativa Mesoamericana de Mujeres Defensoras, *Cuerpos, territorios y movimientos en resistencia en Mesoamérica. Informe de agresiones a defensoras 2015-2016*, p. 1. Disponible en <http://im-defensoras.org/wp-content/uploads/2018/05/Informe-ejecutivo-2015-2016.pdf>
- La Prensa, *Defensores de derechos humanos en Nicaragua trabajan entre amenazas y persecución*. 28 de octubre de 2017. Disponible en <https://www.laprensa.com.ni/2017/10/28/nacionales/2321715-defensores-derechos-humanos-nicaragua-trabajan-amenazas-persecucion>
- Martín Quintana, María, *Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos. Categorización del fenómeno y medidas para su afrontamiento*, Bruselas, 2016. Disponible en [http://protectioninternational.org/wp-content/uploads/2016/01/PI\\_Criminalisation\\_Spanish\\_PrintReady1.pdf](http://protectioninternational.org/wp-content/uploads/2016/01/PI_Criminalisation_Spanish_PrintReady1.pdf)
- \_\_\_\_\_ y Luis E. Eguren, *Protección de defensores de derechos humanos: buenas prácticas y lecciones a partir de la experiencia*, Bruselas, Protection International, 2011. Disponible en [http://protectioninternational.org/wp-content/uploads/2013/04/Proteccion\\_de\\_defensores\\_buenas\\_praticias.pdf](http://protectioninternational.org/wp-content/uploads/2013/04/Proteccion_de_defensores_buenas_praticias.pdf)

Ministerio de Gobernación. Disponible en [http://www.mingob.gob.gt/index.php?option=com\\_k2&view=item&id=1297:fortaleceran-proteccion-a-defensores-de-derechos-humanos-en-el-pais&Itemid=667](http://www.mingob.gob.gt/index.php?option=com_k2&view=item&id=1297:fortaleceran-proteccion-a-defensores-de-derechos-humanos-en-el-pais&Itemid=667)

Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe Anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de derechos humanos en Honduras. A/HRC/34/3/Add.2*, 9 de febrero de 2017, párr. 35. Disponible en <https://oacnudh.hn/wp-content/uploads/2018/05/Informe-OACNUDH-2016-DDHH-Honduras-G1702934.pdf>

\_\_\_\_\_, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su oficina en Guatemala, 2013. A/HRC/25/19/Add.1*, párr. 49. Disponible en <http://www.ohchr.org.gt/documentos/informes/InformeAnual2013%28esp%29.pdf>

Organización de las Naciones Unidas, Anexo al *Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos. A/63/288*, 14 de agosto de 2008, p. 20. Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/461/12/PDF/N0846112.pdf?OpenElement>.

\_\_\_\_\_, *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, A/RES/53/1994*, adoptada por la Asamblea General el 8 de marzo de 1999.

\_\_\_\_\_, Resolución 22/6 del Consejo de Derechos Humanos sobre Protección de los Defensores de los Derechos Humanos, A/HRC/Res/22/6, 12 de abril de 2013.

Organización de Estados Americanos, *Discurso del secretario general José Miguel Insulza en ocasión de la presentación del Informe sobre Defensores/as de la cidh*, 18 de octubre de 2006.

Sekaggya, Margaret, *Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos. A/HRC/25/55*, Consejo

de Derechos Humanos, 25 periodo de sesiones, 23 de diciembre de 2013. Disponible en [http://www.ohchr.org/EN/HR-Bodies/HRC/RegularSessions/Session25/Documents/A-HRC-25-55\\_sp.doc](http://www.ohchr.org/EN/HR-Bodies/HRC/RegularSessions/Session25/Documents/A-HRC-25-55_sp.doc)

UDEFEGUA, *Agresiones contra personas defensoras de derechos humanos 1o. de enero al 8 de junio de 2019*. Disponible en <http://udefegua.org/wp-content/uploads/2015/08/Infografi%CC%81a-Junio-2018.jpg>

\_\_\_\_\_, *Informe sobre la situación de defensoras y defensores de derechos humanos en Guatemala: un reflejo del deterioro de los derechos humanos en el país*. Enero a junio de 2017, p. 4. Disponible en [http://udefegua.org/wp-content/uploads/2017/10/201709-Sit-Defensores-DH-SEMESTRAL.FIN\\_.pdf](http://udefegua.org/wp-content/uploads/2017/10/201709-Sit-Defensores-DH-SEMESTRAL.FIN_.pdf)

Unión Europea, *Directrices de la Unión Europea sobre los defensores de derechos humanos*, Bruselas, 10 de junio de 2009.

9. LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS  
QUE PERTENECEN A GRUPOS VULNERABILIZADOS:  
ESPECIAL REFERENCIA AL ORDENAMIENTO  
JURÍDICO DOMINICANO\*

Hermógenes Acosta de los Santos

I. INTRODUCCIÓN

La evolución histórica de los derechos fundamentales presenta, según Gregorio Peces-Barba Martínez,<sup>1</sup> cuatro dimensiones: la positivación, la generalización, la internacionalización y la especificación. La primera dimensión es una toma de conciencia de que la eficacia de los derechos naturales requiere que pasen a formar parte del derecho positivo. En cambio, el proceso de generalización implicó que la titularidad y el ejercicio de estos derechos

\* En este trabajo utilizaremos el concepto “vulnerabilizado” en lugar de “vulnerable”, en el entendido de que las personas no nacen vulnerables, sino que las estructuras de orden económico, político, jurídico, social y cultural las convierten en vulnerables.

<sup>1</sup> Gregorio Peces-Barba Martínez, *La historia de los derechos fundamentales: un proyecto comprensible*, Madrid, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 1998, t. I, pp. 2-3.

pertenecieran a todas las personas. Esto resolvió la contradicción que suponía el hecho de que en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se consagrara que los hombres nacían libres e iguales y que, sin embargo, en la realidad existía una sociedad dividida en clases, en la que sólo la burguesía detentaba el poder político y el disfrutaba de los derechos fundamentales.

La tercera dimensión constituye un proceso que procura la protección de los derechos fundamentales cuando los mecanismos de protección internos no funcionen adecuadamente. Por su parte, la última dimensión de la evolución de los derechos fundamentales es el resultado del reconocimiento de sectores o grupos sociales que, por encontrarse en una situación de vulnerabilidad, requieren de una protección reforzada y particular.

Originalmente, se consideró entre estos grupos a los niños, mujeres, ancianos (hoy con un nombre más digno: personas de la tercera edad o adultos mayores), usuarios y consumidores. Sin embargo, actualmente también se toman en cuenta a las personas que pertenecen al grupo LGBTI,<sup>2</sup> a las que padecen de SIDA y a las personas con discapacidad.

Esta última dimensión de la evolución de los derechos fundamentales ha sido incorporada en tratados internacionales, así como en las constituciones de finales del siglo pasado y de las dos primeras décadas de este siglo. En este orden, en varios textos de nuestra Constitución se consagran principios determinantes para la protección de los grupos vulnerabilizados; mientras que algunas leyes han sido dictadas para evitar que éstos sean discriminados y excluidos.

En la primera parte de este trabajo examinaremos los textos constitucionales y legales en los cuales se refleja la dimensión de

<sup>2</sup> La sigla LGBTI sustituyó, en los años noventa, al término tradicional “homosexual”, que hacía referencia a las personas que les atraían otras personas del mismo sexo. Con la sigla LGBTI, se identifica a las lesbianas, los gays, los bisexuales, los transexuales y a los intersexuales.

la especificación de los derechos fundamentales. En una segunda parte, analizaremos algunos estudios relativos a la realidad que viven los grupos vulnerabilizados en la República Dominicana.

## II. MARCO JURÍDICO DE LAS PERSONAS QUE PERTENECEN A GRUPOS VULNERABILIZADOS

A continuación analizaremos los textos constitucionales que de manera directa o indirecta prevén cierta protección a los grupos vulnerabilizados. Igualmente, examinaremos las leyes especiales sobre la materia.

### *1. Los fundamentos del Estado dominicano: la dignidad humana, la igualdad, la proscripción de la discriminación y los derechos fundamentales*

1. En la Constitución dominicana vigente se incorporan los principios y valores previstos en tratados de alcance universal y regional. En este orden, es preciso destacar que el constituyente dominicano optó por un Estado social y democrático de derecho, tal y como de manera expresa se consagra en el artículo 7 de la referida Constitución.<sup>3</sup> Este Estado social y democrático de derecho se

<sup>3</sup> En el artículo 7 de la Constitución dominicana se establece que: “Estado Social y Democrático de Derecho. La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos”. Nos parece importante precisar que el surgimiento y consolidación del Estado democrático supuso un proceso que tuvo tres fases: la primera fase se caracterizó por condicionar la intervención del poder político en lo relativo a la propiedad y la libertad a la existencia de una ley. La segunda se caracterizó por la limitación, primero, de la inmunidad de la administración pública y la posterior eliminación

fundamenta, según se dispone en el indicado texto, “en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular”.

2. El principio de la dignidad humana aparece consagrado también en el artículo 5 de nuestra Constitución y, con mayor precisión y amplitud, en el artículo 38, texto constitucional en el cual se afirma que “El Estado se fundamenta en el respecto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos que le son inherentes. La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable; su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos”. La consagración, de manera tan precisa y contundente, del principio de la dignidad humana sienta las bases para la convivencia pacífica, armónica y civilizada de la sociedad dominicana.

3. En un Estado fundado en la dignidad humana, como el dominicano, los privilegios, las discriminaciones y cualquier comportamiento de los poderes públicos o de los particulares que no tenga la persona como centro constituye una violación constitucional. En este sentido, el reconocimiento de la dignidad humana supone un gran compromiso de los poderes públicos y de los particulares

---

de ésta. En esta fase nace la jurisdicción contenciosa administrativa. En la tercera fase, el poder político se democratiza y prevalece la soberanía popular. Este Estado democrático es relativamente reciente en la historia europea, puesto que es una consecuencia de la Revolución Rusa de 1917 y se consolidó tras la Segunda Guerra Mundial. Este proceso de democratización generó las condiciones para que el Estado de derecho no fuera sólo democrático, sino también social, es decir, un Estado que debe dar respuesta a las demandas de todos los sectores de la sociedad y no exclusivamente a las de una parte de la misma. La fórmula Estado social y democrático de derecho inicia con el constitucionalismo occidental alemán posterior a la Segunda Guerra Mundial. En igual sentido, aparece consagrado en la Ley Fundamental de Bonn, artículos 20.1 y 28 (véase Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional, revisada y puesta al día por Manuel Carrasco Durán*, 12a ed., Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 145-151).

con toda la población y particularmente con los grupos vulnerabilizados.

4. Si la dignidad humana se constituye en el fundamento esencial del Estado dominicano, entonces todas las personas deben tratarse en igualdad de condiciones. Es por ello que en el artículo 39 de la Constitución se establece:

Artículo 39. Derecho a la igualdad. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las instituciones, autoridades y demás personas y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de género, color, edad, discapacidad, nacionalidad, vínculos familiares, lengua, religión, opinión política o filosófica, condición social o personal.

5. Igualmente, el reconocimiento del principio de igualdad tiene varias consecuencias, una de ellas es la prohibición de todo tipo de discriminación y de privilegios, admitiéndose sólo aquellas diferencias que tengan su causa en los talentos y las virtudes.<sup>4</sup> Por otra parte, el Estado se obliga, con la finalidad de que la igualdad no sea sólo formal, a “promover las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad sea real y efectiva”.<sup>5</sup> En esta misma línea de pensamiento se compromete a adoptar las medidas pertinentes “para prevenir y combatir la discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusión”.<sup>6</sup>

6. Desde las declaraciones americanas y francesa, relativas a los derechos fundamentales, se viene proclamando que todos los hombres nacen iguales, por lo que se ha repudiado la discriminación, pero al mismo tiempo se mantuvieron estructuras e institu-

<sup>4</sup> Artículo 39 de la Constitución de la República.

<sup>5</sup> Artículo 39 de la Constitución de la República.

<sup>6</sup> Artículo 39 de la Constitución de la República.

ciones liberales oligárquicas y antidemocráticas que impedían que la igualdad fuera real y efectiva. Para que el principio de igualdad surta sus efectos en la sociedad, el Estado debe trabajar en la eliminación de las barreras culturales, políticas y sociales que impiden el desarrollo pleno de las personas que pertenecen a grupos vulnerabilizados.

7. En este sentido, resulta de gran relevancia el hecho de que el constituyente dominicano haya proclamado, de manera precisa, la igualdad real entre hombres y mujeres, al establecer la necesidad de que el Estado garantice “la participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas a los cargos de elección popular para las instancias de dirección y decisión en el ámbito público, en la administración de justicia y en los organismos de control del Estado”.<sup>7</sup> No menos relevante es el hecho de que esta cuestión haya sido objeto de un desarrollo legislativo, como tendremos oportunidad de ver más adelante.

8. Otro de los fundamentos del Estado dominicano son los derechos fundamentales.<sup>8</sup> Sin embargo, a pesar de que los poderes públicos asumen la responsabilidad de proteger los mismos, es de conocimiento general que el poder, de cualquier naturaleza, es proclive a incurrir en abusos y arbitrariedades, realidad que hace necesario consagrar mecanismos de orden preventivo y de orden reparador.

9. En el ordenamiento jurídico dominicano se prevén garantías normativas e institucionales; así como garantías jurisdiccionales. A las primeras de las garantías corresponde la reserva de ley orgánica para regular los derechos fundamentales y el procedimiento especial de reforma constitucional, cuando la misma concierna a textos que consagren derechos fundamentales. Igualmente, forman parte

<sup>7</sup> Artículo 39 de la Constitución de la República.

<sup>8</sup> Artículo 7 de la Constitución de la República.

de esta modalidad de garantía las reglas de interpretación de los derechos fundamentales.<sup>9</sup>

10. La regulación de los derechos fundamentales requiere una ley orgánica, condicionante que tiene como finalidad evitar la desnaturalización de dichos derechos, en la medida que la aprobación de este tipo de leyes necesita de una votación agravada, lo cual supone la participación de las distintas fuerzas políticas que inciden en el Poder Legislativo.<sup>10</sup>

11. En lo que concierne a la reforma de textos constitucionales que consagran derechos fundamentales, una vez que la Asamblea Nacional Revisora cumple su función, el texto reformado debe ser sometido a un referendo aprobatorio.<sup>11</sup> Por último, en la interpretación de los referidos textos constitucionales se aplica el principio de favorabilidad, es decir, que deben interpretarse en la forma que sea más favorable a la persona que reclama la titularidad del derecho de que se trate.<sup>12</sup>

12. Las segundas modalidades de garantías conciernen a las institucionales, las cuales se clasifican en generales y específicas. Las garantías institucionales generales hacen referencia a aquellas instituciones estatales que disponen de mecanismos que les dan la oportunidad de incidir en la salvaguarda y protección de los dere-

<sup>9</sup> Para ampliar este tema, véase Hermógenes Acosta de los Santos, “Los derechos económicos, sociales y culturales: positivización y protección judicial. Especial referencia al sistema de justicia constitucional de la República Dominicana”, *Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional*, año 2, núm. 2, Santo Domingo, República Dominicana, 2017, pp. 34-50.

<sup>10</sup> Según el artículo 74.2 de la Constitución “Solo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido y el principio de razonabilidad”. Mientras que, según el artículo 112 de la misma Constitución, los derechos fundamentales sólo pueden regularse mediante ley orgánica, la cual requiere para su aprobación o modificación: “el voto favorable de las dos terceras partes de los presentes en ambas cámaras”.

<sup>11</sup> Artículo 274 de la Constitución.

<sup>12</sup> Artículo 74.4 de la Constitución.

chos fundamentales. Así, por ejemplo, el Congreso Nacional tiene facultad para autorizar al presidente de la República a declarar los estados de excepción,<sup>13</sup> igualmente, corresponde a este órgano constitucional levantar el estado de excepción después de haber cesado la causa que dieron lugar al mismo, si no lo hiciera el presidente de la República.<sup>14</sup>

13. Esta competencia del Congreso Nacional está directamente vinculada con la protección y la salvaguarda de los derechos fundamentales, toda vez que la declaratoria de un estado de excepción supone la suspensión provisional de algunos de estos derechos,<sup>15</sup> razón por la cual este tipo de medida sólo debe tomarse en casos muy excepcionales. En este sentido, corresponde al Congreso Nacional establecer con el debido rigor, antes de dar la autorización, la razón que realmente justifica la declaratoria de uno de los estados de excepción. Por otra parte, después de la entrada en vigencia del estado de excepción, se hace necesaria una vigilancia extrema para que los derechos y las garantías fundamentales no se afecten más allá de lo estrictamente necesario.

14. La otra garantía institucional general es la iniciativa legislativa popular;<sup>16</sup> a través de esta figura jurídica, grupos de ciudadanos, equivalentes al 2% de los inscritos en el registro electoral, tienen el derecho de presentar proyectos de leyes, tanto en materia de derechos fundamentales, como en cualquier otra materia. Es oportuno destacar que hasta la fecha no existe una ley de desarrollo en la cual se establezca el procedimiento a seguir a estos fines.

15. La garantía institucional específica la constituye el Defensor del Pueblo, órgano constitucional cuya función esencial es la

<sup>13</sup> Artículos 93.e y 262 de la Constitución de la República.

<sup>14</sup> Artículos 266.7 de la Constitución de la República.

<sup>15</sup> Artículo 266.6 de la Constitución de la República.

<sup>16</sup> Artículo 97 de la Constitución de la República.

salvaguarda de los derechos fundamentales. Cabe destacar que el Defensor del Pueblo está legitimado para accionar en amparo.<sup>17</sup>

16. En lo que concierne a las garantías jurisdiccionales, tenemos, por una parte, las generales, cuya función protectora no concierne sólo a los derechos fundamentales y, por otra parte, las específicas, las cuales se prevén para la salvaguarda de dichos derechos en particular. A las primeras pertenecen el debido proceso<sup>18</sup> y la acción de inconstitucionalidad.<sup>19</sup> Mientras que a las segundas pertenecen el amparo ordinario y los amparos especiales.<sup>20</sup>

17. En otro orden, la protección de los derechos fundamentales es responsabilidad del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, en la medida que la competencia para conocer de las acciones de amparo corresponde a los tribunales de primera instancia y a la Jurisdicción Contenciosa Administrativo. Esta última jurisdicción es competente para conocer de violaciones imputadas a la administración pública. Las decisiones que dicten los jueces de amparo pueden ser recurridas ante el Tribunal Constitucional, vía el recurso de revisión constitucional y el recurso de tercería.<sup>21</sup>

18. De lo expuesto anteriormente, se advierte que el constituyente dominicano previó los principios básicos para que todas las personas que habitan en el territorio nacional, de manera permanente o temporal, tengan garantizados sus derechos fundamenta-

<sup>17</sup> Artículo 191 de la Constitución de la República y 68 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales.

<sup>18</sup> Artículo 69 de la Constitución de la República.

<sup>19</sup> Artículos 184-189 de la Constitución de la República y artículos 38-51, de la Ley núm. 137-11, orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales.

<sup>20</sup> Artículos 70-72, de la Constitución de la República y artículos 63-116, de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales.

<sup>21</sup> Artículos 72, 73, 74, 75 y 94, de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales.

les y vivan dignamente. El marco jurídico protector de las personas que pertenecen a grupos vulnerabilizados se fortalece con las directrices que también están congradas en la Constitución respecto de alguno de los grupos vulnerabilizados. En adición a lo anterior, el constituyente previó instituciones y mecanismos orientados a facilitar el acceso a la justicia de las personas que carecen de recursos económicos para pagar los servicios profesionales de un abogado o que por cualquier otra razón no tienen abogado.

19. En lo que concierne la protección de grupos vulnerabilizados, se establece que la familia, la sociedad y el Estado concurrirán en aras de proteger y asegurar el goce de todos los derechos de las personas de la tercera edad y promover su integración a la vida activa y comunitaria. De manera específica, el Estado asume la responsabilidad de conceder un subsidio alimenticio a las personas de la tercera edad que vivan en un estado de indigencia.<sup>22</sup>

20. Otro grupo vulnerabilizado tomado en cuenta es el de las personas con discapacidad, respecto de las cuales el Estado se compromete a promover y proteger sus derechos y libertades fundamentales; así como adoptar las medidas positivas que fueren necesarias para lograr el desarrollo de sus capacidades y su integración familiar, comunitaria, social laboral, económica, cultural y política.<sup>23</sup>

21. Como se advierte, la protección que se contempla en la Constitución en relación a las personas de la tercera edad y las personas con discapacidad, constituyen líneas generales que requieren de leyes de desarrollo que faciliten su eficacia. Dicha ley de desarrollo existe respecto de las personas con discapacidad, tal y como lo veremos más adelante. Sin embargo, hasta la fecha, no existe una ley especial para proteger a las personas de la tercera edad.

22. En torno al derecho de acceso a la justicia, se prevé la institución de la Defensa Pública, que tiene por misión defender a

<sup>22</sup> Artículo 57 de la Constitución de la República.

<sup>23</sup> Artículo 58 de la Constitución de la República.

los imputados que, por cualquier causa, carecen de la asistencia y asesoría de un abogado.<sup>24</sup> Por otra parte, el Estado asume, en adición a la Defensa Pública, la responsabilidad de organizar un programa de servicios de asistencia legal gratuito a favor de las personas que carezcan de los recursos económicos para obtener una representación judicial de sus intereses. Esta asistencia debe estar dirigida, de manera especial, a favorecer a las víctimas, sin perjuicio del papel que debe desempeñar el Ministerio Público en los procesos penales.<sup>25</sup>

## *2. Relación de las leyes que protegen grupos vulnerabilizados*

La Constitución dominicana, como la generalidad de las constituciones, se limita a establecer los principios y las líneas generales de las materias e instituciones que contempla, de manera que el desarrollo y regulación de las mismas le corresponde al legislador. En este sentido, en el ordenamiento jurídico dominicano existen varias leyes dictadas con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales y la inclusión social de las personas que pertenecen a grupos vulnerabilizados. En los párrafos que siguen haremos una relación de varias de las leyes indicadas.<sup>26</sup>

23. Ley núm. 49-2000, General de Juventud. En esta ley, como en las demás que estudiaremos, se promueve el principio de igualdad y la no discriminación, en este caso enfocado hacia los jóvenes. En efecto, en su artículo 2 se consagra que: “La finalidad de la presente ley es propiciar el desarrollo integral de los y las jóvenes sin distinción de género, de religión, política, racial, étnica u *orientación sexual*, y de nacionalidad”.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Artículo 176 de la Constitución de la República.

<sup>25</sup> Artículo 177 de la Constitución de la República.

<sup>26</sup> Artículo 10 de la Ley núm. 135-11, sobre VIH y SIDA.

<sup>27</sup> Cursivas nuestras.

24. Del texto transcrito, destacamos la expresión “orientación sexual”, y lo hicimos en razón de que en los textos constitucionales comentados anteriormente dicha expresión no aparece, a pesar de que, por una parte, nuestra Constitución fue proclamada recientemente. En igual sentido, se resalta la misma debido a que es de conocimiento general que en la actualidad las personas que con mayor frecuencia son víctimas de tratos discriminatorios son aquellas que pertenecen al grupo LGBTI.

25. Ley núm. 277-04, sobre Servicio Nacional de la Defensa Pública. El Servicio Nacional de la Defensa Pública es una institución pública que favorece el acceso a la justicia a los grupos vulnerabilizados, en la medida que ofrece defensa y asesoría técnica a los imputados que, por cualquier causa, no tienen un abogado que los asesore y defienda.<sup>28</sup> Se trata de un servicio gratuito para los imputados que carecen de los recursos económicos para pagar los honorarios profesionales de un abogado. Sin embargo, la institución tiene la obligación de servir, además, a los imputados que tienen recursos económicos, pero que, por cualquier razón, no tienen abogado. En este caso la institución debe cobrar una tasa.<sup>29</sup>

26. Una cuestión que me parece relevante es la amplia cobertura que abarca el asesoramiento y defensa de los imputados, ya que, la misma inicia desde el primer acto de procedimiento y se mantiene hasta que el imputado se desvincula del sistema penal. El servicio de asesoría puede prestarse, incluso, a una persona que considera que en el futuro pueda ser imputado.<sup>30</sup> En este mismo orden, debe destacarse que se trata de un servicio permanente, en la medida que la institución trabaja 24 horas, de manera ininterrumpida, todos los días del año.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Artículo 2 de la Ley núm. 277-04, sobre Servicio de Defensa Pública.

<sup>29</sup> Artículo 5 de la Ley núm. 277-04, sobre Servicio de Defensa Pública.

<sup>30</sup> Artículo 4 de la Ley núm. 277-04, sobre Servicio de Defensa Pública.

<sup>31</sup> Artículo 7 de la Ley núm. 277-04, sobre Servicio de Defensa Pública.

27. Ley núm. 135-11, sobre VIH y SIDA.<sup>32</sup> El primer elemento que debe destacarse respecto de esta normativa es que incluye la orientación sexual entre los elementos que no deben ser utilizados para discriminar a una persona. Como indicamos al analizar la Ley núm. 49-2000, General de Juventud, este criterio está ausente en la Constitución de la República y en casi todos en los textos que se refieren al tema.<sup>33</sup>

28. Para garantizar el derecho al trabajo de las personas portadoras del VIH, o afectadas de la enfermedad del SIDA, se prohíbe la discriminación basada en su estado de salud y, en este sentido, se prohíbe a los empleadores solicitar, por sí mismos o por la vía de otra persona, pruebas para la detección del VIH o de sus anticuerpos, como condición para obtener un puesto laboral, conservarlo u obtener un ascenso.<sup>34</sup>

29. En este orden, también se considera nulo el despido basado en el estado de salud del trabajador. Para evitar despidos en perjuicio de este grupo de personas se exige que los mismos sean sometidos, previamente, al Departamento de Trabajo o a la autoridad local que ejerza sus funciones, a fin de que se determine si el despido obedece o no al hecho de su seropositividad al VIH.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> La Ley Núm. 55-93 del 31 de diciembre fue la primera normativa sobre la materia; luego se dictó el Decreto núm. 32-01 que creó el Consejo Presidencial del SIDA (Copresida). Finalmente se dictó la ley vigente, la núm. 135-11 del 7 de junio, Dicha ley crea el “Consejo Nacional para el VIH y el SIDA (Conavihsida)”.

<sup>33</sup> En artículo 2 de la Ley núm. 135-11, sobre VIH y SIDA se establece que: “Artículo 2. Alcance de la ley. Las disposiciones de esta ley deben ser aplicadas por toda persona física o moral dentro de la jurisdicción de la República Dominicana, sin discriminación alguna, por razones de raza, sexo, edad, idioma, religión, opinión política, origen nacional, étnico o social, posición económica, condición de salud, discapacidad, orientación o conducta sexual, identidad sexual y de género o por cualquier otra condición”.

<sup>34</sup> Artículo 6 de la Ley núm. 135-11, sobre VIH y SIDA.

<sup>35</sup> Artículo 9 de la Ley núm. 135-11, sobre VIH y SIDA.

30. Igualmente, en esta ley se reivindica el derecho que tienen las personas portadoras del VIH y/o afectadas de la enfermedad del SIDA, así como sus familiares y allegados, a ser tratadas dignamente y a no ser discriminadas. De manera concreta, se exige estricta confidencialidad respecto del estado de salud de la persona afectada, el cual solo puede revelarse si la persona que sufre la enfermedad da su consentimiento previo.

31. Ley núm. 1-12, que Establece la Estrategia Nacional de Desarrollo 203. En esta normativa se establece la estrategia nacional de desarrollo hasta 2030 y para este trabajo resulta relevante el énfasis que se pone en la promoción de la igualdad de derechos y oportunidades, así como en la reducción progresiva de la pobreza.<sup>36</sup> Es igualmente muy relevante la exigencia de que todos los planes, programas, proyectos y políticas públicas incorporen un enfoque de derechos humanos en sus respectivos ámbitos de actuación, con la finalidad “de identificar situaciones de vulneración de derechos, de discriminación o exclusión de grupos vulnerables de la población y adoptar acciones que contribuyan a la equidad y cohesión social”.<sup>37</sup>

32. Ley núm. 5-13, sobre Personas con Discapacidad.<sup>38</sup> Según la motivación de la propia ley que rige la materia, la discapacidad es un

<sup>36</sup> Artículo 6 de la Ley núm. 1-12, que Establece la Estrategia Nacional de Desarrollo 2030.

<sup>37</sup> Artículo 9 de la Ley núm. 1-12, que Establece la Estrategia Nacional de Desarrollo 2030.

<sup>38</sup> La primera ley que se dictó en el país respecto de las personas con discapacidad fue la núm. 21-91, del 5 de septiembre, por medio de la cual se creó el “Consejo Nacional Para la Prevención, Rehabilitación, Educación e Integración de las Personas con Minusvalía (Conaprem)”. Luego se dictó la Ley núm. 42-2000, el 29 de julio y, finalmente, la actual Ley núm. 5-13, del 16 de enero. Por otra parte, es importante destacar que la República Dominicana ratificó, mediante la Resolución núm. 458-08, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, promulgada el 30 de octubre de 2008, en la *Gaceta Oficial* núm. 10495. La Declaración del Decenio de las América por los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006-2016. Aprobada en

concepto que evoluciona y resulta de la interacción de una persona que tiene alguna deficiencia física, psíquica y/o sensorial con las barreras medioambientales y actitudes que le impone su entorno físico y social al tiempo que le impiden su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás.

33. El objeto de esta ley es promover la igualdad de derechos y la equiparación de oportunidades a todas las personas con discapacidad.<sup>39</sup> Esta ley se fundamenta en el principio de no discriminación, equidad, solidaridad, justicia social, integración e inclusión, participación y accesibilidad.<sup>40</sup>

34. En la ley se contempla una política de empleo, orientada a garantizar la integración de las personas con discapacidad en el sistema ordinario de trabajo o, en su defecto, en un sistema de empleo protegido o por cuenta propia, para asegurar su independencia económica.<sup>41</sup> En términos concretos, se pone a cargo del Conadis<sup>42</sup> la obligación de exigir a las instituciones públicas que reserven el 5% de los empleos para las personas con discapacidad y a las instituciones privadas, el 2% de los empleos.<sup>43</sup>

---

Panamá AG-RES. 2339 (XXXVII 0-07) fue adoptada el 6 de junio de 2006, en la Cuarta Plenaria de la Organización de Estados Americanos celebrada en la República Dominicana. Igualmente, la República Dominicana ratificó, mediante Resolución núm. 50-01, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la Organización de Estados Americanos (OEA), promulgada el 15 de marzo de 2001, en la Gaceta Oficial núm. 10077.

<sup>39</sup> Artículo 1 de la Ley núm. 5-13, sobre Personas con Discapacidad.

<sup>40</sup> Artículo 2 de la Ley núm. 5-13, sobre Personas con Discapacidad.

<sup>41</sup> Artículo 14 de la Ley núm. 5-13, sobre Personas con Discapacidad.

<sup>42</sup> El Conadis, según el artículo 24, de la Ley núm. 5-13, sobre Personas con Discapacidad, es el Consejo Nacional de la Discapacidad, órgano autónomo adscrito a la Presidencia de la República y tiene la responsabilidad de establecer y coordinar la política en materia de discapacidad.

<sup>43</sup> Artículos 14 y 80, párrafo II, de la Ley núm. 5-13, sobre Personas con Discapacidad.

35. Otras cuestiones en las que la ley hace énfasis conciernen al acceso efectivo a los servicios de salud,<sup>44</sup> así como la promoción y desarrollo social, facilitando, por ejemplo, la adquisición de viviendas.<sup>45</sup> En el diagnóstico y valoración de la discapacidad, para lo cual el Conadis sigue las orientaciones establecidas en la última versión en español de la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad (CIF), adoptada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), o las de cualquier clasificación similar aceptada por este organismo internacional.<sup>46</sup>

36. Esta ley promueve, además, la inclusión en el sistema educativo general y la creación de centros educativos especiales para las personas con discapacidades que les impidan ingresar en el referido sistema general. En esta materia resulta relevante la cuestión relativa a la obligación que tienen las universidades de incluir en los programas asignaturas básicas relativas al tema de la discapacidad. No menos importante es que las universidades y colegios privados deben otorgar becas equivalentes al 1% o fracción de su matrícula para favorecer a las personas con discapacidad.<sup>47</sup>

37. Para garantizar la accesibilidad universal de las personas con discapacidad, se crea un departamento responsable de que en los sitios públicos se reserven áreas para personas que se movilizan en sillas de ruedas y que los medios de transporte estén adaptados para que estas personas puedan usarlos. A tales fines, se exige la reserva del 10% de los asientos, durante el primer año de la ley,

<sup>44</sup> Artículos 6 y siguientes de la Ley núm. 5-13, sobre Personas con Discapacidad.

<sup>45</sup> Artículo 19 de la Ley núm. 5-13, sobre Personas con Discapacidad.

<sup>46</sup> Artículos 61 y siguientes de la Ley núm. 5-13, sobre Personas con Discapacidad.

<sup>47</sup> Artículos 96 y siguientes de la Ley núm. 5-13, sobre Personas con Discapacidad.

pudiéndose incrementar dicho porcentaje en los años siguientes, si fuere necesario.<sup>48</sup>

38. En lo que concierne al acceso a los servicios de telecomunicaciones, las empresas que prestan este servicio tienen la obligación de adaptar a las personas con discapacidad el 10%, como mínimo, de los teléfonos públicos instalados.<sup>49</sup>

39. Por último, es importante destacar el sistema de consecuencia que se contempla en esta ley, no sin antes referirnos a un elemento vinculado a este tema, que es el relativo a que el Conadis tiene capacidad procesal o legitimación para exigir ante los tribunales el cumplimiento de la ley que nos ocupa.<sup>50</sup>

40. Dicho lo anterior, destacamos que el sistema de consecuencias contemplado por el legislador es bastante severo, ya que permite, por ejemplo, que el Conadis solicite al Departamento de Planeamiento Urbano la paralización de una obra que se realiza sin la supervisión de una persona designada por el Poder Ejecutivo para que vigile si la obra cumple con los requerimientos de esta ley. Igualmente, pueden solicitar la suspensión y reparos de obras del Estado que no cumplen con los estándares de la ley.<sup>51</sup>

41. En este mismo orden, se aplica una pena de 20 salarios mínimos al funcionario de la institución o al ejecutivo de la empresa que no cumple con la cuota mínima de empleo para las personas con discapacidad<sup>52</sup> y con una multa del 15% del salario mínimo a quienes usen los parqueos o espacios reservados a las personas con discapacidad.<sup>53</sup>

<sup>48</sup> Artículos 84 y 106 y siguientes de la Ley núm. 5-13, sobre Personas con Discapacidad.

<sup>49</sup> Artículo 121 de la Ley núm. 5-13, sobre Personas con Discapacidad.

<sup>50</sup> Artículo 121 de la Ley núm. 5-13, sobre Personas con Discapacidad.

<sup>51</sup> Artículos 109 y 110 de la Ley núm. 5-13, sobre Personas con Discapacidad.

<sup>52</sup> Artículo 141 de la Ley núm. 5-13, sobre Personas con Discapacidad.

<sup>53</sup> Artículo 142 de la Ley núm. 5-13, sobre Personas con Discapacidad.

42. En relación con los dueños de obras, las penas que se contemplan son más severas. En efecto, las obras que no cumplan con las previsiones de esta ley pueden ser cerradas y, en caso de que la orden de cierre no sea acatada, se aplica una multa equivalente al 20% del presupuesto de la obra de que se trate.<sup>54</sup>

43. Ley núm. 33-18 de partidos, agrupaciones y movimientos políticos. Tradicionalmente la mujer no ha podido competir en condiciones de igualdad con los hombres en los distintos ámbitos de poder, en particular en la política; esto ha llevado a la sociedad a reclamar las denominadas cuotas femeninas, en aras de que la igualdad entre hombres y mujeres no sea meramente formal, sino real. En este orden, en la reciente ley de partidos, agrupaciones y movimientos políticos, se proclama el principio de la equidad de género.<sup>55</sup>

44. Coherente con el principio de la equidad de género, el legislador dominicano estableció que la Junta Central Electoral no admitirá listados de candidatos a elección popular que no reserven para las mujeres un mínimo de 40% de dichas candidaturas. Para hacer viable este mecanismo, se le da facultad a la autoridad electoral para que devuelva a la dirección de los partidos políticos los listados de candidatos que no respeten la indicada cuota en favor de la mujer. Cuando se presente esta eventualidad, el partido político de que se trate debe corregir la anomalía en un plazo de 60 días. De no producirse la corrección señalada por la autoridad electoral, el partido no podría presentar candidaturas.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Artículo 143 de la Ley núm. 5-13, sobre Personas con Discapacidad.

<sup>55</sup> Artículo 12 de la Ley núm. 33-18 de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos.

<sup>56</sup> Artículo 43 de la Ley núm. 33-18 de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos.

III. LA REALIDAD DE LAS PERSONAS  
QUE PERTENECEN A LOS VULNERABILIZADOS  
EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

En la primera parte de este trabajo nos referimos a la dignidad humana, al principio de la igualdad y a la no discriminación; así como a las leyes que protegen derechos de personas que pertenecen a grupos vulnerabilizados.

Aunque los textos constitucionales y legales analizados fueron previstos para evitar la discriminación y garantizar la inclusión social de dichas personas, la realidad nos revela que ellas tienen serias dificultades para satisfacer sus derechos e integrarse a la vida social.

En este sentido, esta parte de la investigación la dedicaremos al análisis de la realidad que viven las personas que pertenecen a grupos vulnerabilizados, cuando acuden a alguna instancia de la justicia. Igualmente, estudiaremos la problemática del acceso al empleo de las mujeres y de las personas con discapacidad.

*1. Acceso al sistema de justicia*

45. Las personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad para acceder al sistema de justicia son aquellas, según las Reglas de Brasilia,<sup>57</sup> que, por razón de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

<sup>57</sup> Las Reglas de Brasilia para Garantizar el Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, fueron adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, del 4 al 6 de marzo de 2008. Estas reglas fueron adoptadas en el entendido de que las personas en condiciones de vulnerabilidad tienen más dificultad para acceder a la justicia.

46. En una investigación realizada por el Centro de Orientación e Investigación Integral, INC (COIN), en 2017,<sup>58</sup> se reveló que miembros de la policía discriminan y maltratan frecuentemente a los grupos vulnerabilizados. En este orden, el 62.8 % de los entrevistados reveló que miembros de la Policía Nacional han incurrido en violencia expresada en arrestos arbitrarios y extorsiones. Lo más grave de esta situación es que el 71.8 % de las personas víctimas de los abusos denunciados se abstuvo de acudir ante la autoridad judicial correspondiente.

47. El hecho de que un altísimo porcentaje de las víctimas de los abusos policiales no haya hecho la denuncia correspondiente debe llamar a preocupación y a reflexión sobre las causales del fenómeno. En este orden, uno de los entrevistados declaró lo siguiente: “uno no sabe dónde ir ni qué hacer cuando joden<sup>59</sup> a uno en la calle, además a uno le toca ir al destacamento donde están los policías que le tiran a la calle, imagínate tú”. Las dos líneas transcritas revelan una dura realidad, pues, por una parte, reflejan que las personas que pertenecen a los grupos vulnerabilizados identifican a los destacamentos policiales como los órganos de justicia a donde deben acudir cuando son víctimas de una arbitrariedad por parte de la propia policía.

48. La cuestión es trágica, no sólo por el bajo nivel de conocimiento de la estructura judicial que se extrae de la referida declaración, sino porque de la misma se advierte el alto grado de desconfianza que tiene la persona que acude al destacamento policial. La imagen que tienen los grupos vulnerabilizados respecto de la policía es negativa, pues no lo ven como una institución que le pueda

<sup>58</sup> En este estudio fueron entrevistados 113 personas, de las cuales el 45% pertenecía al grupo de los LGTBI, 23.89 % a inmigrantes o descendiente de haitianos y 20.2% a usuarios de drogas o pertenecientes a gangas o pandillas. Por otra parte, el referido estudio fue realizado en Santo Domingo, Distrito Nacional.

<sup>59</sup> Esta expresión es utilizada, a nivel popular, para indicar que se ha recibido un daño.

resolver un problema, que es lo que se espera, sino que, por el contrario, lo ven como generadora de problemas. Tal percepción se sustenta en el hecho de que, aunque el cuerpo policial ha tenido mejorías en los últimos años, todavía persisten comportamientos abusivos y arbitrarios.

49. Por otra parte, la mayoría de los entrevistados calificó como malo el servicio recibido en la instancia judicial; así el 61.3% calificó el servicio de justicia como deficiente y muy malo. Particularmente, consideran que no recibieron una atención oportuna y que recibieron maltratos verbales. En igual sentido, se critica la coincidencia de los espacios policiales con los de la fiscalía (en la mayoría de los barrios marginados) y la lentitud en la solución de los conflictos o violación de los derechos.

50. En el caso particular de las personas que pertenecen al grupo LGBTI, se pudo detectar varias barreras para acceder a la justicia, como la falta de recursos económicos para cubrir los gastos legales y pagar el transporte para trasladarse desde el lugar de residencia al lugar donde se encuentra ubicado el tribunal. Existen, igualmente, dificultades inherentes a los actores del sistema, algunos de los cuales se burlan de las personas que pertenecen al grupo de los LGTBI, en razón de que desconocen su realidad.

51. Respecto de la falta de sensibilidad de los actores del sistema para relacionarse con las personas que pertenecen al grupo LGTBI, una de las entrevistadas declaró que: “Yo puse una denuncia en la fiscalía barrial, y no me sirvió de nada, imagínate tú, el fiscal me miraba raro y me preguntaba que si yo era hombre o mujer. Que como hacía para orinar si sentada o parada. Yo me sentía burlada, Él no entendía que yo era una mujer trans”.

52. Este comportamiento no se corresponde con las directrices trasadas en las Reglas de Brasilia y, particularmente, con la núm. 2, en la que se recomienda a los servidores y operadores del sistema de justicia otorgar a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares.

53. Por otra parte, estas personas son extorsionadas<sup>60</sup> por miembros de la policía. En lo que concierne a los servicios judiciales se reveló que la mayoría de estas personas los desconoce; igualmente, ignoran los mecanismos para acceder a dichos servicios. No menos grave es el hecho de que existe una baja percepción de la eficacia de la justicia.

54. En el estudio se revela que las personas que usan drogas se enfrentan a barreras, algunas similares a las de las personas que pertenecen al grupo LGBTI y otras diferentes. Así, los usuarios de drogas carecen de recursos económicos, reciben extorsión de los miembros de la Policía Nacional, ignoran las instancias judiciales existentes y no confían en ellas.

55. Entre las barreras que afectan particularmente a las personas que usan drogas destacan las relativas a que los miembros de la Policía y los representantes del Ministerio Público impiden el acceso a la justicia, al abusar de la figura del acuerdo.<sup>61</sup> En este orden, del estudio salió a relucir que respecto de un mismo usuario de droga se acumularon seis acuerdos.

56. En todo caso, la mayor dificultad que padecen los usuarios de drogas es la represión que despliegan los miembros de la policía en los barrios marginados. Como se advierte, para las personas pertenecientes al grupo de los LGBTI, así como para las perso-

<sup>60</sup> En este contexto, la extorsión supone que los miembros de la policía exigen dinero a las personas pertenecientes a grupos vulnerabilizados como condición para no privarlos de su libertad cuando, por cualquier razón, se encuentran en la calle. Estas situaciones se presentan, generalmente, a altas horas de la noche.

<sup>61</sup> Cuando la persona entrevistada utiliza el término “acuerdo”, se está refiriendo a la fase de conciliación del proceso penal, la cual procede en caso de contravención, infracciones de acción privada, infracciones de acción pública a instancia privada, homicidio culposo e infracciones que admiten el perdón condicional de la pena (artículo 37 del Código Procesal Penal). La conciliación tiene por efecto la extinción de la acción penal, pero si el imputado incumple su obligación, sin causa justificada, el proceso penal continúa como si no se hubiera conciliado (artículo 38 del mismo código).

nas que usan drogas, generalmente no acuden a las instancias judiciales y, cuando lo hacen, terminan frustradas.

57. El estudio reconoce, por otra parte, que existen programas que se impulsan desde el Estado y desde la sociedad civil, con la finalidad de mitigar las dificultades que tienen estos grupos para acceder a la justicia. De las primeras instituciones se evalúa el trabajo que realiza la Unidad de Derechos Humanos de la Procuraduría General de la República (en adelante, UDHPGR), la Oficina Nacional de la Defensa Pública (en adelante ONDP) y la Defensoría del Pueblo (en adelante DP); mientras que de las segundas se evalúa el trabajo que realiza el Observatorio de Derechos Humanos de Grupos Vulnerabilizados (en adelante ODHGV).

58. La percepción general de los investigadores respecto del trabajo que realizan las instituciones del Estado para facilitar el acceso a la justicia de los grupos vulnerabilizados es negativa, pues consideran que se trata de programas creados desde la buena intención pero que carecen de los recursos humanos y económicos para el logro de apoyos reales de calidad a las poblaciones vulnerabilizadas. Por otra parte, entienden que la ausencia de voluntad política y la escasa cultura institucional podrían estar incidiendo en el poco conocimiento y bajo impacto de los referidos programas.

59. Sin embargo, cuando se hace una valoración individual de los programas, se reconoce que la ONDP cuenta con defensores públicos técnicamente bien formados y previamente sensibilizados para prestar un servicio legal gratuito a personas de los grupos vulnerabilizados que lo requieran. No obstante, advierten que el presupuesto de la ONDP es deficiente y que la cantidad de casos asignados a cada defensor no es manejable.

60. Igualmente se reconoce la labor que realiza la ODHGV, entidad que se define como una plataforma de la sociedad civil donde se pueden registrar denuncias, dar seguimiento y visualizar las violaciones de derechos humanos que sufren grupos vulnerabilizados, con la finalidad de formular las reclamaciones correspondientes.

61. La institución que realizó el estudio de campo objeto de análisis, Centro de Orientación e Investigación Integral, INC (COIN), considera, a modo de conclusión, que las causas que impiden el acceso a la justicia de la población perteneciente a los grupos vulnerabilizados son la ausencia de mecanismos funcionales a estos fines, las fallas estructurales del sistema de aplicación de justicia y el mantenimiento de prácticas discriminatorias. Para superar las barreras señaladas, la institución recomienda implementar acciones sistemáticas de diversa naturaleza, crear alianzas institucionales, capacitar a los operadores de justicia y crear protocolos de atención a grupos vulnerabilizados.

## *2. El acceso al empleo*

Este análisis sólo se refiere a la problemática del acceso al empleo de las personas con discapacidad<sup>62</sup> y de las mujeres. No se estudia la realidad de los demás grupos en razón de que la extensión de este artículo es limitada.

62. Previo a abordar la problemática del empleo de las personas con discapacidad, nos parece oportuno hacer algunas consideraciones en relación con las dificultades de movilidad que tienen que

<sup>62</sup> En nuestro país la población que vive con alguna discapacidad alcanza al 7%, según la Enhogar-2013. Del total de persona con discapacidad el 74% reside en la zona urbana, mientras que el 26% restante reside en la zona rural. Atendiendo a la edad, la distribución de esta población es como sigue: el grupo de 0 a 9 años representa la proporción mínima de esta población, con un valor de 3.6%. A medida que aumenta la edad, aumenta la proporción de personas con algún tipo de discapacidad, situándose más o menos constante a partir de los 50 años, cuya media es de 14.4%. Cabe destacar que el 57.5% del total de personas con alguna discapacidad tiene 50 años y más. Lo anterior revela que la mayoría de los dominicanos que vive con alguna discapacidad no nació con ella (Oficina Nacional de Estadística, *Encuesta Nacional de Hogares de Propósitos Múltiples 2013*. Disponible en <https://www.one.gob.do/Multimedia/Download?ObjId=2522>).

enfrentar estas personas, pues se trata de una cuestión que está directamente vinculada al derecho de acceso al empleo, en la medida que vale poco o nada sirve obtener un empleo si no existen las condiciones para llegar al lugar de trabajo.

63. En este orden, las personas con discapacidad tienen dificultades para usar el transporte público porque éste no es inclusivo y la ciudad no se ha adaptado para la transportación de personas atendiendo a sus diversas discapacidades, salvo contadas excepciones de sistemas de transporte públicos de creación reciente.<sup>63</sup> La excepción a la situación adversa que presenta el transporte la constituye el metro que funciona en la ciudad de Santo Domingo.<sup>64</sup>

64. Otra de las dificultades que impiden a las personas con discapacidad moverse de manera satisfactoria es la falta de plataformas inclusivas en los espacios públicos y privados, pues no existen rampas, ascensores ni espacios amplios que faciliten el desplazamiento.

65. Así, en un estudio realizado por la Oficina Nacional de Estadística se pueden apreciar los principales problemas que tienen las personas con discapacidad para moverse fuera de sus viviendas.<sup>65</sup> A tales problemas nos referiremos en los párrafos que siguen.

66. Las mayores dificultades que padecen las personas con discapacidad cuando se movilizan fuera de su vivienda se evidencian al utilizar las escaleras (que afecta a un 39.2%), cruzar la calle (que

<sup>63</sup> Observatorio a la implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Examen Periódico Universal epu*. Disponible en <https://www.pciudadana.org/explorer/epu-rd/DISCAPACIDAD%20ESPAÑOL.pdf>.

<sup>64</sup> El sistema de transporte que, actualmente, presenta mejores condiciones de inclusión a las personas con discapacidad es el Metro de Santo Domingo. Este entró en pleno a finales de la década pasada y para 2017 contó con 76.5 millones de pasajeros según la Oficina para el Reordenamiento del transporte (Opret).

<sup>65</sup> Oficina Nacional de Estadística. *Encuesta Nacional de Hogares de Propósitos Múltiples 2013* (en línea). Disponible en <https://www.one.gob.do/Multimedia/Download?ObjId=2522>.

afecta a un 38.6%) y utilizar el transporte público (que afecta a un 34.3%). En igual sentido, existen problemas para identificar calles, cruces y señales (que afecta a un 27.4%), en el supermercado (que afecta a un 24.9%) y para evadir los objetos de las aceras (que afecta a un 23.8%). Otros problemas de movilidad de importancia se identifican en espacios públicos y empresas privadas, todo lo cual afecta, al menos, casi un 15% de las personas con discapacidad.<sup>66</sup>

67. Luego de exponer las principales dificultades que tienen las personas con discapacidad para movilizarse fuera de sus viviendas, pasamos a abordar la problemática laboral.

68. En este orden, según el referido estudio sólo 34% de la población con discapacidad perteneciente a la Población Económicamente Activa (en adelante PEA) está ocupada; el restante 66% está desocupada. El alto nivel de desempleo afecta con mayor intensidad a las mujeres, ya que, entre las mujeres pertenecientes a la PEA, y que tienen alguna condición de discapacidad, la desocupación es de un 77.5%; en cambio, sólo el 55.3% de los hombres con discapacidad están desempleados.

69. Por otra parte, así como varía el nivel de desempleo dependiendo del sexo, también varía dependiendo del nivel académico de la persona con discapacidad.

70. Respecto del indicador nivel educativo, aquellas personas que no tienen instrucción, solo el 20.5% tiene empleo; entre los que tienen un nivel primario, el 31.8% tiene empleo; entre los que alcanzaron un nivel secundario, el 49.9% tiene empleo; y entre los universitarios, un 55.1% tiene empleo. De las estadísticas indicadas se desprende que mientras más alto es el nivel académico de la persona con discapacidad existen mayores probabilidades de acceder a un puesto de trabajo.

<sup>66</sup> Oficina Nacional de Estadística. *Encuesta Nacional de Hogares de Propósitos Múltiples 2013*. Disponible en <https://www.one.gob.do/Multimedia/Download?ObjId=2522>.

71. La problemática del acceso al empleo que afecta a las personas con discapacidad, también se revela en el caso de las mujeres, las cuales padecen este flagelo con mayor rigor que los hombres, a pesar de que en nuestra Constitución se reivindica la equidad de género, como ya tuvimos la oportunidad de analizar en la primera parte de este trabajo.

72. En efecto, estudios realizados arrojan que para 2014 la brecha por sexo que existía en la Tasa de Actividad Económica en la República Dominicana era de 22.64%.<sup>67</sup> Esta brecha, obviamente, a quien afecta es a la mujer, tal y como lo veremos en los párrafos que siguen.

73. En este orden, la tasa de desocupación ampliada entre las mujeres es de 23.1%, mientras que entre los hombres es de 8.7%. La brecha de ingresos entre hombres y mujeres es de 79.7%. La brecha salarial de las mujeres es de 10% inferior a los hombres en el sector formal, y de 42.8% en el sector informal. Por otra parte, sólo el 44.5% de las mujeres forman parte de la fuerza laboral, mientras que los hombres representan un 74.5%. La gravedad de las diferencias anteriores se acentúa por el hecho de que los hombres ocupan, generalmente, los puestos de mayor importancia, tal y como lo revela el mismo estudio, pues de él se extrae que las mujeres sólo ocupan el 34.9% de las posiciones directivas.

74. Una cuestión que complica más la situación de las mujeres es que la brecha que existe respecto de los hombres aumentó, en lugar de disminuir, en el periodo comprendido entre 2010 y 2015, pues en 2010, de un total de 290 869 desempleados, 124 480 eran hombres y 166 389 mujeres;<sup>68</sup> mientras que, en 2015, de un total de desempleados de 403 040, 137 189 eran hombres, y 265 851

<sup>67</sup> Encuesta Nacional de la Fuerza de Trabajo (ENFT), realizada por el Banco Central de la República Dominicana, en 2014.

<sup>68</sup> Encuesta Nacional de la Fuerza de Trabajo (ENFT), realizada por el Banco Central de la República Dominicana en 2010.

mujeres.<sup>69</sup> De estas estadísticas se extrae que en el periodo objeto de estudio el desempleo de las mujeres se incrementó en un 59.78%, mientras y el de los hombres sólo 10.21%.

#### IV. CONCLUSIONES

En la República Dominicana existe un marco jurídico que favorece la eficacia de los derechos fundamentales, en la medida que el constituyente dominicano optó por un Estado social y democrático de derecho, con todas las consecuencias que tiene esta modalidad en materia de derechos sociales, económicos y culturales.

El Estado liberal puso énfasis en la limitación del poder político para evitar abusos en el ámbito del derecho de propiedad, la libertad individual y la vida. En cambio, el Estado Social, aunque mantiene la referida limitación, se plantea otro problema: la satisfacción de las necesidades de educación, salud, vivienda, trabajo, deporte, cultura, recreación, entre otras.

El Estado social y democrático de derecho que se proclama en nuestra Constitución se basa en la dignidad humana, el principio de igualdad y principio de no discriminación. El hecho de que el Estado dominicano se fundamente en los principios señalados constituye una garantía para la salvaguarda de los derechos fundamentales de todas las personas que habitan en el país, de manera permanente o temporal.

Todas las personas están expuestas a la arbitrariedad, el abuso y la discriminación, pero no cabe duda de que las víctimas más frecuentes son las mujeres, los que padecen la enfermedad del SIDA, los que tienen una orientación sexual tradicionalmente no aceptada, los de la tercera edad y los económicamente marginados, en

<sup>69</sup> Encuesta Nacional de la Fuerza de Trabajo (ENFT), realizada por el Banco Central de la República Dominicana en 2015.

fin, todas aquellas personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad. De ahí la gran importancia que tiene para estas personas el hecho de que el Estado se fundamente en la dignidad humana, el principio de igualdad y la no discriminación. No menos importante es el hecho de que en la Constitución se haya previsto la figura del Defensor del Pueblo y el servicio de la Defensa Pública.

El legislador ordinario también ha sido sensible a la problemática de las personas que pertenecen a grupos vulnerabilizados, sensibilidad que se manifiesta en la aprobación de la Ley General de Juventud, de la Ley sobre SIDA y de la Ley para Proteger a las Personas con Discapacidades.

Existe, sin dudas, un ordenamiento jurídico favorable para la protección de los derechos y libertades fundamentales. Lamentablemente, los estudios realizados revelan que las personas en condiciones de vulnerabilidad frecuentemente son abusadas y discriminadas; sin embargo, acuden con poca frecuencia a las instancias judiciales, en razón de que no tienen confianza en esta institución.

La desconfianza en el sistema judicial radica, según lo revela el estudio consultado, en el desconocimiento de las cuestiones elementales de la estructura judicial, y, sobre todo, en el hecho de que los servidores y operadores judicial no tratan adecuadamente a estas personas, en la medida que desconocen su realidad.

En materia de empleo, la situación es grave, particularmente para las personas con discapacidad, pues de ellas sólo el 36% trabaja. Igual situación se presenta con las mujeres, cuyo nivel de desempleo es superior al de los hombres, con la agravante de que generalmente no ocupan cargos de dirección. Este problema es muy relevante, porque desencadena otros, en razón de que las personas desempleadas carecen de los recursos económicos que permiten resolver los problemas materiales.

Para finalizar y, a modo de sugerencia, consideramos que para revertir esta situación se hace necesario desarrollar un amplio pro-

grama de concienciación de la población en general y, de manera particular, de los servidores y operadores jurídicos para que asimilen la realidad de las personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y de esta forma puedan ofrecer un servicio humanamente aceptable.

Si bien la falta de sensibilidad humana no es la única causa que genera los problemas descritos, no menos cierto es que se trata de la causa más atendible y la que requiere de menos inversión de recursos.

## V. BIBLIOGRAFÍA

Acosta de los Santos, Hermógenes, “Los derechos económicos, sociales y culturales: positivización y protección judicial. Especial referencia al sistema de justicia constitucional de la República Dominicana”, en *Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional*, año 2, núm. 2, Santo Domingo, 2017, pp. 34-50.

Peces-Barba Martínez, Gregorio, *La historia de los derechos fundamentales: un proyecto comprensible*, Madrid, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 1998, t. I, pp. 2-3.

Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional, revisada y puesta al día por Manuel Carrasco Durán*, 12a ed., Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 145-151.

### *Documentos legales*

Constitución de la República.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, promulgada el 30 de octubre de 2008, *Gaceta Oficial* núm. 10495.

- Declaración del Decenio de las América por los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006-2016). Aprobada en Panamá AG-RES. 2339 (XXXV VII 0-07).
- Encuesta Nacional de la Fuerza de Trabajo (ENFT), realizada por el Banco Central de la Republica Dominicana, 2014.
- Encuesta Nacional de la Fuerza de Trabajo (ENFT), realizada por el Banco Central de la Republica Dominicana, 2010.
- Encuesta Nacional de la Fuerza de Trabajo (ENFT), realizada por el Banco Central de la Republica Dominicana, 2015.
- Ley núm. 1-12, que Establece la Estrategia Nacional de Desarrollo 2030.
- Ley núm. 135-11, sobre VIH y SIDA.
- Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales.
- Ley núm. 277-04, sobre Servicio de Defensa Pública.
- Ley núm. 33-18 de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos.
- Ley núm. 49-2000, General de Juventud.
- Ley núm. 5-13, sobre Personas con Discapacidad.
- Observatorio a la implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Examen Periódico Universal EPU*. Disponible en <https://www.pciudadana.org/explorer/epu-rd/DISCAPACIDAD%20ESPANOL.pdf>.
- Oficina Nacional de Estadística. *Encuesta Nacional de Hogares de Propósitos Múltiples 2013* (en línea). Disponible en <https://www.one.gob.do/Multimedia/Download?ObjId=2522>.
- Oficina Nacional de Estadística. *Encuesta Nacional de Hogares de Propósitos Múltiples 2013*. Disponible en <https://www.one.gob.do/Multimedia/Download?ObjId=2522>.
- Reglas de Brasilia para Garantizar el Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, fueron adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 al 6 de marzo de 2008.

10. NICARAGUA.  
EL DESAFÍO DE LA DEMOCRACIA  
FRENTE AL AUTORITARISMO

Mario Sánchez  
Hloreley Osorio Mercado  
Arnin Cortez

I. ANTECEDENTES

Nicaragua ha transitado por distintos regímenes, y como señala Linz, estas transiciones afectan profundamente a una sociedad, “removiendo un espectro de emociones desde el miedo a la esperanza”.<sup>1</sup> El derrocamiento de la última dictadura de los Somoza y el proceso de instauración de un proyecto revolucionario, atizó muchas ilusiones y sueños compartidos en el pueblo nicaragüense y comunidades solidarias de otros confines. En menos de una década y de forma progresiva, estas esperanzas fueron frustradas, por las mismas contradicciones internas de dicho proyecto histórico, el costo humano y material que representó el conflicto

<sup>1</sup> J. Linz, *La quiebra de las democracias*, Buenos Aires, Alianza Editorial, 1991, p. 11.

armado interno, sumado ello los embates del contexto internacional adverso y hostil propiciado por el gobierno de Estados Unidos y sus aliados. A inicios de la década de los noventas, irrumpe otro momento dramático de cambio de poder, con la derrota electoral del Frente Sandinista de liberación Nacional (FSLN) y el inicio de un ciclo de gobiernos de corte neoliberal, en los que se producen dos cambios significativos: por un lado, los líderes de la comunidad empresarial retoman nuevamente la dirección política del país,<sup>2</sup> y por otro lado, una sociedad posconflicto es diezmada nuevamente por los efectos socioeconómicos de las políticas de ajustes estructural y de estabilización económica.<sup>3</sup>

En menos de 40 años, el pueblo nicaragüense se ha enfrentado a dos dictaduras recurriendo a dos tipos repertorios de acciones: a la primera, presidida por Anastasio Somoza que fue derrocada a través de una insurrección armada liderada por el FSLN; y a la segunda, paradójicamente gobernada por el partido del FSLN, bajo el régimen autoritario y autocrático de la pareja presidencial Daniel Ortega y Rosario Murillo. Este último ha sido y es enfrentado, desde el 18 abril, por una lucha cívica y no violenta del pueblo que se ha autoconvocado, a pesar de los niveles de represión y violencia, cuyos efectos han significado un alto costo humano y la destrucción de la frágil institucionalidad del Estado y la legitimidad de su gobierno, tanto en el plano nacional como internacional. De ahí, las preocupaciones que motivan este trabajo, formuladas en las siguientes preguntas: ¿Cómo es posible que en Nicaragua, luego de varias transiciones y cambios de regímenes, se esté sufriendo hoy en día, una de las crisis más dramáticas en su historia? ¿Por qué el gobierno, cuyo régimen autoritario venía consolidando su

<sup>2</sup> R. J. Spalding, “Los empresarios y el Estado posrevolucionario: el reordenamiento de las élites y la nueva estrategia de colaboración en Nicaragua”, *Anuario de Estudios Centroamericanos*, 43, 2017, p. 157.

<sup>3</sup> T. Evans, *La transformación neoliberal del sector público: ajuste estructural y sector público en Centroamérica y el Caribe*, Managua, Latino Editores, 1995.

hegemonía, haya tenido que escalar vertiginosamente en sus niveles de violencia, al punto de inviabilizar su continuidad? ¿Qué factores históricos-estructurales y coyunturales han contribuido a formación de esta profunda e irresuelta crisis sociopolítica? Y ¿Qué aprendizajes y desafíos nos plantea este proceso de desdemocratización?

Partiendo de estas preocupaciones, precisamos algunas lecciones que Linz,<sup>4</sup> cosechó en su estudio por comprender cómo mueren las democracias, dada su pertinencia a nuestro problema de investigación. En términos generales, su análisis plantea las siguientes ideas: 1) los momentos dramáticos de transiciones democráticas son en realidad la culminación de un largo proceso de cambio político; 2) las condiciones históricas que preceden a un régimen, pueden limitar su capacidad de gestionar las crisis, sin embargo, el verdadero detonante de su colapso o destrucción no puede ser explicado sin referencia a un proceso político que tiene lugar después de su instauración; 3) la caída de muchos regímenes autoritarios, no necesariamente han tenido como derrotero el establecimiento de una democracia, sino otro régimen autoritario, ya sea posterior a un golpe de Estado o de una revolución; 4) los regímenes democráticos han tenido en un momento u otro, probabilidades razonables de supervivencia y consolidación, sin embargo ciertas características y actos de importantes actores —instituciones y personas— han agotado estas posibilidades; y 5) los que se indignan ante las situaciones de injusticia del orden social, están dispuestos a arriesgar la estabilidad de esa democracia, que para ellos tiene menos valor que el cambio social deseado.

En el caso del régimen Ortega-Murillo, se ha dado lo que Levitsky y Zibblat<sup>5</sup> denominan la destrucción larvada/silenciosa de la democracia, en la que sus autócratas electos, han instrumentali-

<sup>4</sup> Linz, *op. cit.*

<sup>5</sup> S. Levitsky, y D. Zibblat, *¿Cómo mueren las democracias?*, México, Ariel, 2018.

zando progresivamente las mismas instituciones y mecanismos legales de la democracia, para despojarla de contenido y convertirla en uno de los regímenes autoritario más despiadados en contra de sus propios ciudadanos, quienes a su vez han mostrado en estos meses de lucha, su vocación pacífica y el compromiso por re-institucionalizar el Estado y reconstruir la democracia sobre la base de la justicia. La fractura o quiebre de esta democracia no se dio de manera espectacular por la vía militar, como un golpe de Estado, sino a través de un proceso menos dramático pero con alto poder de destrucción y peligrosidad.

Para descifrar esta compleja ruta de desdemocratización que ha desatado la actual crisis sociopolítica, será necesario analizar este proceso de desmantelamiento de la democracia, a partir de dos ámbitos críticos —el político y económico— y del modelo de gestión de las conflictividades, desde los cuales se ha ido configurando el régimen autoritario Ortega-Murillo y la actual crisis que éste mismo ha generado.

### *1. Dimensión política: La paradoja de la vía electoral y el quiebre de la democracia en Nicaragua*

La ruta hacia la democratización o a la desdemocratización, ha significado un proceso doloroso para la sociedad nicaragüense, por los altos costos humanos y materiales que han representado cuando ha sido una conquista o una pérdida. Uno de estos precedentes hacia la democratización fue la contienda electoral de 1990, no sólo porque puso fin al desgastado proyecto revolucionario y al conflicto armado interno, sino por su inédita naturaleza democrática, a la que McConell definió como las *elecciones fundacionales* de la democracia nicaragüense, dada sus múltiples consecuencias: 1) permitieron por primera vez y de forma real, la participación electoral multipartidaria; 2) establecieron la lógica competitiva;

3) fortaleció el pluralismo político y reencausó la actividad política dentro del marco constitucional, es decir, de la contienda política transgresora — opción armada— a la política formal; y 4) reconfiguró la correlación de fuerzas entre los actores políticos.<sup>6</sup>

A pesar de este precedente histórico de democratización, el liderazgo del FSLN con la complicidad del Partido Liberal Constitucionalista (PLC), impulsaron una progresiva regresión del sistema electoral, al contaminar de intereses partidarios la gobernanza electoral acordes a sus ambiciones. La apuesta inicial del FSLN fue recuperar de forma creciente el control de los aparatos del Estado y crear las condiciones para su retorno al poder; una vez alcanzado este propósito —en 2006—, su estrategia se reenfocó en la extracción, de lo que Green, Slater y Schedler<sup>7</sup> denominan, el núcleo democrático de la contienda electoral: su esencia competitiva. En consonancia con este propósito, el FSLN impulsó una serie de reformas y procedimientos que fueron neutralizando el carácter competitivo del sistema electoral, primero implantando el bipartidismo competitivo, para luego arribar a la hegemonía sin competencia. Una forma resumida de ilustrar este itinerario de desdemocratización se puede apreciar en la tabla 1, que contempla tres aspectos: *a)* las estrategias orientadas al control del sistema electoral; *b)* los tres ciclos electorales por los cuales ha transitado el FSLN, hasta convertirse en una autocracia; y *c)* las elecciones comprendidas entre 1996-2017, con sus resultados más relevantes.

Con relación a las estrategias encaminadas al control del Sistema Electoral, el FSLN recurrió a mecanismos legales como las

<sup>6</sup> McConell citado en S. M. i Puig, “El régimen patrimonial de Nicaragua y las elecciones de 2016”, *Elecciones y partidos en América Latina en el cambio de ciclo*, 40, 2018, pp. 308-309.

<sup>7</sup> K. F. Greene, D. Slater, y A. Schedler, “La política comparada de las elecciones autoritarias: un debate en torno a *The Politics of Uncertainty: Sustaining and Subverting Electoral Authoritarianism*, de Andreas Schedler”, *Política y Gobierno*, 22, 1, 2015.

reformas parciales a la constitución que le permitió el rediseño funcional del Consejo Supremo Electoral (CSE) a los intereses propios y de sus aliados del momento, como sucedió con la reforma de la constitución de 1995 que modificó la forma y los criterios para elegir a los magistrados del CSE, pasando de la idoneidad ética y profesional a las ternas propuestas por los partidos políticos. Otro recurso, fueron los arreglos al margen de la legalidad, como el controvertido *pacto de gobernabilidad*, de 2000, entre las cúpulas del FSLN y el PLC, a través del cual se negociaron el control bipartidista de los poderes del Estado, principalmente el CSE, la Corte Suprema de Justicia y la Procuraduría General de la República; también se acordó la instauración de un sistema de competencia electoral bipartidista —favorable a los artífices de dicho pacto—, y por último, las condiciones que solapadamente allanaron el retorno de Ortega a la presidencia, con la reducción del rango mínimo para ganar la presidencia, del 45% al 35%, si la diferencia entre el primer candidato y el segundo con mayoría de votos, fuera superior al 5%.<sup>8</sup> Estas reformas pactadas, han sido consideradas por Schmitter,<sup>9</sup> como un *autogolpe de estado*, dado que trazan una ruta hacia el autoritarismo.

La estrategia de saturación de las magistraturas del CSE con “personas afines” o “leales” a los autócratas y sus partidos, incrustó el sesgo partidario a la administración pública, en particular en la gobernanza electoral. Esta es una de las formas comunes, según,<sup>10</sup> a través de las cuales, los autócratas electos, subvierten la democracia y dismantelan sus mecanismos de control ante la ciudadanía y la clase política opositora al régimen. Cuando se socava de raíz las bases de la institucionalidad, como ha sido el caso del CSE, se propicia la ruptura de cualquiera de los eslabones de lo que

<sup>8</sup> F. Medina, *El preso 198. Un perfil de Daniel Ortega*, Managua, Imprenta Comercial de La Prensa, 2018; Peraza, 2016; i Puig, *op. cit.*

<sup>9</sup> Schmitter, 2011.

<sup>10</sup> Levitsky y Ziblatt, *op. cit.*

Schedler<sup>11</sup> denomina la *cadena de la elección democrática* —una herramienta de análisis de la calidad de las elecciones a partir de varios principios propuestos por Robert Dahl en su obra *La Poliarquía*.<sup>12</sup>

Algunas de estas reformas constitucionales aprobadas por la Asamblea Nacional o fallos de la Corte Suprema de Justicia, fueron justificados abiertamente, hasta el punto de llegar a investir de una “legitimidad revolucionaria” o lo que Müller<sup>13</sup> denomina *mesianismo político*,<sup>14</sup> a la figura de Daniel Ortega, como una estrategia de autolegitimación del régimen y sus artimañas políticas, con el propósito de hacer creer a sus correligionarios, que el mesías político tiene atributos especiales y la misión de reestablecer un “orden” metasocial: lo que el oficialismo ha nombrado como la continuación de la “revolución” o su segunda fase. A este redentor se le llegó a colocar por encima de la constitución y de las leyes del país.<sup>15</sup> Un ejemplo emblemático, fueron las palabras pronunciadas por Tomás Borge Martínez, momentos antes de la nominación de Daniel Ortega a la candidatura de presidencial, en el Congreso del FSLN en 2011. En este espacio equiparó los intereses de la cúpula del partido — FSLN— a la voluntad del pueblo y calificó de injusto el impedimento de la reelección presidencial estipulado en la Constitución (artículo 147). “La revolución es fuente de derecho y sus posiciones son legítimas y justas más allá de lo formal y lo concreto. Si estamos en una revolución, debemos seguir [...] por

<sup>11</sup> A. Schedler, “Elecciones sin democracia. El menú de la manipulación electoral”, *Estudios Políticos*, 24, 2004

<sup>12</sup> R. Dahl, *La poliarquía. Participación y oposición*, Madrid, Tecnos, 1971.

<sup>13</sup> M. F. Müller, *Un eterno reflejo: el mesianismo político y la preservación de la figura del general Augusto Pinochet Ugarte en el Chile actual* 2018. Tesis de Maestría.

<sup>14</sup> Según Müller, *op. cit.*, se trata de una forma de dominación por autoridad carismática (Weber, M., *Economía y sociedad*, Buenos Aires, Biblioteca Virtual Universal, 2006, p. 5), común en líderes caudillos, dictadores en contexto de regímenes autoritarios.

<sup>15</sup> Montenegro y Solís, 2011, p. 14.

eso la determinación del máximo órgano [La Constitución]<sup>16</sup> de este país es injusta [...] la máxima legitimidad la tiene la voluntad popular (28 de febrero de 2011)”.

De cara a la legitimación, el régimen ha desplegado de manera sostenida una *narrativa sacralizadora* de la figura de Ortega e incluso le han otorgado un “carácter divino a las decisiones y modelos organizativos que promueve el partido” —FSLN—. <sup>17</sup> Se trata de un proceso de ideologización al que subyace una visión de la realidad y de sus conflictos de forma mistificada o providencial.

Otro fenómeno con graves consecuencias políticas en el proceso de desdemocratización en Nicaragua, fue la manera en que Ortega y sus incondicionales magistrados sandinistas “legalizaron” su reelección a la presidencia. En un estudio sobre el comportamiento político —jurídico de las Cortes Supremas de Justicia frente a los problemas de las candidaturas presidenciales en C.A., Brenes y Martínez,<sup>18</sup> constatan la relevancia y empoderamiento que ha adquirido el poder judicial en la contienda política, como un actor clave de la democracia, y cuyo rol ha tenido dos tipos de derroteros: “velar por el cumplimiento y resguardo del Estado de derecho o generar efectos perniciosos a la vida democrática”.<sup>19</sup> En los cuatro estudios de casos<sup>20</sup>, aplican el modelo teórico de *balance táctico* de Kapiszewski<sup>21</sup> para identificar los factores explicativos del comportamiento de los magistrados. En el caso de Nicaragua, identifica la confluencia de varios factores:

<sup>16</sup> El contenido en los entre corchetes es agregado por los autores.

<sup>17</sup> Montenegro y Solís, 2011.

<sup>18</sup> Brenes y Martínez 2012.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 166.

<sup>20</sup> Costa Rica (Óscar Arias), Guatemala (Efraín Ríos Montt y Sandra Torres), Honduras (Manuel Zelaya) y Nicaragua (Daniel Ortega).

<sup>21</sup> D. Kapiszewski, “Tactical Balancing and Prioritizing Pragmatism: High Court Decision-Making on Economic Policy Cases in Brazil”, *Delivery at the Conference Judicial Politics in Latin America*, México, CIDE, 2009.

- El reconocimiento de la decisión anticipada del candidato por reformar la constitución política para acceder a la presidencia —mediante la reelección—. Desde el 30 de octubre de 2007, Ortega buscó de manera insistente y fallida, las condiciones necesarias para que la Asamblea Nacional reformara el artículo 147 de la Constitución Política, que prohibía la reelección en la candidatura presidencial.
- Frente a la fragmentación parlamentaria adversa, opta por el *atajo judicial* con la finalidad de trasladar y resolver “el problema legislativo” en el foro judicial.

La *justicia politizada* en Nicaragua, representaba un terreno más fértil para su ambicioso proyecto, dado que ha sido uno de los poderes intervenidos por el poder político. Las dos sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia —19 de octubre de 2009 y 30 de septiembre de 2010—, se realizaron con un plenario viciado y hasta cierto punto ilegal por su composición: los magistrado liberales ausentes fueron sustituidos por los suplentes de los magistrados sandinistas, a fin de garantizar el “quorum necesario”, pero sobre todo incondicional. Este modo de proceder violentó los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial en la máxima instancia de justicia del país.

La razón por la que justificó su fallo la Corte Suprema de Justicia fue por el

Principio de Igualdad Incondicional de Todo Ciudadano Nicaragüense [por lo que] “Es obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país”. (artículo 48, Cn).

Este argumento fue interpelado por el magistrado de la Sala Constitucional, Sergio Cuarezma, quien no estuvo presente en el pleno que falló tal sentencia:

Pienso que el presidente Ortega, como cualquier otro en su situación, tiene igualdad dentro de las reglas del juego ya suscritas previamente [...] La igualdad de participar en igualdad de condiciones entre todos y contra todos. Pero en este caso concreto, lo que usted está diciendo es que quiere ser igual ante quién [...] igual ante quién, si nadie se ha reelegido continuamente (Comunicación personal, 2 de marzo de 2010).

El amañado itinerario político para lograr la reelección, sometió al poder judicial a tomar decisiones vinculantes de forma inédita. En concreto, un pleno de magistrados viciado en su composición —unipartidaria—, firma una sentencia que eliminaba la norma constitucional contenida en el artículo 147 de la carta magna, para “legitimar la pretensión reeleccionista de Ortega y consolidar de facto una reforma constitucional, hecha por una vía no convencional y dudosamente constitucional”.<sup>22</sup> En otras palabras, la instancia de máximo nivel del poder judicial y en teoría con mayor competencia en materia constitucional, reforma bajo lineamientos del ejecutivo la Constitución Política”. Este precedente, nos recuerda las sabias palabras de Schedler, que “los límites a la imaginación autoritaria no son lógicos, sino empíricos”.

Las reformas legales impulsadas y sus efectos, sugieren tres consideraciones: *a)* las transformaciones del sistema electoral tenían la finalidad de adecuar los parámetros legales a las posibilidades e intereses de cada caudillo;<sup>23</sup> *b)* dichas reformas políticas evidenciaron la frágil institucionalidad que se había alcanzado en el proceso de transición política iniciada a inicios de los años 90, frente a la capacidad de los caudillos de revertir sus logros en detrimento de la reconstrucción de un proyecto de nación; y *c)* no se puede ob-

<sup>22</sup> Brenes y Martínez, 2012, p. 184.

<sup>23</sup> S. Prado, *La relación de la autonomía política y las modalidades de participación ciudadana en Nicaragua entre 1990 y 2012*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2016. Tesis de Doctorado.

viar el “peligro de olvidar que las elecciones representativas [bajo ciertas condiciones] pueden ser un recuento de manipulaciones autoritarias, como una saga de triunfos democráticos”.<sup>24</sup> En otras palabras, las elecciones pueden constituirse de forma progresiva y legal en un “instrumento de control autoritario” y una forma de garantizar permanencia en el poder para quienes gobiernan.

Los ciclos electorales, según tabla 1, esbozan la ruta por la que han transitado los comicios en Nicaragua, desde las elecciones competitivas hasta las autoritarias hegemónicas, pasando por las autoritarias contestadas. Según McConell e i Puig,<sup>25</sup> la competencia partidaria desaparece a partir de las elecciones de 2008, lo que indica un franco proceso de pauperización de la actividad electoral y una apatía del electorado. En estas condiciones adversas, los actores que intentan “competir” en contra del partido en el gobierno, lo han hecho enfrentando un doble desafío: la obtención del mayor número de votos y la lucha para que las reglas bajo las cuales se da la contienda, el voto ganado sea reconocido con el mismo valor.<sup>26</sup> Prácticamente, el reto es lograr una reforma institucional que permita superar esta suerte de *apartheid político electoral*, cuyos fraudes e irregularidades ha desencadenado conflictos entre la clase política y sus correligionarios no sólo en el presente, sino a lo largo de la historia de Nicaragua, según lo ha documentado Esgueva en su extenso estudio sobre las elecciones desde 1821.<sup>27</sup>

Esta progresiva regresión democrática del sistema electoral ha sido un proceso consustancial y determinante para la consolidación del régimen autoritario. Un elemento clave de esta ruta ha sido el diseño de un conjunto de artimañas e inconsistencias bien

<sup>24</sup> *Ibid.* Schedler, “Elecciones sin democracia...”, *op. cit.*, p. 137.

<sup>25</sup> McConell citado en i Puig, *op. cit.*

<sup>26</sup> Peraza, 2016; i Puig, 2016.

<sup>27</sup> A. Esgueva Gómez, *Elecciones, reelecciones y conflictos en Nicaragua (1821-1963)*, Managua, IHNCA-UCA, 2011, t. I.

estructuradas y calculadas en el sistema electoral,<sup>28</sup> que combinado con el manejo hermético de la administración electoral ha propiciado los efectos deseados por el FSLN: el control de la Asamblea Nacional. Sobre todo a partir de las elecciones de 2011, en la que incrementó el número de sus escaños en un 63.15%, al pasar de una bancada de 38 diputados a 62, para luego disponer de 70 diputados en la actualidad, según resultados de las últimas elecciones legislativas de 2016.

La actual composición mayoritaria de diputados sandinistas en la Asamblea Nacional, ha contribuido al reforzamiento del modelo centralizado y a la recuperación del presidencialismo exacerbado del gobierno de Ortega,<sup>29</sup> dado que su bancada además de operar de “manera dócil y disciplinada”,<sup>30</sup> sus escaños garantizan el margen incondicional de votos para impulsar cualquier reforma que requiera de la aprobación de una mayoría calificada, según el rango establecido en el artículo 8 de la Ley núm. 606 o Ley Orgánica del Poder Legislativo de la República de Nicaragua.

Otro resultado alcanzado por el FSLN en su estrategia del control del CSE, combinada con la expansión de la red territorial de Consejos (CPC) y Gabinetes de Poder Ciudadano (GPC),<sup>31</sup> ha sido el incremento del número de alcaldías bajo su dominio (ver gráfico 2). Hoy en día el FSLN tiene el control del 88% del total de las alcaldías del país, lo que se traduce en una enorme posibilidad de intervención a nivel territorial a través de los distintos eslabones de gobierno, como se expondrá en el siguiente apartado. Un aspecto

<sup>28</sup> McConell, 2009.

<sup>29</sup> Costafredo, 2013.

<sup>30</sup> La única vez que una diputada votó de manera diferenciada a la bancada sandinista, fue destituida de su curul, como fue el caso de Xóchitl Ocampo en el 2013, su pecado fue haberse abstenido en la votación del controvertido proyecto de Ley del Canal Interoceánico Enríquez, 2013.

<sup>31</sup> El 29 de noviembre de 2007, fue aprobado el Decreto 112-2007, por medio del cual se crean los Consejos y Gabinetes de Poder Ciudadano.

crítico, que Stuart<sup>32</sup> ha constatado, es el hecho de que este modelo de participación, denominado por el oficialismo modelo de democracia directa y participativa, “hace una fusión del Estado, con el Partido y la organización comunitaria, en la que el Partido es el factor dominante”<sup>33</sup> en detrimento de la autonomía municipal y la naturaleza pluralista de la participación ciudadana. Este tendido social de los CPCs y GPCs, de naturaleza paraestatal y parapartidaria, ha tenido cierto impacto político por su rol de coordinación y canalización de recursos y servicios de los programas sociales del gobierno central y de los Ministerios, cuyos beneficiarios han sido familias y comunidades filtradas o avaladas por los secretarios políticos del partido —FSLN— o representantes de los CPC en sus comunidades o municipios. En otras palabras, se ha constituido en una maquinaria política electoral, por su permanente campaña proselitista en favor del partido-gobierno.<sup>34</sup>

La reseña de la evolución del sistema electoral desde 1990 al 2017, ilustra la ruta a través de la cual el FSLN no sólo recupera el poder en el gobierno, sino el proceso de consolidación de su hegemonía autoritaria al saturar el control sobre las instituciones del Estado, que paralelamente ha significado el dramático y progresivo colapso de la democracia y su consecuente crisis sociopolítica. En este sentido, se pueden aplicar las palabras de Levitsky y Ziblatt,<sup>35</sup> en el caso de Nicaragua, “se ha dado la paradoja trágica de la senda electoral hacia el autoritarismo, [en la] que los asesinos de la democracia utilizan las propias instituciones de la democracia de manera gradual, sutil e incluso legal para liquidarla”.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> Stuart 2010.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>34</sup> Stuart, 2010; Prado, 2016.

<sup>35</sup> Levitsky y Ziblatt, *op. cit.*

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 16. Lo que está entre corchetes es agregado por los autores.

## *2. Centralización del poder y descentralización del control y la violencia*

En su afán por el retorno al poder, el FSLN recorrió una ruta de negociaciones, pactos y reformas político-institucionales que fueron distorsionando y adecuando las reglas de la democracia a sus intereses y a las ambiciones de sus aliados. Una vez en el poder, el gobierno de Ortega le apostó a la consolidación de su hegemonía y al monopolio del control del Estado, expulsando, fragmentando e incluso aniquilando políticamente a sus adversarios o competidores. Según Schedler,<sup>37</sup> se trata de una necesidad común de los regímenes no democráticos, de construir instituciones sólidas de dominación con el propósito que el régimen autoritario prospere y sobreviva.

Bajo esta lógica, el presidente Daniel Ortega decreta, desde los primeros días de su mandato, un nuevo sistema de participación multinivel —nacional, regional, departamental, municipal y comunitario— desconociendo, desmantelando y sustituyendo las modalidades y estructuras ya existentes, según se puede apreciar en la tabla 2. Con el Decreto Presidencial Núm. 2007, se reforma la Ley de Organización, Competencias y Procedimientos del Poder Ejecutivo, Ley 290, e instaura el tendido de Consejos y Gabinetes de Poder Ciudadano, estructuras de funcionamiento vertical del gobierno central —Consejo de Comunicación y Ciudadanía— a través de los cuales se canalizarían los programas sociales del ejecutivo y sus ministerios.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> A. Schedler, *La política de la incertidumbre en los regímenes electorales autoritarios*, México, Fondo de Cultura Económica, 2016.

<sup>38</sup> Entre los ministerios e instituciones del Estados se contemplan los siguientes: Instituto Nicaragüense de la Mujer, Ministerio de Fomento Industria y Comercio, Instituto Nicaragüense de la Juventud, Instituto Nicaragüense de Seguridad Social, Ministerio de Salud, Ministerio de Educación, Ministerio del Ambiente y Recursos Naturales, Ministerio de Transporte e Infraestructura, Ministerio Agro-

De esta forma el ejecutivo no sólo inaugura su mandato, sino que refuerza un proceso de concentración de poder y redobla sus esfuerzos articulados en varios frentes por la conquista del predominio en la Asamblea Legislativa y el control en el ámbito territorial, a través de las alcaldías. Esta agenda política implicó varios pasos: el confinamiento de la Ley de Participación Ciudadana, la disolución de la Oficina de la Administración Pública, la reorganización de los canales de coordinación entre el gobierno central y las municipalidades a través del Instituto de Fomento Municipal (Inifom), para asuntos políticos y técnicos, y del Fondo de Inversión Social de Emergencia (FISE), todo lo relacionado con inversión social, pero ahora condicionado por criterios políticos partidarios.

Por su talante autoritario y excluyente, este nuevo dinamismo político institucional vino a restringir progresivamente otras formas de coordinación y participación ciudadana. Según Prado<sup>39</sup> la diferencia entre los Comités de Poder Ciudadano (CPC) y los Comités de Desarrollo Local (CDL), se resumen en las siguientes características: a) la interacción más importante ya no será con los alcaldes, sino con los delegados de los ministerios y el secretario político municipal; b) al ser un canal de participación unipartidista, se socava la naturaleza multipartidaria y plural de los espacios de participación ciudadana; y c) los CPC y los Gabinetes de Poder Ciudadano (GPC), son estructuras organizativas orientadas a reconstruir la hegemonía política del FSLN. Un desafortunado efecto político de este cambio, fue su impacto en la forma de gestión del presupuesto y plan de desarrollo municipal. Según el testimonio del exvicealcalde de Jinotepe, Leonel Rojas, relata su experiencia en los dos modelos de participación ciudadana:

---

pecuario y Forestal, Instituto Nicaragüense de Fomento Municipal y la Secretaría de Comunicación y Ciudadanía para el Desarrollo Social.

<sup>39</sup> Prado, *op. cit.*

Yo estuve en las administraciones cuando hubo y no hubo autonomía. Cuando había, por ejemplo, el presupuesto que preparábamos para el año siguiente [...] basado en propuestas que hacía el alcalde, los concejales [...] se sometía a los barrios en cabildos. Ahora, te dicen este es el plan. En la práctica es lo que a vos te impone el secretario político” explica Rojas. El personero partidario imparte “las orientaciones de arriba” en las alcaldías y decreta “qué es lo que hay que hacer”.<sup>40</sup>

Otro golpe crítico a la descentralización y autonomía municipal, fue la reforma de la Ley de Transferencia Presupuestaria a Municipios, con la abolición del porcentaje obligatorio del sistema de distribución de transferencia presupuestaria, que se regía por categorías de municipio. Posterior a dicha reforma, la asignación de recursos se vicia con la lógica discrecional de la Comisión de Transferencia, que a juicio de Prado,<sup>41</sup> premia o castiga a municipalidades según su bandera política y la “docilidad” o resistencia mostrada para acatar lineamientos del ejecutivo. De esto modo, se establece un mecanismo político-financiero del *gobernante* para seleccionar quiénes son los que ganan y quiénes son los que pierden, al conceder y restringir el acceso a los recursos y al poder. Esta forma de violencia no sólo se ha dirigido en contra de los opositores y adversarios políticos, sino en contra de sus propios correligionarios y militantes, cuando éstos han mostrado el menor gesto de “indisciplina” o “insubordinación”.

Este modelo de gestión centralizado, autoritario y vertical, impuesto por Ortega, se ha ejercido con severa intolerancia, y cuando este gobernante ha percibido resistencia o cuestionamiento, sus operadores han reprimido con medidas que incurren en la ilegalidad e incluso violentan múltiples derechos, no sólo de los alcaldes o funcionarios castigados, sino de sus electores. Siguiendo a

<sup>40</sup> Miranda, 2017.

<sup>41</sup> Prado, 2016.

Schedler,<sup>42</sup> el mensaje político es que los regímenes autoritarios no sólo necesitan ejercer el poder de forma autoritaria, sino demostrarlo. En otros términos, buscan “controlar las amenazas y también manejar las percepciones de las amenazas”, para mostrarse invencibles.<sup>43</sup>

Un caso que ilustra este tipo de abuso, fue la destitución arbitraria del vice-alcalde de Jinotepe, Leonel Rojas en el año 2010, que a juicio del secretario político, Mario Mendieta, se le “separó del cargo” por problemas de “sumisión”. Según nota periodística de Miranda<sup>44</sup> en el medio digital *Confidencial*, Rojas había sido militante histórico del FSLN, excombatiente en la columna del Frente Sur Benjamín Zeledón, además exiliado en México durante la dictadura de Somoza, y había perdido a su hermano, Julio Rojas en el mes de julio de 1978. En los años ochenta fue militar activo en el área de inteligencia del Ejército. A pesar de su trayectoria política y militancia, sus cuestionamientos y sentido crítico no tuvieron cabida en su propio partido ni le permitieron continuar con su carrera en la gestión pública local. Entre 2008-2017, han sido destituidos al menos 34 alcaldes y vicealcaldes. A juicio del experto en municipalismo y uno de los impulsores de las políticas de descentralización y participación ciudadana, Manuel Ortega Hegg, en el caso de las destituciones de alcaldes y vicealcaldes, “no hay nada dispuesto en la legislación. Pero sí a lo interno del Frente Sandinista. No hay ninguna causal para destituir a cualquier funcionario electo en los municipios por diferencias con su partido”.<sup>45</sup>

Paralelo, al fenómeno de la inestabilidad de los funcionarios en el ámbito de lo local, se ha observado que el FSLN ha promovido la reelección de sus candidatos. Una investigación periodística de un medio independiente, señala que el 77% de los alcaldes han

<sup>42</sup> Schedler, *La política...*

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>44</sup> Miranda, 2017.

<sup>45</sup> Ortega Hegg entrevistado por Miranda, 2017.

resultado reelectos.<sup>46</sup> Según Prado,<sup>47</sup> se trata de un “estancamiento intencionado de las élites” en el FSLN, cuyo propósito no es la selección y postulación de liderazgos locales, sino garantizar de forma calculada la permanencia de funcionarios sometidos al “orden y mando” de la pareja presidencial, que han sido escogidos *al dedazo*, generando descontentos e inconformidad de las mismas bases y militancia política —casos como Masaya, Chinandega, El Realejo, Corinto, Jalapa, Ocotal, entre otros—, además de la apatía política entre el electorado en general.

En síntesis, la inserción de esta modalidad de participación, dentro de una estructura jerárquica excesivamente centralizada, despojó a la población y a sus autoridades municipales, de la posibilidad de que decidieran localmente las respuestas a los problemas a partir de las necesidades del contexto,<sup>48</sup> sumado a ello el cierre de canales y espacios para encauzar demandas y exigencias. En la arena contenciosa por el control territorial, el FSLN como partido gobernante, ha recurrido abiertamente a ciertas prácticas de su repertorio político organizativo de corte militar, desarrollado en su etapa inicial de clandestinidad y de lucha frente a la dictadura somocista, paradójicamente ahora en un contexto de relativa democracia. Ha convertido las instituciones públicas en armas políticas y las ha esgrimido enérgicamente en contra de sus adversarios y su propia “membresía indisciplinada” con tal de lograr una “hegemonía imbatible”. Las estrategias se han reconfigurado según los escenarios de disputa: en la *dimensión horizontal*, siguiendo a Hess,<sup>49</sup> el control por el reparto del poder entre las élites, el FSLN

<sup>46</sup> A. Cerda, “Los alcaldes eternos”, en *Confidencial*, Managua, 2 de febrero de 2018. Disponible en <https://confidencial.com.ni/alcaldes-eternos/>

<sup>47</sup> Prado 2018.

<sup>48</sup> Prado, 2016.

<sup>49</sup> S. Hess, *Authoritarian landscapes: Popular Mobilization and the Institutional Sources of Resilience in Nondemocracies*, Springer Science & Business Media, 2013.

ha logrado disminuir o neutralizar la capacidad de incidencia de sus clientes y adversarios políticos, incluso la presencia de éstos ha sido mínima en las distintas esferas del Estado o controlada por el partido del gobierno; y en la *dimensión vertical*, en torno al problema del control autoritario entre el régimen y la ciudadanía, el gobierno no sólo ha logrado concentrar poder en la toma de decisiones, en torno a la canalización de recursos, inversión social y definición de prioridades en los planes de desarrollo en el ámbito territorial, sino que ha restringido los circuitos a través de los cuales la ciudadanía pudiera gestionar sus demandas, ya sea desde la política formal o la política transgresora contenciosa, dado el progresivo proceso de desdemocratización del país, que ha desencadenado en la actual crisis sociopolítica. Es importante asumir que dicha crisis no se puede entender sin considerar la correlación entre la naturaleza del régimen y el uso político de la violencia.

### *3. La violencia política como respuesta a las acciones contenciosas*

El proceso de desdemocratización que se ha agudizado de forma progresiva en Nicaragua, está estrechamente relacionado y alimentado por el arribo del régimen autoritario de Ortega y el afán por consolidar su hegemonía. Ante esta situación, la Conferencia Episcopal de Nicaragua (CEN) dirigió dos cartas —23 de abril de 2010 y 17 de noviembre de 2010— al jefe de Estado pidiendo rectificación ante la institucionalización de los abusos. Sin embargo, el gobernante aferrado a sus ambiciones de poder, continuó transgrediendo la Constitución Política y socavando la institucionalidad del Estado a tal punto, que la CEN reiteró su preocupación por los alarmantes derroteros que ha ido provocando esta vertiginosa regresión al autoritarismo, en su carta del 12 de mayo de 2014, la cual fue entregada personalmente al mismo presidente. Uno de

los mensajes expresados de manera clara e inequívoca, fue el de la institucionalidad política, como garantía de la democracia y el respeto al Estado de derecho:

la institucionalidad no es marginal en un estado democrático, el cual sólo es posible en un Estado de Derecho, en donde el ejercicio del poder está sujeto a la ley y se caracteriza por la independencia y separación de los poderes del Estado, la observancia irrestricta a la ley sin privilegios ni excepciones y el respeto absoluto a la soberanía popular.<sup>50</sup>

Sabiamente los obispos le recuerdan al presidente, que el mejor argumento que acredita la exhortación a respetar la institucionalidad, son las lecciones que nuestra propia y reciente historia nos ha legado

En un país como Nicaragua el respeto y la fortaleza de la institucionalidad no sólo [son] indispensable, sino que adquiere[n] carácter de urgencia política, pues somos un pueblo con una memoria relativamente reciente de lucha antidictatorial, motivada por el cierre de los espacios democráticos y, al mismo tiempo, lamentablemente somos un pueblo con una cultura política marcada por las ambiciones de poder, el mito de los caudillos mesiánicos y los fraudes electorales. No podemos olvidar la historia.<sup>51</sup>

Cuatro años más tarde a esta advertencia epistolar, el país se encuentra sumergido en una dolorosa encrucijada, en la que el régimen ha venido gestionando con suma violencia y represión los distintos repertorios de acciones colectivas, a través de los cuales distintos actores han intentado canalizar sus exigencias e incluso

<sup>50</sup> CEN, 2014, núm. 35.

<sup>51</sup> CEN, 2014, núm. 36.

desafiar abiertamente la naturaleza represiva y autoritaria del régimen. Pese a que se ha observado un incremento sostenido de la represión gubernamental en los últimos años, la ciudadanía no ha claudicado en su creativa capacidad de recrear sus repertorios, como ha sido el caso de Guardianes de Yaoska, en su lucha campesina en contra de la minería en Rancho Grande. En otros casos, dada la intensidad de los niveles de violencia en las estrategias represivas por parte del gobierno, los actores han tenido que replegarse y en el mejor de los casos pausar su movilización, sumado el desgaste y el incremento de los riesgos y costos, como ha sido el caso del movimiento campesino anticanal, que desplegó más de 90 acciones de movilización, pese a las agresiones y ataques de la policía y paramilitares.

El régimen de Daniel Ortega ha mostrado una de las facetas más violenta que caracterizan a los regímenes autoritarios, en la forma letal de gestionar los conflictos y situaciones críticas. Entre 2011 y 2017, han sido torturados y asesinados 51 campesinos, en la zona norte de la región Caribe y centro del país. Según versiones del gobierno, producto de “enfrentamientos armados” entre policías, miembros del Ejército y policía voluntaria con campesinos armados. Informes de Centro Nicaragüense para la Defensa de los Derechos Humanos (Cenidh), muchas de las víctimas de estas ejecuciones, han sido miembros de partidos políticos, exmiembros de la resistencia o líderes que se han manifestado en contra de la reelección de Daniel Ortega, a quienes se les ha catalogado de delincuentes, grupos criminales de abigeato o narcotraficantes. Ante el ambiente de terror generado en dichas zonas rurales, por el accionar de las fuerzas armadas, el obispo Abelardo Mata, exhortó al gobierno a buscar otros mecanismos para gestionar estas situaciones:

Pedimos al gobierno que escuche la voz de esa gente, sus razones para haberse armado, igual que al movimiento campesino. No es con anti-

motines que se solucionan los problemas, sino buscando diálogos [...] si tocamos temas tan cruciales como estos, no es que estamos avalando ninguna violencia y poniéndonos en contra de ningún gobierno, es todo lo contrario, danos nuestro aporte como pastores para el gobierno mejore (el 15 de noviembre de 2017).

Es importante recordar, que históricamente el FSLN ha tenido serios problemas en su relación con el mundo campesino, cuando intentó implantar el proyecto político revolucionario, en los años 80, desconociendo la realidad social, política y cultural del campesinado.<sup>52</sup> Por ejemplo,

el diseño de la política agraria se basó en el análisis del desarrollo capitalista en el agro. Generó las ideas de clases esenciales —como el proletariado— y la necesidad de socializar el agro. Este enfoque desconocía y negaba la heterogeneidad social de la población rural, sus visiones ideológicas, formas de organización, sus reivindicaciones históricas, entre otros aspectos. La reforma agraria partía de conceptos teóricos de organización colectiva de producción que no tenían que ver con la realidad campesina. Al cimentarse en el desarrollo cooperativo y en la propiedad estatal, se ignoraron las formas diferenciadas de organización campesina dentro de sus estructuras sociales y territoriales. Por ejemplo no se valoró el potencial organizativo de la comarca, que dependía de la identificación territorial. La Comarca no sólo era el hábitat social y cultural, del campesinado, sino el sostén económico, el espacio en el que confluían las relaciones familiares. Este último elemento que fue ignorado, los vínculos familiares en la economía campesina, su importancia en la seguridad social y en producción cultural, etc.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> Deere, 1984; Gianotten y de Wit, 1987; Blokland, 1992; Deere, Marchetti y Reinhardt, 1995.

<sup>53</sup> Sánchez, 2017b, p. 22.

En el ámbito de los derechos políticos, desde hace cuatro años, Amnistía Internacional ha venido manifestando su preocupación al gobierno de Nicaragua, por la gravedad de los abusos perpetrados por efectivos del Ministerio Público en contra de la ciudadanía. En uno de los informes de este organismo internacional, menciona las violaciones a los derechos humanos, que agentes del gobierno perpetraron en represalia dirigidas a ciudadanos que protestaban en contra del fraude en las elecciones de 2012, en la Región Autónoma del Atlántico Sur. El documento hace referencia al hecho de que “la policía detuvo y maltrató bajo custodia a simpatizantes del PLC. Hay detenidos que denuncian haber sido golpeados, y mujeres y niñas detenidas, las obligaron a desnudarse en frente de agentes varones, que las humillaron y las amenazaron con someterlas a violencia sexual”.<sup>54</sup>

La represión, no sólo ha sido un recurso utilizado por el régimen para suprimir la movilización, sino para dismantelar las condiciones previas para la acción colectiva. En esta línea, Robin sostiene que el *miedo político* es aquel dispositivo que se incrusta en la base de nuestra vida pública y tiene el propósito de que los ciudadanos declinen en reconocer y reaccionar ante las situaciones de injusticia.<sup>55</sup> Sánchez, Castro y Rodríguez documentaron el siguiente testimonio de una lideresa del movimiento comunal de Matagalpa: “Aunque seamos de cualquier tendencia, creo que hay algo evidente, pues definitivamente movilizarse contra el poder político te genera un costo, y ese costo algunas y algunos lo pagamos caro. El mensaje es claro: vos te movilizás, ok, te vamos a judicializar, te vamos a condenar y eso da miedo”.<sup>56</sup>

El (ab) uso político de la violencia, sin contrapesos ni contraloría, ha sido una constante peligrosa y nociva del régimen de Orte-

<sup>54</sup> Amnistía Internacional, 2014, p. 6.

<sup>55</sup> Robin, 2009.

<sup>56</sup> Sánchez, Castro y Rodríguez 2015, p. 89.

ga, que ha caracterizado su desgobierno y ha causado y continúa generando graves consecuencias para la sociedad y el futuro de la democracia. En especial, por la política sistemática de la violencia, por parte del gobierno y las instituciones del Estado. El régimen no sólo la ha tolerado, sino que la ha promovido y patrocinado, bajo el amparo de una impunidad enraizada e institucionalizada.<sup>57</sup>

El Estado de Nicaragua ha determinado un lugar estratégico del ejercicio de la violencia en la vida pública y ha elevado el grado de coordinación entre los operadores de la violencia y organizaciones centralizadas, incluso algunas alcaldías desde que estallaron las protestas en abril de 2018. Desafortunadamente, la ciudadanía que se ha movilizado cívica y pacíficamente exigiendo justicia y democracia, se ha enfrentado a un régimen que ha exacerbado y amplificado los niveles de violencia y represión, hasta el grado de ser catalogado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,<sup>58</sup> como un Estado de excepción. El régimen de Ortega, ha seguido la ruta crítica del autoritarismo, que a juicio de Diamond, suelen ser devastadores: “cuando los gobiernos autoritarios enfrentan serios problemas relacionados con la dominación política [y legitimidad], recurren a los peores niveles de represión, formas de violencia e intimidación”.<sup>59</sup>

Uno de los efectos del ejercicio de la violencia institucionalizada, ha sido la acumulación del descontento, la progresiva y vertiginosa pérdida de legitimidad del régimen y sus instituciones cómplices en la perpetración de las violaciones a los derechos humanos,

<sup>57</sup> Amnistía Internacional, 2018; Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2018 y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe de país Nicaragua: graves violaciones a los derechos humanos en el marco de las protestas sociales en Nicaragua*, Managua, OEA, 2018.

<sup>58</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2018.

<sup>59</sup> L. Diamond, “Elecciones sin democracia. A propósito de los regímenes híbridos”, *Estudios Políticos*, 24, 2004, p. 132.

como se puede observar en el gráfico 4, de la reciente encuesta del Latinobarómetro.<sup>60</sup>

Se observa como el porcentaje de aprobación de la gestión del gobierno sufre una caída de 44% en un año, al pasar de 67% en 2017 a 23% en 2018. La escalada la violencia represiva por parte del régimen y la complicidad orquestada en todo el aparato estatal, han golpeado sensiblemente los niveles de confianza de la población hacia sus instituciones como se constata en el gráfico 5, cuyos porcentajes están muy por debajo de la media de los países latinoamericanos. Hoy en día, la policía de Nicaragua, es la menos confiable en América Latina, después de México, con apenas el 21% y 19%, respectivamente. En cambio, la iglesia es la institución con más confianza para la ciudadanía, reconocimiento que no ha sido gratuito, por su valiente y profética labor de denuncia de los abusos que se han venido perpetrando sistemáticamente a los largo de estos años de desgobierno, y sobre todo por su rol de mediador en la mesa de diálogo. Otro dato, es que a pesar de las reiteradas campañas de desprestigio y agresiones en contra del liderazgo eclesial, han sido estrategias fallidas y en el mejor de los casos ha cohesionado más al clero y ampliado la solidaridad de iglesias de otra denominación.

En resumen, la transición del régimen hacia un gobierno más centralizado, autoritario y con vicios claros de autocracia, ha alcanzado niveles violencia tan devastadores, que han socavado su legitimidad, su viabilidad política y han sumergido al país en una profunda crisis política, cuya única salida, apunta a una ruta que pasa por la reinstitucionalización del Estado, la justicia transicional para fundar las bases de la democracia. Para ello, es necesario comprender la naturaleza y las dimensiones de dicha crisis, que se abordará en el siguiente parte.

<sup>60</sup> Latinobarómetro, 2018.

## II. CRISIS POLÍTICA Y ECONÓMICA

### DESPUÉS DE ABRIL 2018: ENTRE PEDIDOS Y EXIGENCIAS

#### *1. Detonantes de la acción colectiva y las olas de protestas*

Posterior a las protestas y reacciones en contra de la gestión ambiental del gobierno frente al incendio de la Reserva Forestal Indio Maíz, el repertorio de protestas desemboca en el estallido social del 18 de abril de 2018, que dio origen al período de coyuntura crítica propiamente dicho. Estos fueron iniciados por estudiantes de universidades públicas y privadas, como, UCA, UNAN-León, UNA, UNI, UAM, UPOLI, y otros sectores sociales, teniendo como detonante del conflicto, las reformas al Instituto Nicaragüense de Seguridad Social (INSS). El rechazo social a las reformas<sup>6162</sup> —por considerarse injustas las medidas aplicadas en detrimento de la calidad de vida de los pensionados—, la ruptura entre el gobierno

<sup>61</sup> Vásquez, 2017.

<sup>62</sup> En torno al seguro social, se ha señalado y denunciado a través del periodismo investigativo y el análisis de expertos los problemas en el manejo poco transparente, y discrecional de sus finanzas. Manuel Israel Ruiz señala que previo a cualquier reforma del INSS, se deben garantizar al menos seis condiciones: *a)* Pago de pensión reducida a través de fondos del presupuesto de la República; *b)* el Estado nicaragüense debe cancelar su deuda —\$ 500 millones— con el INSS en un plazo no mayor de 20 años; *c)* El Estado debe hacerse cargo de las 2,145 pensiones especiales por las que paga C\$36.7 millones anuales; *d)* Conformación de dos comisiones para que formulen un nuevo proyecto de ley que garantice la autonomía de la institución del ejecutivo, que legisle la relación entre el INSS y las instituciones proveedoras de servicios de salud, evitando la discrecionalidad existente; *e)* esta misma comisión debe revisar la inversiones del INSS, lo montos de las reservas técnicas, los capitales constitutivos y los términos que utilizan los administradores para prever; y *f)* reducción del gasto administrativo del 13% al 6.5%. I. “Seis acciones ante la crisis del INSS”, *Confidencial*, 27 de julio de 2017.

y la élite empresarial —representada por el Consejo Superior de la Empresa Privada (COSEP)—, la articulación de los distintos movimientos universitarios con otros sectores organizados y espontáneos, sumado al descontento social generalizado, propiciaron una serie de estructuras de oportunidades que facilitó la escalada de la protesta y la ampliación de marcos colectivos en torno a las situaciones de injusticias no sólo por la naturaleza y consecuencias de la reforma del seguro, sino por la forma tan violenta y represiva del gobierno de no permitir las garantías mínimas y constitucionales de ejercer la ciudadanía y las protestas pacíficas.

Según Tarrow,<sup>63</sup> la formación de los movimientos sociales, es producto del aprovechamiento y creación de oportunidades políticas por parte de ciudadanos descontentos que, al explotar, catalizan los ciclos de protesta y repertorios, que se han venido acumulando y estallando periódicamente. Tocqueville<sup>64</sup> citado en Tarrow<sup>65</sup> plantea que el momento más peligroso para un mal gobierno es cuando intenta corregir una actuación errada, pues esto facilita las condiciones de posibilidad para que la ciudadanía descontenta identifique una oportunidad de acceso a la participación y movilización, es decir, un acceso parcial al poder. En el contexto de la coyuntura, algunos elementos que ilustran estas estructuras de oportunidades fueron: el descontento generado por las reformas del seguro social; la violencia letal e ilegal ejercida por las fuerzas policiales y grupos paramilitares en contra de los jóvenes universitarios y manifestantes; la revocación de las reformas por parte del gobierno el 21 de abril; el retiro parcial y temporal de las fuerzas policiales a sus cuarteles; la desaprobación y repudio nacional e internacional de las primeras 63 víctimas; la ruptura entre élites políticas y económicas y su división interna; entre otras.

<sup>63</sup> S. Tarrow, *El poder en movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.

<sup>64</sup> Tocqueville, 1955.

<sup>65</sup> Tarrow, *op. cit.*

Esta ruptura de las élites, se evidenció con claridad, cuando las reformas del INSS, fueron decididas de forma unilateral y autoritaria por el ejecutivo, sin consultar al COSEP, rompiendo, además, con el supuesto diálogo tripartito nacional que promulgaba el gobierno, junto con la empresa privada y las centrales sindicales históricamente disciplinadas y alineadas al partido en el gobierno. El contenido de la misma, consistía en aumentar la cuota de cotizaciones de los trabajadores (7% en lugar del 6.25% anual) y los empleadores (21% frente al 19% anual) y deducía en un 5.0% las pensiones en concepto de cobertura de enfermedades. Además, cambiaba la fórmula de cálculo de las nuevas pensiones y eliminaba el salario máximo de los cotizantes.<sup>66</sup>

Las protestas iniciaron la mañana del 18 de abril en el departamento de León, mediante un plantón autoconvocado por los adultos mayores en protesta por las reformas y las consecuentes afectaciones a la pensión de jubilación. El resultado fue que algunos fueron agredidos por simpatizantes del Frente Sandinista de Liberación Nacional, provocando indignación en la comunidad universitaria y la sociedad en general. Por la tarde de ese mismo día, universitarios y ciudadanos autoconvocados organizaron un plantón, en el que pedían al gobierno central que anulara el decreto presidencial 03-2018<sup>67</sup> que reformaba la seguridad social. La respuesta gubernamental no se hizo esperar, de forma inmediata miembros de la Juventud Sandinista y grupos de choque agredieron de forma violenta a los manifestantes, con la connivencia de la policía y fuerzas antimotines desplegadas en la zona de Camino de Oriente, dejando como saldo a numerosos ciudadanos y periodistas heridos y con lesiones severas. Además del robo de cámaras

<sup>66</sup> M. Calero, “Daniel Ortega publica en *La Gaceta* la derogación de la reforma al INSS”, *La prensa*, Managua, 23 de abril de 2018.

<sup>67</sup> Casa de Gobierno, Decreto Presidencial núm. 03-2018. Decreto de Reformas al Decreto núm. 975 Reglamento General de la Ley de Seguridad Social, *La Gaceta Diario Oficial*, núm. 72, Managua, 18 de abril de 2018.

y equipos de medios de comunicación que daban cobertura a la represión por parte de grupos paraestatales en contra de los ciudadanos autoconvocados.<sup>68</sup>

Los siguientes días, entre el 19 y el 30 de abril, se intensificaron y expandieron las acciones colectivas de protestas en todo el territorio nacional, registrándose aproximadamente 174 según el observatorio de Protesta.<sup>69</sup> Esta oleada de protesta no fue más que la expresión social del generalizado descontento político y del rechazo de muchos sectores de la sociedad nicaragüense a la forma violenta y autoritaria con la que ha manejado la crisis el régimen de Daniel Ortega y Rosario Murillo. Esta forma de gestión de la crisis expresa la disposición de luchar competitivamente contra la ciudadanía opositora al régimen y las acciones colectivas que amenazan su forma de gobernabilidad y hegemonía política, y su permanencia o supervivencia en el poder, a lo que Schedler<sup>70</sup> denomina “política de incertidumbre”. A ello, se le sumó el repudio internacional por la brutal masacre de las primeras 63 víctimas, y los más de 200 heridos de abril 2018, según cifras registradas por la CIDH.<sup>71</sup> Siguiendo a Tarrow,

Puede parecer sorprendente pensar en la muerte como fuente de acción colectiva, pero es la reacción de los vivos —especialmente ante una muerte violenta— la que constituye la fuente de la protesta, más que la muerte en sí. La muerte tiene el poder de desencadenar emociones violentas y de unir a gente que tiene poco en común salvo dolor<sup>72</sup>

<sup>68</sup> Centro Humboldt, *Informe de la crisis social actual en Nicaragua*, Managua, Centro Humboldt, 2018.

<sup>69</sup> S. Cabrales, *Base de datos de acción colectiva en Nicaragua*, Managua, Equipo Protesta Centroamérica, Universidad Centroamericana, 2018.

<sup>70</sup> Schedler, 2016.

<sup>71</sup> CIDH 2018a; 2018b. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe de país Nicaragua: graves violaciones a los derechos humanos en el marco de las protestas sociales en Nicaragua*, Managua, OEA, 2018.

<sup>72</sup> Tarrow, *op. cit.*, p. 78.

Precisamente, esta misma indignación ante la muerte, fue la que desencadenó masivamente la movilización del pueblo nicaragüense en contra de la dictadura de Somoza, ante el magnicidio de Pedro Joaquín Chamorro en 1978 y repercutió en los resultados de la ofensiva final liderada por el FSLN. Una década más tarde, las muertes de miles de jóvenes del Servicio Militar en el conflicto armado interno, fue entre otras causas, uno de los factores que incidió en la derrota electoral del FSLN en febrero del 1990, cuando miles de familias votaron en contra de una sangrienta guerra. Nuevamente, después de casi tres décadas de postconflicto, las muertes violentas de jóvenes universitarios, en abril de 2018, reconfiguraron lo que Laclau denomina el paso de las demandas a exigencias.<sup>73</sup> Esto, implicó el reforzamiento, ampliación y renovación de marcos colectivos de descontento social, donde las reformas del INSS, apenas representaban la punta del iceberg de este conflicto, pues, se trataba más bien de una explosión de inconformidades, repudios, desaprobaciones y desengaños contenidos y acumulados en una ciudadanía, que decidió, en ese momento, vencer el miedo a protestar en las calles, ante la masacre estudiantil perpetrada por el gobierno, y que amenazaba con quedar impune frente a los ojos de todos los nicaragüenses.

La escalada de la protesta de demandas a exigencias, y la ampliación de estos marcos colectivos, se fusionaron en un mismo sentir al unísono, que clamaba por la transición democrática, la refundación de la institucionalidad en el país y la salida del régimen. Este régimen autoritario opera con una política sistemática de represión<sup>74</sup> y una política de incertidumbre,<sup>75</sup> es decir, acciones de respuesta represiva frente a protestas cívicas que amenazan su estabilidad institucional. Además, ha iniciado su tránsito de un es-

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> Amnistía Internacional, 2018a.

<sup>75</sup> Schedler, 2016.

tado de derecho a un estado de excepción, como lo planteó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH,<sup>76</sup> y que, a raíz de la crisis, ha perdido su careta, develándose su rostro de estado de terror, como lo plantea Garzón,<sup>77</sup> en cuanto que funciona como un sistema político, cuya regla de reconocimiento permite o impone la aplicación clandestina, también a personas manifestantes inocentes, con medidas coactivas de violencia ilegítima, prohibidas por el ordenamiento jurídico y violatorias de los derechos humanos, obstaculizando el acceso a la justicia, y convirtiendo al gobierno en un agente activo de la lucha por el poder. Además, su ejercicio de poder estatal cumple con algunos criterios fundamentales, para tipificar su actuar como terrorismo de estado, estos son: *a)* la afirmación de la existencia de una guerra vertical con un enemigo infiltrado y una confabulación internacional; *b)* la delimitación imprecisa de hechos punibles y eliminación del proceso judicial para el esclarecimiento de los delitos; *c)* la imposición clandestina de medidas de sanción estatal, prohibidas por el orden jurídico oficialmente proclamado (torturas, ejecuciones extrajudiciales, etc.), y *d)* la aplicación difusa de medidas violentas de privación de libertad, la propiedad privada o la vida.

A partir de estas protestas iniciadas en abril de 2018, se pretende realizar a continuación una descripción de los detonantes de la acción colectiva, las expresiones de protestas y la respuesta del gobierno, en etapas o ciclos que han venido caracterizando la coyuntura crítica de Nicaragua desde abril hasta finales de octubre 2018, que es el momento en que el artículo establece su corte temporal.

<sup>76</sup> E. Romero, “CIDH señala que Nicaragua pasa de estado de derecho a estado de excepción”, *La Prensa*, Managua, 03 de octubre 2018.

<sup>77</sup> Garzón 1989.

## *2. Los ciclos de la protesta*

Inmediatamente después del estallido de las protestas, se da inicio al *primer ciclo de represión*. Entre el 21 y 22 de abril, la militancia del Frente Sandinista, se reorganizó y coordinó con la Policía Nacional, para perpetrar acciones de intimidación, mediante los saqueos de negocios, que se dieron simultáneamente en supermercados, mercados populares y tiendas ubicadas en Managua, Masaya, León, Jinotepe y Granada. En estos negocios privados, pobladores de barrios populares saquearon productos alimenticios de primera necesidad, electrodomésticos, vestuario, entre otros. De esta manera, se generó mayor incertidumbre, inseguridad y preocupación en la ciudadanía ante el incremento de los hechos de violencia y ante la escasez temporal de alimentos debido al cierre de negocios, como medida de protección. Entre el 1 y el 15 de mayo, previo al diálogo nacional, se intensificaron las acciones colectivas. El diálogo nacional, inicia el 16 de mayo, convocándose al gobierno y a los sectores que protestaban articulados en la denominada Alianza Cívica, que más recientemente pasó a denominarse Unidad Nacional Azul y Blanco.<sup>78</sup> Los puntos de agenda de la Alianza Cívica se resumían en la exigencia por la democratización y la justicia, y los del gobierno en la contención de las supuestas afectaciones, que las protestas estaban generando a la economía. En un inicio el discurso gubernamental se centró en los tranques y disturbios, para luego manejar la tesis del “golpe de estado suave”. A finales de junio, el diálogo se estanca y se suspenden las sesiones, ante la negativa del gobierno para concertar acuerdos en torno al adelanto de las elecciones y el proceso de reinstitucionalización del Estado, como salidas pacíficas a la crisis, y ruta a la democratiza-

<sup>78</sup> Resultado de un proceso de mayor articulación entre los miembros de la Alianza y más de 40 organizaciones sociales y representantes de partidos políticos.

ción. Lejos de cumplir con los primeros acuerdos, de suspender las acciones represivas y de verificar la situación de seguridad de los autoconvocados, el gobierno recrudesció su repertorio de violencia política y de terror.

La estructura de amenazas representada en la respuesta represiva y violenta del gobierno, estimuló y ayudó a la ciudadanía autoconvocada a rediseñar la infraestructura organizativa en sus formas de protesta. En ese sentido, entre el 16 de mayo y el 15 de junio, esta protesta nacional, se expandió a nivel local, en municipios, departamentos y regiones, aumentando la indignación social, mediante barricadas y tranques, como forma de protesta, presión y protección de la ciudadanía ante la persecución hostigosa y los ataques de fuerzas parapoliciales y paramilitares afines al gobierno.

A partir de la segunda mitad del mes de junio, se desarrolla un *segundo ciclo de limpieza y castigo*. Se produce una intensificación en la respuesta de fuerzas parapoliciales y paramilitares, con instrucciones de atacar los tranques con una operación que se le denominó “Operación por la paz”, pero que se le conoció popularmente como “Operación limpieza”, la cual consistió en el desmantelamiento y destrucción violenta de las barricadas mediante el uso excesivo y desproporcionado de la fuerza y la violencia con posibles ejecuciones extrajudiciales,<sup>79</sup> generando un clima de inseguridad ciudadana, violencia directa, y persecución política. Estos mecanismos de represión policiales y parapoliciales sintonizan con lo que Della Porta & Diani,<sup>80</sup> denominan *modelo de escalada de fuerza*, que se caracteriza por la anulación del derecho a la manifestación; la poca tolerancia a formas innovadoras o alternativas de protesta; y el uso de medios coercitivos o incluso ilegales. Una vez desmantelados los tranques, se desató con mayor intensidad una oleada de detenciones ilegales, secuestros y desapariciones en

<sup>79</sup> Amnistía Internacional, 2018b.

<sup>80</sup> Della Porta & Diani, 2011.

contra de ciudadanos autoconvocados y líderes. Algunos de ellos eran miembros de la mesa de diálogo y gozaban de mecanismos de protección internacional, como medidas cautelares emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como fue el caso del líder campesino Medardo Mairena.<sup>81</sup>

Por otro lado, como parte de la respuesta del gobierno frente a las protestas sociales, ha destacado el castigo a la empresa privada, por sumarse a la Alianza Cívica, a través de su representación en el COSEP, UPANIC, y AMCHAM. Del saqueo de negocios del mes de abril, se transitó en junio a la toma de tierras violentísima, como forma de castigo, predominantemente a latifundistas y empresarios, y en menor medida a organizaciones religiosas y ambientalistas, por parte de grupos parapoliciales y simpatizantes del gobierno sandinista del pacífico-centro y norte de Nicaragua. También se registraron, en menor medida, tomas de tierras del erario público. Esto ocurre en, al menos, siete departamentos del país: Chinandega, León, Managua, Rivas, Carazo, Estelí y Matagalpa.<sup>82</sup> De acuerdo a UPANIC,<sup>83</sup> al 28 de septiembre del 2018, se llegaron a registrar 63 denuncias por invasión a la propiedad privada, equivalentes a 9 800 manzanas tomadas, de las cuales 7 317 seguían ocupadas, a la fecha de corte de este artículo en el mes de octubre, en 8 departamentos del país. Esto trajo consigo, afectaciones en los planes de producción, en las inversiones, en la generación de empleo y creando un ambiente de inseguridad en el campo. Según el orden cronológico de la toma de tierras, en el mes de junio se afectaron 3,633 propiedades para un total de 22 manzanas; en el mes de julio 5 655 propiedades para un total de 39 manzana, y en el mes de agosto, 511 propiedades para un total de 2 manzanas.

<sup>81</sup> Medardo Mairena es miembro de la Alianza Cívica y fue capturado junto a Pedro Mena en las ventanillas de migración del aeropuerto internacional A. C. Sandino.

<sup>82</sup> González y Martínez, 2018; Olivares, 2018a; Romero y Vásquez, 2018.

<sup>83</sup> UPANIC, 2018.

Posterior a la toma de tierras, la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SIBOIF), procedió el 26 de junio, sin ninguna base legal, a demandar a los bancos, listados de usuarios que hubiesen retirado más de U\$ 50,000 dólares de sus cuentas desde el 18 de abril, en su intento por indagar sobre el origen del supuesto financiamiento de las protestas, lo que violaba directamente el sigilo bancario, ubicándose al margen de la Ley y reduciéndose a acciones meramente discrecionales, lejos de toda objetividad investigativa. Los bancos, Lafise, Ficohsa y BDF, al resistirse a esto, fueron advertidos que serían multados con 50 000 dólares. Esto generó en el mes de julio, un clima de desconfianza e inseguridad que provocó el retiro masivo de depósitos en el sistema financiero por parte de usuarios. Ante este retiro masivo de depósitos, el gobierno ordenó a la SIBOIF, dejar sin efecto las multas y sanciones, y que se limitara a pedir los reportes de siempre, pero aumentando la periodicidad, de semanal o mensual, a diaria. Con este procedimiento de revocación de las multas y sanciones, solicitaron la devolución de la carta escrita que contenía la resolución con la que se castigaba a las entidades bancarias, para aparentar que nunca las habían enviado, en vez de emitir una resolución que anulara la anterior. Con ello, el gobierno pretendía borrar toda pista de las medidas arbitrarias que había decidido tomar.<sup>84</sup>

Sin embargo, con el propósito de justificar de manera legal esta investigación financiera, el gobierno autonomiza y asigna personalidad jurídica propia a la Unidad de Análisis Financiero (UAF), argumentando supuesta racionalidad jurídica en la ruptura del sigilo bancario y el acceso a cuentas privadas, en aquellos casos que se encuentren bajo sospecha de financiamiento al terrorismo y golpe de estado. En ese sentido, se publicó en la *Gaceta Diario Oficial*, núm. 138, el 20 de julio de 2018, la Ley núm. 976 “Ley de

<sup>84</sup> I. Olivares, “La vida de los sancionados bajo la ley Magnitsky”, *Confidencial*, Managua, 5 de agosto de 2018b.

la Unidad de Análisis Financiero”, con la cual, regula la organización, atribuciones, facultades y funcionamiento de dicha Unidad, con el objetivo de prevenir el lavado de dinero, bienes y activos provenientes de actividades ilícitas y financiamiento al terrorismo (LD/FT). Con esta disposición, el gobierno justifica y faculta a la UAF a romper el sigilo bancario, y acceder a las cuentas privadas de usuarios, empresas y organizaciones de la sociedad civil.

En el mes de julio, habiendo disuelto los tranques, las protestas se diversifican, resurgiendo marchas y contramarchas, y toma de espacios públicos (rotondas), por parte de militantes del partido de gobierno, trabajadores del Estado, y Policía Nacional. A partir del mes de agosto, la respuesta del gobierno pasó de represión, limpieza y castigo, al tercer ciclo de la criminalización y prohibición de la protesta, mediante constantes campañas de desacreditación, estigmatización, y etiquetación de estas acciones colectivas, como terrorismo y golpe de estado. Si bien es cierto, que el gobierno venía haciendo propaganda a este discurso desde meses anteriores, es en este período cuando adquieren mayor fuerza, los procesos de judicialización y condena por estos delitos imputados. Se intensificaron las detenciones ilegales, secuestros y desapariciones en contra de líderes autoconvocados y universitarios, como es el caso de Edwin Carcache, líder estudiantil de la Coalición Universitaria.

En el mes de octubre, la respuesta represiva tuvo su expresión en la prohibición de las protestas, mediante la disposición de la Policía Nacional, de permitir únicamente aquellas marchas o plantones que tengan su aval y permiso, es decir, para la militancia del partido de gobierno, y, por consiguiente, procediendo al arresto de ciudadanos autoconvocados que asistían a las marchas. Esta prohibición es acompañada además del uso de fuerza policial y parapolicial para la intimidación y dispersión de las manifestaciones.

Se reportan al menos 300 personas procesadas por su participación en las protestas, pero no se tiene conocimiento de ninguna persona procesada o detenida por violaciones de derechos huma-

nos.<sup>85</sup> Siguiendo a Tarrow<sup>86</sup> en estados autoritarios, una estrategia para reducir las condiciones previas que gestan la acción colectiva y conseguir una represión directa y más eficaz, es la instrumentalización de los tribunales de justicia para bloquear los derechos civiles, limitando la protesta mediante penalizaciones legales, aunque no legítimas.

Según Cabrales,<sup>87</sup> al cierre del 15 de octubre, se contabilizan en total, aproximadamente 2 024 acciones entre, de las cuales, el 96% corresponden a la ciudadanía autoconvocada, y el 4% corresponden a la militancia del partido de gobierno, aproximadamente. De estas 2 024, acciones registradas, el 57% correspondió a tranques, 16% a marchas y contramarchas, el 10% a concentraciones, el 1% a paros nacionales (donde se incluyen paros de transporte), el 8% a tomas universitarias, y 8% a otras formas de acciones, donde se incluyen declaraciones públicas, huelgas de hambre, actos sobre la propiedad, protestas diversas, etc.

Las acciones registradas por parte de la militancia del Frente Sandinista, han sido tomadas en cuenta, solo cuando estos grupos han hecho una demanda concreta, no así, cuando el motivo de su convocatoria ha sido por contenido celebrativo, o por propósitos de contrapeso o intimidación en las contramarchas. Entre las demandas concretas que han movilizado sus contramarchas, destacan, la defensa por la presidencia de Daniel Ortega, la defensa por el retorno a las reformas del INSS, o más recientemente, la demanda por justicia o judicialización.<sup>88</sup>

Al cierre del mes de octubre de 2018, la coyuntura crítica de Nicaragua, ha dejado un saldo de 300 muertos según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos

<sup>85</sup> Amnistía Internacional, 2018b.

<sup>86</sup> Tarrow *op. cit.*

<sup>87</sup> Cabrales, *op. cit.*

<sup>88</sup> Comunicación personal, Sergio Cabrales, investigador, octubre de 2018.

Humanos,<sup>89</sup> 322 según Amnistía Internacional,<sup>90</sup> y 448 según la Asociación Nicaragüense Pro Derechos Humanos (ANPDH). Asimismo, 800 personas desaparecidas, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>91</sup> y 2 000 según Amnistía Internacional<sup>92</sup> y OACDH.<sup>93</sup> Por su lado, el gobierno, sigue afirmando, a partir del informe de la Policía Nacional entre el 19 de abril y el 25 de julio del 2018, que la cantidad de fallecidos es de 197 personas (191 hombres y 6 mujeres).<sup>94</sup>

En resumen, el escenario de lucha de esta contienda se ha dado en diversos campos, sin embargo, ha sido intenso en la arena de lo simbólico, donde la ciudadanía autoconvocada se ha servido de un repertorio de expresiones novedosas y creativas de protestas pacíficas, invitando a la ruptura de esquemas viejos de la cultura política y del ejercicio del poder. Asimismo, han convocado a giros radicales de cambio, en las calles, en actividades religiosas y culturales, en las redes sociales, en actividades cotidianas, y otras similares. Ejemplo de estas acciones han sido, los altares marianos azul y blanco de festividades religiosas católicas en el mes de agosto, los globos azul y blanco de las festividades patrias en el mes de septiembre, la protesta del “pico rojo” en respaldo a las mujeres presas políticas en el mes de octubre, entre otras. Según Tarrow,<sup>95</sup> la represión sistemática de la acción colectiva en los sistemas autoritarios, otorga una coloración política a actos ordinarios y cotidia-

<sup>89</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Violaciones de derechos humanos y abusos en el contexto de las protestas en Nicaragua*, ONU, del 18 de abril al 18 de agosto de 2018.

<sup>90</sup> Amnistía Internacional, 2018b.

<sup>91</sup> CIDH, 2018b.

<sup>92</sup> Amnistía Internacional, 2018.

<sup>93</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *op. cit.*

<sup>94</sup> Policía Nacional de Nicaragua “Informe de personas fallecidas en el periodo del 19 de abril al 25 de julio de 2018”, Managua, Policía Nacional, 2018b.

<sup>95</sup> Tarrow, *op. cit.*

nos, pues, aunque pueden dispersar la acción colectiva de tipo convencional y confrontacional, son vulnerables a las movilizaciones discretas y simbólicas. Éstas constituyen señas de solidaridad que se convierten en un recurso cuando surge la oportunidad política.

Por su lado, el gobierno y la militancia sandinista han desarrollado diversas estrategias de represión y hostilidad, primeramente, han seguido recurriendo a la intimidación, mediante fuerzas policiales antimotines para desarticular protestas pacíficas; segundo, a las campañas de estigmatización y desprestigio mediático en las redes sociales en contra de la lucha pacífica de la ciudadanía autoconvocada, de los distintos líderes o representantes de las organizaciones y sectores sociales que conforman la Alianza Cívica. Uno de los sectores que ha sido sujeto, no solo de fallidas campañas de desacreditación mediática, sino de agresiones físicas, ha sido la Iglesia Católica;<sup>96</sup> tercero, a la constante persecución y criminalización política de líderes de las protestas, particularmente jóvenes y universitarios; y cuarto, a las contramarchas y plantones de la militancia sandinista, como la toma permanente de los espacios públicos, rotondas, etc., como ha sucedido en el mes de octubre.

<sup>96</sup> Con relación a las campañas de desprestigio, simpatizantes del gobierno han realizado en reiteradas ocasiones pintas en los muros de la Catedral y algunas parroquias con expresiones ofensivas y graves acusaciones en contra de sus líderes; de igual forma se han orquestados la manipulación de falsos audios como pruebas acusatorias en contra del obispo auxiliar Silvio José Báez, de planificar y dirigir lo que el gobierno ha denominado “golpe de estado”. Se ha obligado a la militancia, beneficiarios de los programas sociales y trabajadores del Estado a firmar una carta en la que se solicita al Vaticano la destitución de dicho obispo. En los casos de agresiones físicas, causó rechazo tanto en la ciudadanía a nivel nacional como en la comunidad internacional, las agresiones que turbas y paramilitares realizaron en contra del nuncio apostólico, el arzobispo, el obispo auxiliar y sacerdotes que integran una delegación junto a miembros de la Alianza Cívica por la Justicia y la Democracia en su visita a la ciudad de Diriamba, el 9 de julio de 2018.

Siguiendo a Tilly,<sup>97</sup> estas formas de represión pueden deprimir la acción colectiva o elevar el costo de sus dos principales condiciones previas: la capacidad de organización y la movilización de la opinión pública, dado el conjunto de riesgos a hechos de violencia y represión.

Todas las formas de protesta que han caracterizado esta coyuntura crítica, por parte de la ciudadanía autoconvocada, evidencian el carácter inédito de este momento crítico y señalan la configuración de algo nuevo en la conciencia política de la ciudadanía nicaragüense, protagonizada principalmente por jóvenes, pero secundados por otros sectores sociales, sedientos de institucionalidad, democracia y justicia, e indicando un punto de inflexión sin posible retorno en el cambio y renovación de estructuras de pensamiento y lógicas de entender lo político, y de la acción colectiva. En este sentido, destacan como nuevas expresiones de la contienda, la articulación de una diversidad heterogénea de actores y repertorios, que agrupa a distintos sectores, clases sociales, origen étnico, etc.; la construcción de un consenso amplio a partir de sus marcos colectivos orientados a la demanda de institucionalización, la democratización y la justicia; la utilización de un repertorio creativo, no violento, con un fuerte énfasis en la lucha simbólica de la causa de movilización; la construcción de una identidad y pertenencia colectiva de todos los sectores opositores; entre otros.

En cambio, las formas de respuesta del gobierno, frente a esta ciudadanía autoconvocada sedienta de institucionalidad; y, frente a una significativa pérdida de la simpatía de gran parte de su militancia, que según Salinas Maldonado<sup>98</sup> equivale al 69%; se han inclinado hacia la restauración del orden y el control de todo, únicamente a través del recurso de la violencia, la represión, el cas-

<sup>97</sup> C. Tilly, *From Mobilization to Revolution*, Reading, Massachusetts, Addison-Wesley Publishing Co., 1978.

<sup>98</sup> C. Salinas Maldonado, “Cid Gallup: 69% pide que renuncien Ortega y Murillo”, *Confidencial*, Managua, 16 de mayo de 2018.

tigo, la desacreditación, y la criminalización de las protestas, con el propósito de restablecer la llamada “normalidad”, que a todas luces es inexistente. Siguiendo a Schedler,<sup>99</sup> así opera la lógica de una política de incertidumbre, mediante acciones represivas que buscan ser una respuesta preventiva y mitigante frente a amenazas a la supervivencia del régimen, procurando restablecer la estabilidad a base de expectativas sociales subjetivas, más que una estabilidad fáctica democrática.

### *3. Efectos de la contienda en medio de la coyuntura crítica*

La acción colectiva de esta contienda, las formas de protesta y las respuestas mismas del gobierno, han generado sus propios efectos e impactos en las estructuras políticas y económicas del mismo régimen autoritario.

Primeramente, en el ámbito político, la crisis política, ha desembocado en una pérdida progresiva de la hegemonía política del estado y el gobierno de Nicaragua, debido a los niveles de violencia que han socavado la legitimidad de la gobernabilidad. Frente a esto, el régimen reacciona de forma controladora y autoritaria, mediante acciones de represión y coerción brutal, con las fuerzas policiales y parapoliciales. Esta pérdida de hegemonía se ve afectada también por el debilitamiento de alianzas geopolíticas claves, que venía sosteniendo con Venezuela e incluso con los mismos Estados Unidos.

Esta hegemonía en los comienzos del régimen, se había consolidado gracias a acuerdos y beneplácitos entre las élites políticas y económicas (gobierno y clase empresarial), subordinando la institucionalidad y el estado de derecho al acuerdo negociado entre

<sup>99</sup> Schedler, 2016.

ambos sectores: incentivos fiscales,<sup>100</sup> acceso a mercado —exportación de carne, azúcar y otros productos a Venezuela—, desregulación del sistema de evaluación ambiental frente al desarrollo de proyectos extractivos,<sup>101</sup> seguridad, estabilidad y crecimiento económico, demandado por empresarios; y control y centralización de poder, demandado por el gobierno. El debilitamiento de esta institucionalidad favoreció la represión, que se ha convertido hoy en día en terrorismo de estado.<sup>102</sup> Por otro lado, la pérdida de esta hegemonía se pudo evidenciar, en los inicios de la protesta, en la pérdida por el control de la calle, un control que en el contexto de la crisis ha sido recuperado a base represión, criminalización y judicialización. Otra expresión de este debilitamiento, ha sido el resquebrajamiento de la consolidación del FSLN, que, a raíz de la crisis, ha sido golpeado en sus bases y estructuras internas.

En segundo lugar, en el ámbito económico, los efectos de la crisis han golpeado fuertemente los cimientos del modelo extractivista corporativista que ha venido implementando el régimen en los últimos once años de gobierno. Esta ruptura se ha hecho manifiesta en la división de las élites política y económica, lo que, a su vez, se constituyó en una estructura de oportunidad<sup>103</sup> para el estallido social de protestas. Una expresión de esta ruptura de relaciones se encuentra en la estrategia de castigo que, desde el mes de junio, ha venido implementando el gobierno con la toma de tierras, descrita

<sup>100</sup> El sector turismo, minería metálica y servicios hospitalarios gozan de una serie de exenciones fiscales y exoneración de impuestos de importación.

<sup>101</sup> El gobierno de Nicaragua eliminó en agosto de 2017 el requisito de los Estudios de Impacto Ambiental del Sistema de Evaluación Ambiental mediante el decreto ejecutivo 15-2017, que fue publicado en la *Gaceta del Diario Oficial* núm. 163. (IEEPP y Centro Humboldt, 2017; Acafremin, 2018).

<sup>102</sup> D. Castro, “Empate catastrófico en la crisis de Nicaragua”, en Cinthya K. Arnson (presidencia), *Congreso Turmoil in Nicaragua: Is there an End Sight?*, Wilson Center / Washington, Programa de Estudios Latinoamericanos de la Universidad George Washington, 2018.

<sup>103</sup> Tarrow, *op. cit.*

previamente, trayendo consigo pérdidas económicas de U\$ 17.1 millones de dólares, donde, según UPANIC,<sup>104</sup> al mes de septiembre, se llegaron a registrar alrededor de 9 010 desempleos sólo para el área rural aproximadamente. El 66% de las áreas afectadas, se utilizan para la agricultura de productos como caña de azúcar, maní, café, plátano, frutas, aguacate, sorgo, hortalizas, granos básicos entre otros; el 25%, para uso pecuario; el 4% para uso forestal y el 3% para uso habitacional.

Tanto el BCN como la Fundación Nicaragüense para el Desarrollo Económico y Social,<sup>105</sup> coinciden en que el crecimiento del Producto Interno Bruto (PIB) del país en 2018, que estaba proyectado a ser entre 4.6% a 4.9%, a raíz de la crisis, adolecerá una disminución entre 1.3% a 1.7%, con pérdidas de 1 400 millones de dólares en valor agregado. Según el BCN,<sup>106</sup> se proyectan aproximadamente 85 100 empleos perdidos que equivaldría a una tasa de desempleo del 6.0%; mientras que las proyecciones de FUNIDES estiman pérdidas de hasta 150 mil puestos de trabajo.<sup>107</sup>

Por su lado, para el grupo GEA-COPADES,<sup>108</sup> partiendo de que la Población Económicamente Activa (PEA) asciende a 3.7 millones de personas, la tasa de desempleo abierto y subempleo, respecto de la PEA ha sido de 27.6% a la fecha de corte, registrándose un aumento del número de desempleados en 184 000 personas. La tasa de desempleo global o de subutilización de la fuerza laboral ha aumentado de 23.4% de la PEA en 2017 a 27.6% de la PEA en 2018. El número promedio anual de disponibilidad de puestos de

<sup>104</sup> Unión de Productores Agropecuarios de Nicaragua, *Denuncias de invasión a propiedades presentadas a Upanic*, Managua, Upanic, 2018.

<sup>105</sup> Fundación Nicaragüense para el Desarrollo Económico y Social, *Comunicado. El inss: la reforma que no solucionará el problema*, Managua, 2018a.

<sup>106</sup> BCN, 2018.

<sup>107</sup> Fundación Nicaragüense para el Desarrollo Económico y Social, *Impacto económico de los conflictos sociales en Nicaragua*, 2018, Managua, Funides, 2018b.

<sup>108</sup> GEA-COPADES, 2018.

trabajo ha disminuido en 48 700, con respecto al promedio de 2017 que fue de 914 196. Al finalizar el 2018, 1 millón 23 mil personas no habrán podido generar ingresos, proyectándose el recrudescimiento de escenarios de contracción y recesión de la economía nicaragüense para 2019.

El intento de quebrantamiento del sigilo bancario, descrito previamente, generó en el mes de julio, un clima de desconfianza e inseguridad, llevando al retiro masivo de depósitos en el sistema financiero, reportándose 555.8 millones de dólares, y 161.6 millones de córdobas, según la SIBOIF.<sup>109</sup> Posteriormente, a raíz de la aprobación de la Ley núm. 976 de la UAF, y del aviso informal del BCN de que modificaría mensualmente la tasa de deslizamiento de la moneda, se intensificó más la incertidumbre sobre la devaluación, provocando, en el mes de septiembre, otra ola de fuga de dólares depositados en la banca comercial, del orden de 187.7 millones de dólares. A la fecha de corte en el mes de octubre, el drenado de los depósitos en la banca nacional asciende aproximadamente a los 1 303 millones de dólares. Asimismo, en el mes de octubre, El BCN notificó a los bancos comerciales la suspensión del mecanismo de compra de dólares en línea, dejando habilitada únicamente las solicitudes de compra por escrito, con 48 horas de anticipación, permitiéndole tener mayor control. Para algunos economistas, estas medidas, pueden considerarse una suerte de “precorralito financiero”, entendiéndose por esto, la decisión de no entregar todos los dólares a los clientes que tengan sus depósitos en esa moneda, y ofrecer córdobas a cambio. Ese tipo de medida podría significar un alto riesgo de devaluación del córdoba, si los ciudadanos, temerosos de una devaluación, corren a comprar dólares, elevando el precio de esa divisa.<sup>110</sup>

<sup>109</sup> SIBOIF, 2018.

<sup>110</sup> I. Olivares, “BCN controla la compra de dólares de la banca privada”, *Confidencial*, Managua, 22 de octubre de 2018d; “BCN genera incertidumbre sobre devaluación”, *Confidencial*, Managua, 27 de agosto de 2018e.

En este sentido, economistas estiman, que la fuga de depósitos en dólares ha generado la caída de las reservas internacionales entre el mes de agosto y octubre. En el mes de agosto se registraba aproximadamente un saldo de reservas internacionales brutas de 2 446.7 millones. En el mes de septiembre dicho saldo osciló entre 2 100 millones y 2 200 millones, debido a la salida de depósitos y los pagos de la deuda pública externa. Sólo en el mes de septiembre la caída de reservas probablemente fue mayor que la salida de depósitos del sistema financiero nacional. A este panorama, se suman los déficits cada vez mayores que acumula el Instituto Nicaragüense de Seguridad Social (INSS), que podrían pasar de 2 373.8 millones de córdobas en 2017; a 5 464.7 millones de córdobas a finales de 2018, y 8621.8 millones en 2019.<sup>111</sup>

Entre el 24 y 30 de octubre de 2018, una misión técnica del Fondo Monetario Internacional (FMI) visitó Nicaragua, para evaluar el estado de la economía y reunirse con el gobierno y representantes del sector empresarial, principalmente sistema financiero, construcción, turismo, maquilas, entre otros. El Gobierno los recibió con el propósito de conseguir un espaldarazo o aval para impulsar sus recientes reformas de cara al Presupuesto General de la República para el 2019, pues el gobierno al carecer de legitimidad y hegemonía política debido a la crisis, buscaría el aval del FMI para promoverlas. Estas reformas son: la Ley de Concertación Tributaria, y la de la Seguridad Social, además, que tratarían de encontrar una vía para frenar el dreno de los depósitos en la banca nacional y las reservas internacionales. Sin embargo, ante la intención del Gobierno, de suscribir un nuevo programa de ajuste macroeconómico y de reforma estructural para buscar financiamiento concesional hace unos meses, el FMI le había manifestado al Gobierno

<sup>111</sup> I. Olivares, “BCN controla la compra...”; I. Olivares, “Caída económica sería del 20% sin acuerdo político”, *Confidencial*, Managua, 22 de octubre de 2018f.

que primero resolviera su situación política. En ese sentido, en el marco de esta visita del FMI a finales de octubre, cualquier medida que se tome, debería requerir primero un acuerdo político, dado a que la crisis es de índole política y la solución a la crisis no es económica, sino política.<sup>112</sup>

Este clima de inseguridad e inestabilidad representa un quiebre en las garantías de confianza y seguridad jurídica e institucional para las inversiones nacionales y extranjeras. Todo esto ha gestado, en el contexto de la crisis, condiciones económicas no favorables para las familias nicaragüenses, quienes padecerán para finales de 2018, un descenso del gasto de consumo que se calcula en -11%.<sup>113</sup> El costo de la canasta básica de Nicaragua hasta junio de 2018, ascendía a 13 568. 99, y el salario mínimo hasta febrero de 2019, oscila entre 4 176. 49 córdobas, y 9 346. 59 córdobas,<sup>114</sup> lo cual, en medio de la crisis económica y las cifras de desempleo mencionadas antes, implicaría que, para finales de 2018, las familias nicaragüenses dispondrían de las condiciones mínimas para lograr satisfacer las necesidades básicas de sus hogares.

Este escenario de deterioro económico, en conjunto con la situación política, ha traído como consecuencia el desplazamiento interno y la migración forzada de miles de nicaragüenses hacia otros países, en su mayoría jóvenes, afectando directamente el bono demográfico que podría haber aprovechado Nicaragua en estos momentos. En este contexto, Amnistía Internacional,<sup>115</sup> citando ACNUR,<sup>116</sup> señala que, para finales de julio, se había registrado una media de 200 nicaragüenses al día como refugiados en Costa Rica. El ACNUR señaló que casi 8 000 peticiones de asilo

<sup>112</sup> I. Olivares, “Caída económica sería...”, *cit.*

<sup>113</sup> Copades, 2018.

<sup>114</sup> INIDE-IPC-BCN, 2018.

<sup>115</sup> Amnistía Internacional, 2018b.

<sup>116</sup> ACNUR, 2018.

de nicaragüenses fueron registradas desde abril, además de unas 15 000 que tenían cita para registrarse más adelante.

Según datos oficiales de la Embajada de Costa Rica en Nicaragua, se registra un aumento del 42% en las solicitudes de visas de ciudadanos nicaragüenses, entre abril y julio, llegando a un promedio de 600 peticiones diarias en la sede de Managua, y otras 320 en la sede de Chinandega, para un total de 920, cuando normalmente, el registro de solicitudes entre ambos puestos, no llega a 650 al año.<sup>117</sup> Asimismo, las autoridades de la Dirección de Migración y Extranjería de Costa Rica, reportaron que las solicitudes de refugio, incrementaron pasando de 84 solicitudes en mayo a 2 619 solicitudes en junio de 2018. Del total de solicitudes de refugio, el 90% provienen de nicaragüenses. Sin embargo, no todos los solicitantes, iban a ser aceptados, debido a que muchos residían en ese país desde hace tiempo.<sup>118</sup>

Por su lado, la DGME de Nicaragua, brindó, a través de medios de comunicación nacional, cifras acerca de la expedición de pasaportes en el contexto de la crisis, reportando que solo en los primeros 68 días de protesta (abril a mayo de 2018), se extendieron 35 555 pasaportes a nacionales, con un promedio de 522 pasaportes diarios. Pero luego, entre el 7 de julio al 14 de julio, se registró un total de 8 041 pasaportes expedidos, con un promedio de 1 146 pasaportes diarios, duplicándose el promedio diario de solicitudes. En total, entre el 18 de abril al 13 de julio, se entregaron 56 150 pasaportes, para un promedio global de 653 pasaportes diarios.<sup>119</sup>

<sup>117</sup> S. Chinchilla, “Aumentan solicitudes de visa a Costa Rica en Nicaragua”, *La Nación*, San José, 16 de julio de 2018.

<sup>118</sup> M. Córdoba, “Nicaragüenses huyen de la crisis: explotan las solicitudes de refugio en Costa Rica”, *Infobae*, 1 de julio de 2018.

<sup>119</sup> K. García, “Migración duplica entrega de pasaportes”, *El Nuevo Diario*, Managua, 19 de julio de 2018.

#### *4. Debate de la exigencia y la crisis a nivel nacional y trasnacional*

Los pedidos y exigencias de la crisis política y económica, unido a las explicaciones históricas y recientes del régimen, hicieron necesario un diálogo nacional entre el gobierno y la Alianza Cívica. Este intento de diálogo, inició el 16 de mayo y finalizó el 25 de junio, con una duración de seis sesiones, y fue moderado por la Conferencia Episcopal de Nicaragua. La Alianza Cívica sostuvo —y sigue sosteniendo—, como puntos de agenda, la exigencia por la democratización y justicia, la demanda por un cambio constitucional y una institucionalidad fuerte, el Estado de derecho, la pluralidad y el respeto al debate.<sup>120</sup> El diálogo quedó estancado por la falta de cumplimiento de condiciones exigidas de no represión, respeto a la protesta pacífica, y el rechazo al adelanto de elecciones. Paralelo al diálogo nacional, se inició un proceso de mediación y debate a nivel diplomático e internacional, mediante encuentros convocados por la Organización de Estados Americanos (OEA), en cuyas sesiones, se hizo manifiesta la presión internacional ejercida por la mayoría de los países de la región, donde se repudiaban las acciones del gobierno de Nicaragua, y se proponía como solución inmediata a la crisis, un adelanto de elecciones nacionales para 2019.

Aunque el diálogo se convocó a nivel nacional, tuvo una trascendencia trasnacional, porque junto a los actores nacionales, participaron el gobierno de los Estados Unidos, la Unión Europea y los organismos internacionales de derechos humanos. Este diálogo trasnacional presentó un carácter híbrido (público-privado). Por un lado, hay un diálogo aparentemente interno, aislado del exterior, que tomó la forma institucional de una mesa de diálogo nacional, pero que no podía ser un contenedor, pues estaba vincu-

<sup>120</sup> Castro, *op. cit.*

lado con el exterior, sosteniéndose comunicaciones bilaterales entre los actores de la mesa del diálogo con el gobierno de los Estados Unidos, así como conversaciones del gobierno de Nicaragua dentro de la Organización de Estados Americanos (OEA). Las comunicaciones bilaterales con el gobierno de los Estados Unidos, ocurrieron en privado. En cambio, las conversaciones del gobierno de Nicaragua, dentro de la Organización de Estados Americanos ocurrieron en público.

El debate sobre la crisis, se extendió además a la ciudadanía autoconvocada en las calles de Nicaragua, Costa Rica, los Estados Unidos y países europeos. El ejercicio de medicación de la Conferencia Episcopal, también fue extensivo a las calles, cuando intercedió, en distintas ocasiones, ante las fuerzas públicas para evitar masacres, en ciudades como Masaya, Granada, Matagalpa, Jinotepe, Diriamba, etc.; pero también medió para que la Policía Nacional liberara a la población detenida en los inicios de la protesta.

Este debate, en el contexto de la contienda, adquiere matices de certificación y descertificación, a nivel internacional, de los distintos actores que han intervenido de una u otra manera en la crisis política y económica, creando estructuras de oportunidades políticas para la acción colectiva, al articularse alianzas a nivel internacional.<sup>121</sup> De esta manera, la certificación se ha venido evidenciando en las estrategias diplomáticas de presión internacional; primeramente, desde las primeras intervenciones de la CIDH y la OEA en los inicios de la protesta y el diálogo nacional. En este sentido, un logro y resultado significativo del diálogo nacional fue la entrada de la CIDH a Nicaragua después de 14 años desde su última visita en el gobierno de Enrique Bolaños; seguidamente, la activación del Mecanismo Especial de Seguimiento para Nicaragua (MESENI), que operó en el mes de julio para dar seguimiento

<sup>121</sup> Tarrow, *op. cit.*

a las recomendaciones de la CIDH derivadas de su visita al país; la instalación del Grupo Interdisciplinario de Expertos (GIEI), para apoyar las investigaciones de los hechos violentos en el país desde el inicio de las protestas, quienes, propusieron la creación de una Fiscalía Especial para la investigación de la violación sistemática y reiterada de derechos humanos; las sesiones y comunicados de la Unión Europea apoyando la resolución pacífica de la crisis; la reactivación del Consejo Permanente de la OEA para el caso de Nicaragua; las sesiones del Consejo de Seguridad de la ONU; el informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la crisis y la represión en Nicaragua; las sanciones de EEUU; las recientes resoluciones de la OEA, que ubican el caso de Nicaragua y al régimen del gobierno actual, a un paso de la carta democrática.

Por otro lado, los procesos de descertificación, se observan de manera concreta en las mismas sanciones legales y diplomáticas impuestas por EEUU a Nicaragua. En este contexto, se han promulgado a nivel internacional, particularmente desde el Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica, dos leyes que atañen directamente a las situaciones de corrupción institucionalizada y enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos del gobierno sandinista: La Ley NicaAct y, la Ley Global Magnitsky.

La iniciativa de ley conocida como *Nicaraguan Investment Conditionality Act (nica) de 2016*, o llamada coloquialmente Nica Act, impone sanciones al gobierno de Ortega, por las violaciones a los derechos humanos, las restricciones impuestas a la democracia, y, el desmantelamiento del Consejo Supremo Electoral, que imposibilita elecciones libres y transparentes. Estas sanciones consisten en que los préstamos que gestione Nicaragua ante los organismos financieros internacionales, en los que Estados Unidos tiene influencia, no serán aprobados. Por su lado, la Ley Global Magnitsky, aprobada en 2016 por el Congreso de los Estados Unidos, es una norma que permite al Gobierno de Estados Unidos imponer

sanciones económicas a ciudadanos de todo el mundo que hubieran cometido abusos a los derechos humanos y actos de corrupción en sus propios países de origen. En el caso particular de Nicaragua, la ley se ha aplicado con todo el rigor, al expresidente del Consejo Supremo Electoral, Roberto José Rivas; al actual jefe de la Policía Nacional, Francisco Javier Díaz Madriz; al secretario de la Alcaldía de Managua, Fidel Antonio Moreno Briones; y a José Francisco López Centeno, vicepresidente de Albanisa, congelando sus bienes dentro de EEUU; imponiendo restricciones de visa para ingresar a territorio estadounidense; estableciendo condiciones a cualquier ciudadano o empresa estadounidense a no establecer ningún tipo de relación comercial con los sancionados; y afectando, además, a fideicomisarios, hijos, cónyuges, no cónyuges, entidades y apoderados legales.<sup>122</sup>

### III. LA DECISIÓN POLÍTICA:

¿DEMOCRATIZARNOS DESDE EL INTERIOR  
O DESDE EL EXTERIOR?

Las protestas sociales a nivel nacional y transnacional, y, la crisis en Nicaragua, nos hacen reflexionar acerca de ¿cuál podría ser la alternativa para el cambio del régimen político autoritario por uno democrático: democratizarnos desde el interior de Nicaragua, aunque con cierta presión internacional; o la democratización externa desde los Estados Unidos y la Unión Europea con cierta presión desde el interior? Detrás de esta pregunta está la cuestión de la paradoja de la democratización producida por la política: a) si los Estados Unidos y la Unión Europea no critican a los países

<sup>122</sup> Y. Luna, “Las fincas de oro de Roberto Rivas”, *Confidencial*, Managua, 20 de marzo de 2018; D. Carcache, “EE UU sanciona a altos funcionarios”, *El Nuevo Diario*, Managua, 6 de julio de 2018; I. Olivares, “Toma de tierras pone en riesgo el ciclo agrícola”, *Confidencial*, Managua, 22 de junio de 2018c.

dictatoriales y les permiten hacer lo que quieran, eso no es bueno. Y al revés, *b)* si los Estados Unidos y la Unión Europea presionan a los países para que haya democracia, es una forma de apoderarse de estos países, a sabiendas que detrás hay intereses políticos y económicos. Bajo esta forma, los Estados Unidos y Europa hablan de la “buena gobernabilidad”, les dicen a los países cómo deben gobernar y consecuentemente, les tocan sus formas soberanas.

Con esta mirada crítica de la paradoja de la democratización, se nos revela que empíricamente, la democracia tiene que ver con una forma de empoderamiento. Si nos democratizan desde el exterior, hay clandestinamente una forma de colonización, de empoderamiento de parte de otros países. Si nos democratizamos desde el interior, surge una forma de empoderamiento más soberana.

Este conflicto que presenta la democratización es la base para reflexionar en propuestas que podrían ser factibles en un momento en el que Nicaragua ha experimentado el despertar del pueblo, la atención de la comunidad internacional y tiene un chance para instalar progresivamente la democracia (y la justicia).

La primera propuesta podemos denominarla “Democratizándonos desde el interior por la vía del diálogo nacional” entre el gobierno, la sociedad civil y el empresariado. Esta propuesta no es nada nueva, nació en la fase inicial de la protesta y la crisis actual y sólo duró un poco más de un mes (16 de mayo- 25 de junio de 2018). El gobierno de Nicaragua decidió instalar este diálogo como un instrumento del poder, para ganar tiempo en pensar sus estrategias políticas. El gobierno de Nicaragua también decidió la interrupción temporal en dos ocasiones cuando prolongó el compromiso de invitar a las organizaciones internacionales de derechos humanos al país o faltó al compromiso de cesar inmediatamente la violencia estatal brutal y desarticular a los terceros armados, los grupos parapoliciales. Pero también el gobierno de Nicaragua decidió la suspensión indefinida del diálogo cuando demostró la falta

de voluntad política para discutir la Ruta de la Democratización propuesta por la Alianza Cívica por la Justicia y la Democracia.

El camino de la democratización planteado unilateralmente por la Alianza Cívica por la Justicia y la Democracia (2018), recientemente incorporada a la Unidad Nacional Azul y Blanco, consiste en el establecimiento progresivo de instituciones políticas y económicas inclusivas y acciones de justicia penal. En términos de instituciones políticas, se empezará estableciendo los mecanismos constitucionales para la celebración anticipada de un proceso electoral justo y transparente en los comicios generales (presidenciales, legislativos), regionales y municipales a celebrarse en marzo de 2019 (en lugar de noviembre de 2021 como correspondería en contextos de orden político). Ello supone reformas parciales a la Constitución Política de la República de Nicaragua para adelantar las elecciones mediante un título transitorio y restablecer la prohibición constitucional de la reelección de todos los cargos sujetos a la elección popular; reformas a la Ley Electoral que incorpore entre otras cosas, la suscripción popular, el pluralismo político y la autonomía de los consejos electorales regionales, departamentales y municipales. Otras reformas estructurales institucionales incluyen la independencia de los poderes del Estado, la autonomía del INSS, de la Contraloría General de la República, del Ministerio Público y de las universidades respecto al ejecutivo central. Y para que haya un control de la violencia física legítima del Estado, se plantea normar la depuración y profesionalización de la Policía Nacional; enjuiciar a los que han asesinado a los/as jóvenes en las protestas sociales, clausurar las fuerzas paramilitares que aterrorizan a la población e institucionalizar la sujeción del Ejército Nacional y la Policía Nacional al poder civil, enfatizando su carácter nacional, apartidista y profesional. Por otro lado, en términos de institución económica, se prevé garantizar los derechos de propiedad colectiva de las etnias indígenas y afrodescendientes.

Frente a este diálogo nacional y la Ruta de la Democratización bosquejada por la Alianza Cívica, el gobierno de Nicaragua ha decidido unilateralmente cambiar el diálogo nacional por un diálogo desde la base, es decir, desde las comunidades rurales y los barrios.<sup>123</sup> Este diálogo que aún no ha sido organizado por la administración de Ortega, corre el riesgo de ser excluyente: por un lado, probablemente sólo tenga como interlocutor a la base sandinista; por otro lado, dejaría fuera a la pluralidad de la sociedad civil y al empresariado. Además, puede ser un diálogo con el que el gobierno podría buscar mantenerse en el poder y evadir la justicia.

Pese a este conflicto entre diálogo nacional y diálogo desde la base, la posibilidad de democratizarnos cesando la represión estatal brutal y reanudando el diálogo nacional de forma más inclusiva, sigue siendo la mejor opción. Este diálogo nacional debería llevarse a cabo en condiciones en las que la violencia estatal ha cesado. Y debería caracterizarse por: *a)* la apertura a la participación tripartita de la sociedad (gobierno, empresariado y sociedad civil); *b)* la inclusión de representantes legítimos de los distintos grupos étnicos del país (mestizos, indígenas y afrodescendientes del Pacífico-Centro-Norte y de la Costa Caribe del país) para evitar el etnocentrismo mestizo y el managuacentrismo al que refiere Simmons;<sup>124</sup> *c)* el establecimiento de premisas básicas para participar en el diálogo: por ejemplo, un mediador del diálogo relativamente neutral, la cultura de compromiso, etc.; *d)* la participación como mediadores y testigos de los máximos organismos regional y mundial de derechos humanos: la OEA y las ONU y del SICA en lugar de la Iglesia Católica que es considerada como enemiga por el gobierno de Ortega; *e)* la apertura de los distintos actores para tratar de entenderse entre sí, para acoger las propuestas y contra

<sup>123</sup> A. Cid, “Daniel Ortega descarta reanudar el diálogo nacional en Nicaragua”, *La Prensa*, Managua, 8 de septiembre de 2018.

<sup>124</sup> S. Simmons, “Grito por Nicaragua, un grito desde la Costa Caribe”, Conferencia presentada en Lasa, Forum, 49, 4, Estados Unidos, 2018.

propuestas de la ruta de la democratización en Nicaragua ; f) la toma de decisiones políticas basadas en los mejores argumentos y en la opción por la justicia y la institucionalidad democrática del país. En este punto, la institucionalidad democrática debe tener acciones en el ámbito político, pero también en el económico (por ejemplo, los derechos de propiedad colectiva seguros, pero también los derechos de propiedad privada seguros frente a la toma de tierras).

La segunda propuesta es la “*Democratización desde el exterior*” con cierta determinación interna por el cambio político. Esta propuesta tampoco es nueva en la historia de Nicaragua: nació en la década del noventa cuando la política exterior de los Estados Unidos promovió abiertamente la instalación de regímenes democráticos por la vía electoral y podría actualizarse en el momento presente cuando la política estadounidense apoya las elecciones generales, regionales y municipales anticipadas. Dicha opción de adelantar las elecciones en Nicaragua es catalogada por el gobierno de Ortega como un golpe de Estado orquestado y financiado por el gobierno de los Estados Unidos con el apoyo de un sector de la sociedad civil y de la cúpula empresarial. En ese sentido, la narrativa sandinista plantea que el supuesto golpe de Estado impuesto por los Estados Unidos es injusto, es una forma de colonización clandestina y utiliza ese argumento para justificar las barbaridades perpetradas por la Policía Nacional y los grupos paramilitares en contra de la población nicaragüense.

Esta propuesta de democratización desde el exterior se caracteriza por presiones internacionales en el campo de la política y de la economía, donde Nicaragua es acorralada fuertemente para democratizarse. De esta forma, lo que empezó como una determinación por democratizarnos desde el interior del país, puede terminar en una democratización obligada desde el extranjero (doblándole la mano al ejecutivo). Hay algunos avances en esta dirección. Nombremos sólo algunos:

- a) Las sanciones económicas del gobierno de los Estados Unidos, a través de la aplicación de la Ley Global Magnitski, mencionadas previamente.
- b) La activación del proceso legislativo estadounidense para aprobar sanciones (y demandas) contra el régimen de Daniel Ortega a través de la fusión de los proyectos Ley de Derechos Humanos y Anticorrupción de Nicaragua y la Nicaraguan Investment Conditionality Act (Nica Act), mencionada previamente también.
- c) La revocación de visas estadounidenses a funcionarios nicaragüenses responsables de abusar contra los derechos humanos y/o por socavar la democracia en Nicaragua por parte del Departamento de Estado de los Estados Unidos.
- d) La creación y operación del Grupo de Trabajo para Nicaragua de la OEA conformada por los representantes de 12 países (entre los que figura Estados Unidos) con la meta de “contribuir a la búsqueda de soluciones pacíficas y sostenibles a la situación que registra Nicaragua, incluso por medio de consultas por Nicaragua”.<sup>125</sup> Al respecto, el gobierno de Nicaragua definió este grupo de trabajo como una “Comisión Injerencista impulsada por el Gobierno de los Estados Unidos de América en la Organización de Estados Americanos”. Y agregó que rechaza la presencia de ese grupo de trabajo en Nicaragua porque violenta la soberanía e interviene en los asuntos internos de Nicaragua.<sup>126</sup> Con esta disposición del ejecutivo nicaragüense, el grupo de trabajo se vio obligado a operar desde Costa Rica y ha emitido su primer informe. En dicho informe sobresalen demandas similares a las elaboradas por el gobierno de los Estados Unidos y la Alianza Cívica: urge al gobierno de Nicaragua

<sup>125</sup> OEA, 2018a.

<sup>126</sup> Asamblea Nacional, 2018.

a tomar medidas para investigar la violación de los derechos humanos; exhorta al gobierno de Nicaragua para que cree las condiciones que posibiliten la reinstalación del diálogo nacional y se decida un calendario electoral en el contexto del diálogo nacional. Y algo nuevo: insta a Nicaragua que reconsidere el apoyo del Consejo Permanente y del Grupo de Trabajo de la OEA para buscar juntos soluciones pacíficas y sostenibles a la situación que se registra en Nicaragua.<sup>127</sup>

Ante estas dos propuestas de democratización: desde el interior o desde el exterior, reiteramos que la decisión política ideal es la primera: gestar un proceso democrático mediante un diálogo nacional inclusivo. Consecuentemente, hay que evitar la democratización desde el exterior, la democratización clandestina que nos quite la posibilidad de decidir sobre la forma de instalar la democracia poniéndonos de acuerdo.

#### IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea Nacional, Ley núm. 976. Ley de Unidad de Análisis Financiero, *La Gaceta Diario Oficial*, núm. 138, Managua, 20 de julio de 2018.

\_\_\_\_\_, Declaración núm. 03-2018. Rechazo al injerencismo, *La Gaceta Diario Oficial*, núm. 159, Managua, 20 de agosto de 2018.

Banco Central de Nicaragua, “Nota de prensa: presidente del BCN expone proyecciones económicas actualizadas”, 27 de junio de 2018. Disponible en [https://www.bcn.gob.ni/divulgacion\\_prensa/notas/2018/noticia.php?nota=808](https://www.bcn.gob.ni/divulgacion_prensa/notas/2018/noticia.php?nota=808), [Fecha de consulta: 1 de julio de 2018].

<sup>127</sup> OEA, 2018b.

- Baumeister, E., *Concentración de tierras y seguridad alimentaria en Centroamérica*, San José, International Land Coalition, 2013.
- Cabrales, S., *Base de datos de acción colectiva en Nicaragua*, Managua, Equipo Protesta Centroamérica, Universidad Centroamericana, 2018.
- Calero, M. “Daniel Ortega publica en *La Gaceta* la derogación de la reforma al INSS”, *La prensa*, Managua, 23 de abril de 2018. Disponible en <https://www.laprensa.com.ni/2018/04/23/economia/2408575-2408575-daniel-ortega-publica-derogacion-de-reforma-al-inss> [Fecha de consulta: 24 de abril de 2018].
- Carcache, D., “EE UU sanciona a altos funcionarios”, *El Nuevo Diario*, Managua, 6 de julio de 2018. Disponible en <https://www.elnuevodiario.com.ni/nacionales/468910-ley-magnitsky-estados-unidos-sanciones-nicaragua/> [Fecha de consulta: 26 de octubre de 2018].
- Casa de Gobierno, Decreto Presidencial núm. 03-2018. Decreto de Reformas al Decreto núm. 975 Reglamento General de la Ley de Seguridad Social, *La Gaceta Diario Oficial*, núm. 72, Managua, 18 de abril de 2018.
- Castro, D., “Empate catastrófico en la crisis de Nicaragua”, en Cinthya K. Arnson (presidencia), *Congreso Turmoil in Nicaragua: Is there an End Sight?*, Wilson Center / Washington, Programa de Estudios Latinoamericanos de la Universidad George Washington, 2018.
- Centro Humboldt, *Informe de la crisis social actual en Nicaragua*, Managua, Centro Humboldt, 2018.
- Cerda, A., “Los alcaldes eternos”, en *Confidencial*, Managua, 2 de febrero de 2018. Disponible en <https://confidencial.com.ni/alcaldes-eternos/>
- Chinchilla, S., “Aumentan solicitudes de visa a Costa Rica en Nicaragua”, *La Nación*, San José, 16 de julio de 2018. Disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/politica/aumentan-solicitu->

- des-de-visas-a-costa-rica-en/YESS3GDU4VGD3PN3FRPC-NZEBDQ/story/, [Fecha de consulta: 16 de julio de 2018].
- Cid, A., “Daniel Ortega descarta reanudar el diálogo nacional en Nicaragua”, *La Prensa*, Managua, 8 de septiembre de 2018. Disponible en <https://www.laprensa.com.ni/2018/09/08/politica/2468841-daniel-ortega-descarta-el-dialogo-nacional>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe de país Nicaragua: graves violaciones a los derechos humanos en el marco de las protestas sociales en Nicaragua*, Managua, OEA, 2018.
- Córdoba, M., “Nicaragüenses huyen de la crisis: explotan las solicitudes de refugio en Costa Rica”, *Infobae*, 1 de julio de 2018. Disponible en <https://www.infobae.com/america/america-latina/2018/07/01/nicaraguenses-huyen-de-la-crisis-explotan-las-solicitudes-de-refugio-en-costa-rica/>
- Dahl, R., *La poliarquía. Participación y oposición*, Madrid, Tecnos, 1971.
- Diamond, L., “Elecciones sin democracia. A propósito de los regímenes híbridos”, *Estudios Políticos*, 24, 2004, pp. 117-134.
- Esgueva Gómez, A., *Elecciones, reelecciones y conflictos en Nicaragua (1821-1963)*, Managua, IHNCA-UCA, 2011, t. I.
- Evans, T., *La transformación neoliberal del sector público: ajuste estructural y sector público en Centroamérica y el Caribe*, Managua, Latino Editores, 1995.
- Flores, J., “Comité de Relaciones Exteriores del Senado de Estados Unidos aprueba sanciones contra Daniel Ortega”, *La Prensa*, Managua, 26 de septiembre 2018. Disponible en <https://www.laprensa.com.ni/2018/09/26/politica/2477725-comite-de-relaciones-exteriores-en-el-senado-aprueba-sanciones-contra-daniel-ortega>
- Fundación Nicaragüense para el Desarrollo Económico y Social, *Comunicado. El INSS: la reforma que no solucionará el problema*, Managua, 2018a. Disponible en <http://funides.com/media/attach>

- ment/FUNIDES\_-\_COMUNICADO\_-\_INSS\_17.04.2018\_7MdX9R4.pdf, el 21 de mayo de 2018.
- \_\_\_\_\_, *Impacto económico de los conflictos sociales en Nicaragua*, 2018, Managua, Funides 2018b.
- García, K. “Migración duplica entrega de pasaportes”, *El Nuevo Diario*, Managua, 19 de julio de 2018. Disponible en <https://www.elnuevodiario.com.ni/nacionales/469962-migracion-duplica-entrega-pasaportes-crisis-nicara/>
- Gobierno de Reconciliación y Unidad Nacional, *Cuantificación de pérdidas y daños del 18 de abril al 26 de junio de 2018*, Managua, Gobierno de la República de Nicaragua, 2018.
- González, M. y Martínez Rocha, M., “Invaden 4 000 manzanas de tierras agropecuarias”, *El Nuevo Diario*, Managua, 2018. Disponible en <https://www.elnuevodiario.com.ni/economia/468626-tomatieras-nicaragua-crisis-agropecuarias/> [Fecha de consulta: 4 de julio de 2018].
- Green, Sh. [productor], *Palma africana/La verdad tras la palma*, 18 de octubre de 2015. Disponible en <https://vimeo.com/142767700> [Fecha de consulta: 11 de julio de 2018].
- Greene, K. F., Slater, D. y A. Schedler, “La política comparada de las elecciones autoritarias: un debate en torno a *The Politics of Uncertainty: Sustaining and Subverting Electoral Authoritarianism*, de Andreas Schedler”, *Política y Gobierno*, 22 (1), 2015, pp. 227-246.
- Grupo Empresarial de Análisis, GEA y Consultores para el Desarrollo Empresarial, Copades *Nicaragua: Informe económico de octubre 2018*, Managua, GEA-Copades, 2018.
- Hess, S., *Authoritarian landscapes: Popular Mobilization and the Institutional Sources of Resilience in Nondemocracies*, Springer Science & Business Media, 2013.
- I Puig, S. M., “El régimen patrimonial de Nicaragua y las elecciones de 20161”, *Elecciones y partidos en América Latina en el cambio de ciclo*, 40, 2018, p. 303.

- Kapiszewski, D., “Tactical Balancing and Prioritizing Pragmatism: High Court Decision-Making on Economic Policy Cases in Brazil”, *Delivery at the Conference Judicial Politics in Latin America*, México, CIDE, 2009.
- Laclau, Ernesto, *Debates y combates: por un nuevo horizonte de la política*, Madrid, Fondo de Cultura Económica de España, 2016.
- Levitsky, S. y D. Ziblatt, *¿Cómo mueren las democracias?*, México, Ariel, 2018.
- Linz, J., *La quiebra de las democracias*, Buenos Aires, Alianza Editorial, 1991.
- Luna, Y., “Las fincas de oro de Roberto Rivas”, *Confidencial*, Managua, 20 de marzo de 2018. Disponible en <https://confidencial.com.ni/las-fincas-de-oro-de-roberto-rivas/>, [Fecha de consulta: 26 de octubre de 2018].
- Medina, F., *El preso 198. Un perfil de Daniel Ortega*, Managua, Imprenta Comercial de La Prensa, 2018.
- Müller, M. F., *Un eterno reflejo: el mesianismo político y la preservación de la figura del general Augusto Pinochet Ugarte en el Chile actual* 2018. Tesis de maestría.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Violaciones de derechos humanos y abusos en el contexto de las protestas en Nicaragua*, ONU, del 18 de abril al 18 de agosto de 2018.
- Olivares, I., “Gobierno recula con acoso a los bancos”, *Confidencial*, Managua, 7 de julio 2018a. Disponible en <https://confidencial.com.ni/gobierno-rectula-con-acoso-a-los-bancos/> [Fecha de consulta: 26 de octubre de 2018].
- \_\_\_\_\_, “La vida de los sancionados bajo la ley Magnitsky”, *Confidencial*, Managua, 5 de agosto de 2018b. Disponible en <https://confidencial.com.ni/la-vida-de-los-sancionados-bajo-la-ley-magnitsky/>, [Fecha de consulta: 26 de octubre de 2018].
- \_\_\_\_\_, “Toma de tierras pone en riesgo el ciclo agrícola”, *Confidencial*, Managua, 22 de junio de 2018c. Disponible en <https://>

confidencial.com.ni/toma-de-tierras-pone-en-riesgo-el-ciclo-agricola/ [Fecha de consulta: 23 de junio de 2018].

\_\_\_\_\_, “BCN controla la compra de dólares de la banca privada”, *Confidencial*, Managua, 22 de octubre 2018d. Disponible en <https://confidencial.com.ni/caida-economica-seria-de-20-sin-acuerdo-politico/>, [Fecha de consulta: 27 de octubre de 2018].

\_\_\_\_\_, “BCN genera incertidumbre sobre devaluación”, *Confidencial*, Managua, 27 de agosto 2018e. Disponible en <https://confidencial.com.ni/bcn-genera-incertidumbre-sobre-devaluacion/>, [Fecha de consulta: 27 de octubre de 2018].

\_\_\_\_\_, “Caída económica sería del 20% sin acuerdo político”, *Confidencial*, Managua, 22 de octubre de 2018f. Disponible en <https://confidencial.com.ni/caida-economica-seria-de-20-sin-acuerdo-politico/> [Fecha de consulta: 27 de octubre de 2018].

\_\_\_\_\_, “Seis acciones ante la crisis del INSS”, *Confidencial*, 27 de julio de 2017. Disponible en <https://confidencial.com.ni/seis-acciones-ante-la-tesis-del-inss/>

Organización de Estados Americanos, *Comunicado de Prensa: oea aprueba creación de Grupo de Trabajo para buscar soluciones pacíficas a la situación en Nicaragua*, Managua, 2 de agosto 2018a. Disponible en [http://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?sCodigo=C-049/18](http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-049/18)

\_\_\_\_\_, *OEA aprueba resolución sobre Acontecimientos Recientes en Nicaragua*. (Managua). (2018b, 12 de septiembre). Disponible en [http://www.oas.org/es/centro\\_noticias/fotonoticia.asp?sCodigo=FNC-94948](http://www.oas.org/es/centro_noticias/fotonoticia.asp?sCodigo=FNC-94948)

Policía Nacional, “Nota de Prensa núm. 117-2018”, Managua, Relaciones Públicas de la Policía Nacional, 2018a.

\_\_\_\_\_, “Informe de personas fallecidas en el periodo del 19 de abril al 25 de julio de 2018”, Managua.

Prado, S., *La relación de la autonomía política y las modalidades de participación ciudadana en Nicaragua entre 1990 y 2012*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2016. Tesis de doctorado.

- Romero, E., “CIDH señala que Nicaragua pasa de estado de derecho a estado de excepción”, *La Prensa*, Managua, 03 de octubre 2018. Disponible en <https://www.laprensa.com.ni/2018/10/03/nacionales/2480612-cidh-senala-que-nicaragua-pasa-de-estado-de-derecho-a-dictadura-total>, el 26 de octubre de 2018.
- \_\_\_\_\_ y M. Vásquez Larios, “Ocupación masiva de tierras pone en riesgo producción agrícola”, *La Prensa*, Managua, 3 de julio de 2018. Disponible en <https://www.laprensa.com.ni/2018/07/03/nacionales/2443791-ocupacion-masiva-de-tierras-pone-en-riesgo-produccion-agricola> [Fecha de consulta: 04 de julio de 2018].
- Salinas Maldonado, C., “Cid Gallup: 69% pide que renuncien Ortega y Murillo”, *Confidencial*, Managua, 16 de mayo de 2018. Disponible en <https://confidencial.com.ni/cid-gallup-69-pide-que-renuncien-ortega-y-murillo/> [Fecha de consulta: 17 de mayo de 2018].
- Sánchez, Mario, *Extractivismo y lucha campesina en Rancho Grande. La expresión de un ecologismo político en Nicaragua*, Managua, CASC-UCA, 2017.
- \_\_\_\_\_, Douglas Castro y Rony Rodríguez, *Ciudadanía y violencia: una aproximación a sus múltiples expresiones en Nicaragua*, Managua, CASC-UCA, 2015.
- Schedler, A., “Elecciones sin democracia. El menú de la manipulación electoral”, *Estudios Políticos*, 24, 2004, pp. 137-156.
- \_\_\_\_\_, *La política de la incertidumbre en los regímenes electorales autoritarios*, México, Fondo de Cultura Económica, 2016.
- Simmons, S., “Grito por Nicaragua, un grito desde la Costa Caribe”, Conferencia presentada en Lasa, Forum, 49, 4, Estados Unidos, 2018. Disponible en <https://forum.lasaweb.org/files/vol49-issue4/Nicaragua-3.pdf>
- Spalding, R. J., “Los empresarios y el Estado posrevolucionario: el reordenamiento de las élites y la nueva estrategia de cola-

- boración en Nicaragua”, *Anuario de Estudios Centroamericanos*, 43, 2017, pp. 149-188.
- Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras, *Comunicado del superintendente*, Managua, 10 de julio de 2018, SI-BOIF, 2018.
- Tarrow, S., *El poder en movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.
- Tilly, C., *From Mobilization to Revolution*, Reading, Massachusetts, Addison-Wesley Publishing Co., 1978.
- Unidad de Análisis Financiero, *Descripción de la Unidad de Análisis Financiero*, Managua, 2018. Disponible en <http://www.uaf.gob.ni/index.php/la-uaf/quienes-somos> [Fecha de consulta: 22 de octubre de 2018].
- Unión de Productores Agropecuarios de Nicaragua, *Denuncias de invasión a propiedades presentadas a Upanic*, Managua, Upanic, 2018.
- Weber, M., *Economía y sociedad*, Buenos Aires, Biblioteca Virtual Universal, 2006.

## 11. EN EL SALVADOR SÍ HUBO GENOCIDIO

Paula Cuéllar Cuéllar

### I. INTRODUCCIÓN

Las operaciones de tierra arrasada implementadas en el país como tácticas de contrainsurgencia durante el conflicto armado constituyen prácticas genocidas y han evitado ser denominadas como tal debido a la definición restringida del concepto de genocidio que posee la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en cuanto a los grupos protegidos. Y es que, al no estar contemplados los grupos económicos y sociales dentro de las categorías de grupos protegidos por dicho instrumento jurídico, se excluyen grandes sectores de la población cuyas muertes, de otra manera, estarían registradas como un genocidio.

### II. ¿QUÉ SON LAS OPERACIONES DE TIERRA ARRASADA?

Dentro de las prácticas de contrainsurgencia implementadas por el gobierno salvadoreño durante el conflicto armado se encontraron las operaciones de tierra arrasada. Estas prácticas constituían

la aniquilación indiscriminada de una o varias poblaciones dentro de un mismo operativo, situación que incluía la masacre o el desplazamiento de los miembros de esa comunidad, el asesinato de sus animales, la destrucción de los sembradíos, hogares, y posesiones de las víctimas, todo ello para dismantelar el sistema de relaciones sociales que pudieran aportar apoyo logístico a las guerrillas. Al “quitarle el agua al pez” el objetivo evidente de las fuerzas armadas salvadoreñas a través de estas operaciones militares era masacrar civiles, causar desplazamientos forzados, asesinar a los animales y destruir totalmente todos los medios de subsistencia de la población objeto del ataque indiscriminado.

Las operaciones de tierra arrasada eran parte de la Doctrina de Seguridad Nacional adoptada por la mayoría de los países de América Latina durante la Guerra Fría. Esta doctrina centraba su prioridad en la protección de la nación como un todo. Aplicado a la seguridad interna implicaba una negación de los derechos individuales y definía a clases enteras de personas y corrientes políticas como amenazas a la seguridad de la nación.<sup>1</sup> En América Latina, bajo esta doctrina, el enemigo no solamente lo constituían los movimientos revolucionarios, sino cualquier forma de organización populista, religiosa, indigenista, con ideas progresistas, dirigidas a producir un cambio social.<sup>2</sup> Bajo esta definición extensa de subversión muchos oficiales veían con desaprobación cualquier actividad que cuestionara el *status quo* o que estuviera remotamente conectada con la izquierda. Fue por eso que, al definir a algunos grupos de población como el “enemigo interno” del Estado, las autoridades

<sup>1</sup> William Stanley, “International Tutelage and Domestic Political Will: Building a New Civilian Police Force in El Salvador”, en *Policing Change, Changing Police: International Perspectives*, Otwin Marenin [ed.], Garland Reference Library of Social Sciences, vol. 1025, Current Issues in Criminal Justice vol. 14, 1996, p. 38.

<sup>2</sup> Daniel Feierstein, “National Security Doctrine in Latin America: The Genocide Question”, *The Oxford Handbook of Genocide Studies*, Donald Bloxham and A. Dirk Moses [eds.], Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 492.

salvadoreñas decidieron librar una guerra contra ellas, dentro de la cual se plantearían su eliminación por todos los medios.

Un aspecto que es importante aclarar aquí es que las operaciones de tierra arrasada no deben ser confundidas con las masacres, ya que estas últimas constituyen únicamente un componente de las operaciones de tierra arrasada. Y es que este tipo de tácticas militares persiguen objetivos más amplios que el de una masacre, los cuales son el impedir la reproducción de un grupo poblacional en un territorio determinado del país y, además, privar a la humanidad del acervo cultural que tal grupo poblacional pueda legar a la humanidad.

### III. ¿POR QUÉ LAS OPERACIONES DE TIERRA ARRASADA EN EL SALVADOR NO HAN SIDO DEFINIDAS COMO GENOCIDIO?

Aunque han transcurrido más de veinticinco años desde el cese del conflicto armado en El Salvador, aún no se tiene certeza cuántas operaciones de tierra arrasada fueron perpetradas en el país durante ese periodo. En el informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador únicamente se reportaron tres: El Mozote, El Sumpul y El Calabozo. Hasta la fecha, solamente El Mozote ha sido ampliamente documentada. Sin embargo, no hay duda que este tipo de prácticas en las que se pretendía el aniquilamiento de toda una población fue mayor a tres.

No obstante, el problema no obedece tanto a la falta de documentación de las operaciones de tierra arrasada en el país como a la definición restrictiva de los grupos protegidos dentro de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Así, este instrumento jurídico detalla a este crimen como una serie de actos perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, únicamente a cuatro grupos específicos, léase a un grupo

nacional, étnico, racial o religioso, ya sea en tiempos de guerra o en tiempos de paz.

El argumento más frecuentemente esgrimido para sustentar esta disposición es que las características que cohesionan a estos grupos no son adquiridas voluntariamente, sino adscritas. A guisa de ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda estableció que al leer los *trabajos preparatorios* de la Convención contra el Genocidio se advierte que el crimen de genocidio fue supuestamente concebido para proteger únicamente a grupos “estables”, constituidos de forma permanente y cuya membresía es determinada por su nacimiento, excluyendo así a grupos más “móviles” a los que las personas se vinculan por voluntad propia, tal como los grupos políticos y económicos. Por lo tanto, un criterio común que une a los cuatro tipos de grupos protegidos por la Convención contra el Genocidio es que su membresía en los mismos normalmente no podría ser intercambiada por sus integrantes, quienes pertenecen automáticamente a ese grupo por su nacimiento en una continua e irremediable manera.<sup>3</sup>

Sin embargo, tales alegatos son cuestionables. La estabilidad y la permanencia de los grupos nacionales y religiosos es altamente dudosa. El jurista William Schabas afirmó que, un día después de que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención contra el Genocidio, se sancionó la Declaración Universal de los Derechos Humanos en la que se proclamó el derecho fundamental a cambiar de nacionalidad y religión, reconociendo así que tales categorías estaban lejos de ser estables y permanentes.<sup>4</sup> Asimismo, la inestabilidad y la membresía de los grupos económicos y sociales es altamente debatible, particularmente cuando se habla

<sup>3</sup> International Criminal Tribunal for Rwanda, Jean Paul Akayesu Judgment and Sentence, ICTR-96-4-T, 02-09-1998, paragraph 511.

<sup>4</sup> William A. Schabas, “Groups Protected by the Genocide Convention: Conflicting Interpretations from the International Criminal Tribunals for Rwanda”, 6 ILSA J. Int’l & Comp. L. 375, 1999-2000, p. 382.

de la pobreza en el hemisferio sur, ya que la misma continúa en niveles de pandemia y la inmovilidad social sigue siendo parte de nuestra realidad. Por lo tanto, las personas que nacen en situaciones de pobreza o extrema pobreza poseen menos posibilidades de cambiar su estatus económico o social que las que desean cambiar su religión o su nacionalidad.

#### IV. LAS OPERACIONES DE TIERRA ARRASADA SÍ SON UN GENOCIDIO

Ya en el informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador, al detallar los patrones de conducta de las operaciones de “tierra arrasada” que en ese documento se denominan como masacres, se hizo un intento de mencionar algunos elementos del crimen de genocidio, particularmente en cuanto a la destrucción total o parcial de un grupo *per sé*, tal como lo señala la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Y es que en dicho informe se establece que las muertes producto de esas operaciones son consecuencia de “una estrategia deliberada de eliminar o aterrorizar a la población campesina de las zonas de actividad de los guerrilleros”.<sup>5</sup> Sin embargo, probablemente, los comisionados obviaron mencionar ese delito porque, para ese entonces, los casos paradigmáticos de genocidio eran el Holocausto y el genocidio armenio y, por lo tanto, una visión eurocentrista del mismo impedía ver la realidad de otras latitudes.

En el país, durante el conflicto armado, las Fuerzas Armadas de El Salvador catalogaron a los campesinos pobres como el “enemigo interno” porque en su concepción del mismo este grupo era o podía llegar a ser una base de apoyo para las fuerzas guerrilleras

<sup>5</sup> The Commission on the Truth from El Salvador, *From Madness to Hope: The Twelve-Year War in El Salvador*, United Nations, 1993, p. 131.

y, por lo tanto, procedieron a la eliminación de los mismos. Así, las Fuerzas Armadas de El Salvador, inspirados por la Doctrina de Seguridad Nacional, desarrollaron un concepto de enemigo interno que comprendió mucho más que simpatizantes, combatientes y militantes de las fuerzas guerrilleras dentro del concepto de “enemigo interno” para incluir también a civiles pertenecientes a grupos sociales y económicos específicos tales como el campesinado pobre.

La milicia salvadoreña pues, mediante la ejecución de operaciones de “tierra arrasada”, impulsó la aniquilación parcial de campesinos pobres porque, en su lógica, constituían una clase cohesionada de personas debido a su ambiente social y económico. Durante el conflicto armado, dentro del mismo tejido social endeble y en acelerado proceso de ruptura se constituyeron dos grupos poblacionales en el ámbito rural: uno afín al gobierno y uno hostil a éste, deshumanizando el primero al segundo hasta su aniquilamiento, representando así la quintaesencia expresión de la discriminación. En ese sentido, totalmente independiente de su relación con la insurgencia e indiferente a su estatus de población civil, la Fuerza Armada Salvadoreña decidió destinar al campesinado pobre salvadoreño para su eliminación únicamente con base en su clase económica y social.

En virtud de estas razones es posible argumentar que en El Salvador sí hubo un genocidio y que el mismo no ha podido ser legalmente alegado debido a la definición restrictiva del mismo en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio al no incluirse en su conceptualización los grupos sociales y económicos. Dicha situación no es más que un artificio jurídico para no proteger a las clases más vulnerables, lo cual es reflejado en las víctimas de las operaciones de “tierra arrasada”, quienes, en su mayoría, eran mujeres desarmadas o embarazadas, niños y niñas y adultos mayores.

¿Y por qué genocidio y no crimen de lesa humanidad si ambos son crímenes internacionales? Cómo se cataloga un crimen tiene relevancia en términos de verdad, justicia y reparaciones dentro de un proceso de justicia transicional inacabado como el salvadoreño. Así, en primer lugar, hay que recordar que el crimen de genocidio implica el borrar de la faz de la tierra, parcial o totalmente, a un grupo de población y de esa forma privar a toda la humanidad del acervo cultural que éste pueda legar. Es por ello que, en términos de verdad es importante la formulación colectiva e inclusiva de una narrativa que persiga reconstruir el tejido social y la identidad nacional. En segundo término, en materia de justicia, el delito de genocidio está tipificado en el Código Penal con mayor severidad que los crímenes de lesa humanidad. En tercer lugar, al ser el genocidio una afrenta flagrante contra la existencia de delimitados grupos de personas debería, por ende, dar lugar a reparaciones colectivas. Finalmente, la barbaridad de este crimen debe ser considerada por lo que es y representa: los brutales actos represivos se dirigen no contra individuos en respuesta a las acciones u omisiones que ejercieron o dejaron de ejercer como tales, sino al grupo al que pertenecen. Así, pues, eso condena a una determinada población a ser blanco de un ataque criminal que ofende a la humanidad entera.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- Stanley, William, “International Tutelage and Domestic Political Will: Building a New Civilian Police Force in El Salvador”, en *Policing Change, Changing Police: International Perspectives*, Otwin Marenin [ed.], Garland Reference Library of Social Sciences, vol. 1025, Current Issues in Criminal Justice vol. 14, 1996, p. 38.
- Feierstein, Daniel, “National Security Doctrine in Latin America: The Genocide Question”, *The Oxford Handbook of Genocide*

*Studies*, Donald Bloxham and A. Dirk Moses [eds.], Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 492.

International Criminal Tribunal for Rwanda, Jean Paul Akayesu Judgment and Sentence, ICTR-96-4-T, 02-09-1998, paragraph 511.

Schabas, William A., "Groups Protected by the Genocide Convention: Conflicting Interpretations from the International Criminal Tribunals for Rwanda", 6 ILSA J. Int'l & Comp. L. 375, 1999-2000, p. 382.

The Commission on the Truth from El Salvador, *From Madness to Hope: The Twelve-Year War in El Salvador*, United Nations, 1993, p. 131.

# 12. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA: UN APORTE PARA EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS\*

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

## I. INTRODUCCIÓN

A nivel mundial existen más de 5 000 grupos distintos en unos 90 países que hablan aproximadamente 7 000 lenguas, según datos de la ONU en 2017.<sup>1</sup> Estos 5 000 grupos están constituidos por 370 millones de personas indígenas y tribales, es decir, más del 5% de la población mundial, encontrándose entre las poblaciones más desfavorecidas y vulnerables representando el 15% de los más pobres.<sup>2</sup>

\* Publicado en *Cuadernos Americanos* 164, México, UNAM, 2018/2, pp. 21-44. Ponencia presentada con motivo de la *Cátedra Extraordinaria Rigoberta Menchú Tum*, mesa “Balance y perspectivas: a 10 años de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” (Auditorio Mario de la Cueva, Torre II Humanidades, Ciudad Universitaria, UNAM, 3 de octubre de 2017).

<sup>1</sup> Información disponible en: <http://www.un.org/es/events/indigenousday/>

<sup>2</sup> *State of the World's indigenous peoples*, ONU, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División de Política Social y Desarrollo, Secretaría Permanente para las cuestiones indígenas, ST/ESA/328, Nueva York, 2009, p. 21.

En el caso de América Latina, el Banco Mundial estimó que según datos disponibles del último censo muestran que en 2010 existían alrededor de 42 millones de personas indígenas en América Latina, lo que representaba casi el 8% de la población total.<sup>3</sup> Por otro lado, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) estimó que para el 2010 la población indígena era de casi 45 millones y se habían contabilizado 826 pueblos indígenas, 200 de los cuales quizá vivan en aislamiento voluntario.<sup>4</sup> Según la CEPAL, los países con mayor cantidad de población indígena son México (15.1 millones de personas),<sup>5</sup> Perú (7 millones de personas),

<sup>3</sup> *Latinoamérica indígena en el siglo XXI*, Banco Mundial, Washington, D.C., 2015, p. 10.

<sup>4</sup> Respecto de la población en aislamiento voluntario, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresó que: “16. Es imposible saber cuántos pueblos o personas indígenas permanecen en aislamiento, pero algunos cálculos se refieren a unos 200 pueblos y aproximadamente 10.000 personas. Habitan en las zonas más remotas y de difícil acceso de Sudamérica, en la selva amazónica y la región del Gran Chaco. Entre los pueblos en aislamiento o contacto inicial identificados en la región se encuentran los Akuntsu, Awá-Guajá, Gavião, Hi Merimã, Janinawá, Japá, Jururei, Kaiapó, Kanoe, Katawixi, Korubo, Kulina, Masco, Mashco Piro, Makú, Nambikuara, Pano, Pirititi, Tupi Kawahiv, Waiãmpi, Zo’é, Zuruahã, en Brasil; los Abijira, Amahuaca, Arabela, Ashánika, Cacataibo, Caquinte, Curanjeño, Iñapari, Iscobaquebu (Remo), Isconahua, Iquito, Kapanahua, Kirineri, Korubo, Maraktoa, Marubo, Mashco Piro, Mastanahua, Matis, Matsés, Matsigenka, Mayoruna, Murunahua-Chitonahua, Nanti, Pananujuri, Pano, Sharanahua, Taushiro, Waorani, Yaminahua, Yine y Zápara en Perú; los Araona, Ayoreo (Ayoréode), Baure, Cavineño, Chacobo, Esse Eja, Guarasug’we, Machineri, More, Mosekene, M’bya Yuki, Pacahuara, Tapiete, Toromona, T’simanes (Chimanes), Sirionó, Uru Chipaya, Uru Iruito, Uru del Lago Poopo, Uru Murato, Yaminahua, Yora, Yuracaré y Yuqui (Yuki) en Bolivia; los Tagaeri, Taromenane y Waorani en Ecuador; grupos del pueblo Ayoreo y los Mby’á en Paraguay; los Hoti, Piaroa y Yanomami en Venezuela; los Nükak (Makú), y los Yuri, Arojes o Carabayos en Colombia, entre otros no identificados”. CIDH, *Pueblos Indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/13 30 diciembre 2013, párr. 16.

<sup>5</sup> En el caso mexicano, en el 2017 la Dirección General de Análisis Legislativo “Belisario Domínguez”, del Senado de la República, en el marco del Día Internacional de los Pueblos Indígenas, analizando información del Instituto Nacional

Bolivia (6.2 millones de personas), Guatemala (5.9 millones de personas), Chile (1.7 millones de personas), Colombia (1.6 millones de personas), Ecuador (1 millón de personas) y Brasil (900 000 personas); por otro lado, según el mismo organismo de la ONU, los países con el mayor número de pueblos indígenas son Brasil (305), Colombia (102), Perú (85), México (78) y Bolivia (39). Igualmente 70 pueblos indígenas en Brasil, 35 en Colombia y 13 en Bolivia se encuentran en peligro de desaparición física o cultural.<sup>6</sup>

En este contexto, en el presente trabajo me centraré a visibilizar algunos aspectos torales que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Tribunal Interamericano) ha desarrollado en su jurisprudencia sobre los pueblos indígenas y tribales como un grupo en situación de vulnerabilidad.<sup>7</sup> A través de esta protección

---

de Estadística y Geografía (INEGI) y de la Comisión Nacional para el Desarrollo Indígena (CDI) arrojó los siguientes datos: 1. México ocupa el octavo lugar en el mundo entre los países con la mayor cantidad de pueblos indígenas, 2. Es el segundo país de América, después de Perú, con el mayor volumen de población de origen étnico, la cual reside fundamentalmente en zonas rurales y de alta marginación. 3. El monto de la población indígena mexicana rebasa la cantidad de habitantes de países como Bolivia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, República Dominicana y Uruguay. 4. En 2015, a partir de la Encuesta Intercensal y el criterio de hogar indígena, la CDI estimó en 12 025 947 el monto de población indígena, que constituyó 10.1% de la población nacional. 5. 75% de las y los indígenas se concentraban en 8 entidades federativas: Oaxaca (24.4%), Chiapas (14.2%), Veracruz (9.2%), Estado de México (9.1%), Puebla (9.1%), Yucatán (8.8%), Guerrero (5.7%) e Hidalgo (5.0%). *Cfr. Al día las cifras hablan, Día Internacional de los Pueblos Indígenas*, núm. 71, Dirección General de Análisis Legislativo “Belisario Domínguez”, del Senado de la República.

<sup>6</sup> *Los Pueblos Indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*, Santiago de Chile, CEPAL-ONU, 2014, pp. 43-45.

<sup>7</sup> La Corte IDH ha externado que: “102. La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades

especial los pueblos indígenas y tribales han tenido una importante presencia en la jurisprudencia del Tribunal Interamericano. A la fecha, la Corte IDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse en materia indígena y tribal sobre diferentes temáticas, entre las que destacan ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, masacres, desplazamiento forzado interno, violación sexual como forma de tortura en los casos de mujeres indígenas, participación política, personalidad jurídica, discriminación de *facto* hacia las poblaciones indígenas, condiciones de vida digna, uso del idioma y los derechos vinculados con la propiedad territorial indígena y tribal colectiva. En este último se derivan obligaciones concretas de gran relevancia, como la obligación de consulta y la obligación de delimitación, demarcación, titulación y saneamiento.

Antes de abordar las temáticas descritas, es necesario enmarcar el *corpus iuris* en el cual se ha basado la Corte IDH en materia indígena y tribal. Además de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ha considerado principalmente: el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989, los Pactos Internacionales de la ONU sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Derechos Civiles y Políticos de 1966, las Observaciones y Recomendaciones Generales de Comités de Naciones Unidas,<sup>8</sup> la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos<sup>9</sup> y la jurisprudencia de la Comisión Africana de Derechos

---

de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”. *Caso Ximenes Lopes vs Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C núm. 149, párr. 102.*

<sup>8</sup> Véase, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación General núm. 23 relativa a los derechos de los pueblos indígenas*, 22 de agosto de 1997 o Comité de los Derechos del Niño, *Observación General núm. 11: los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención de los Derechos del Niño*, CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009.

<sup>9</sup> Véase al respecto: *Apirana Mahuika y otros vs New Zealand*, Comunicación núm. 547/1993, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000).

Humanos.<sup>10</sup> Es en este escenario de un vasto *corpus iuris*, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 2017 cumplió 10 años de ser aprobada en el seno de la ONU; por otro lado, de manera más reciente, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016, constituye otro pilar fundamental que seguramente será motivo de desarrollos importantes en la jurisprudencia interamericana. También conviene destacar que la Corte IDH ha utilizado los pronunciamientos de Altos Tribunales latinoamericanos para ir ampliando su jurisprudencia, ya que por la vía interpretativa han tenido avances muy importantes las jurisdicciones nacionales en la materia.<sup>11</sup>

A grandes rasgos, la jurisprudencia indígena se puede dividir en dos grandes bloques. Por una parte, los temas que no se encuentran vinculados con la propiedad colectiva indígena y, por otra, los relacionados propiamente con los territorios indígenas. Antes de abordar estos dos apartados, nos referiremos brevemente a las Declaraciones Universal y Americana sobre la materia como instrumentos fundamentales en el derecho internacional.

## II. LA DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A 10 AÑOS DE SU ADOPCIÓN: SU INFLUENCIA SOBRE LA DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Un dato característico del derecho internacional de los derechos humanos ha sido que este ha propugnado por dar una mayor y mejor especificidad a ciertos grupos que han sido históricamente discriminados. De esta manera encontramos que se han aprobado

<sup>10</sup> Véase al respecto: *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) / Kenya*, Comunicación 276/03.

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C núm. 245, párr. 164.

instrumentos internacionales relativos a los derechos de las mujeres, de las personas migrantes, de las personas con discapacidad, entre otros. Un gran antecedente de lo que sería la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante “DNUDPI”) fue el trabajo realizado con la Organización Internacional del Trabajo en la elaboración del Convenio núm. 107 (1957) y con posterioridad el Convenio No. 169 (1989).

En el marco de Naciones Unidas, en 1982 se creó el primer mecanismo para atender las cuestiones relativas a los derechos de los pueblos indígenas.<sup>12</sup> Este mismo mecanismo fue el que se encargó de redactar un primer proyecto de Declaración sobre los derechos de los pueblos Indígenas.<sup>13</sup> El proyecto fue aprobado en 1994 y fue sometido a la Comisión de Derechos Humanos.<sup>14</sup> El Consejo de Derechos Humanos lo aprobó en su primer período de sesiones, celebrado en junio de 2006, con 30 votos a favor, 2 en contra y 12 abstenciones.<sup>15</sup>

La aprobación de la Declaración significó la finalización, por más de dos décadas, de negociaciones entre Estados, pueblos indígenas y organizaciones de la sociedad civil. La Declaración es el instrumento internacional en el seno de Naciones Unidas más amplio en lo tocante a los derechos de los pueblos indígenas.<sup>16</sup> Este

<sup>12</sup> Información disponible en: Resolución aprobada por la Asamblea General 49/214, *Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas en el Mundo*, A/RES/49/214, 17 de febrero de 1995, p. 2.

<sup>13</sup> Comisión de Derechos Humanos, Discriminación contra los Pueblos Indígenas, *Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, E/CN.4/Sub.2/1993/26, 8 de junio de 1993.

<sup>14</sup> Resolución aprobada por la Asamblea General 49/214, *Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas en el Mundo*, A/RES/49/214, 17 de febrero de 1995, párr. 5 y Resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos.

<sup>15</sup> Resolución 2006/2 del Consejo de Derechos Humanos.

<sup>16</sup> Cfr. *La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Suiza, 2013, p. 6.

instrumento ocupa una posición especial dentro del sistema de la ONU. Esto se debe, en gran parte, al modo en que fue negociada, con sus principales beneficiarios, los pueblos indígenas, directamente implicados en cada etapa del proceso de establecimiento de normas.<sup>17</sup>

Ahora bien, debe destacarse la influencia de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 en la más reciente Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, al representar aquella un importante punto de partida para el reconocimiento de los derechos indígenas en este instrumento.<sup>18</sup> Ambas Declaraciones comparten algunos rasgos similares como el derecho a la libre determinación,<sup>19</sup> la plena vigencia de todos los derechos humanos,<sup>20</sup> el reconocimiento de los pueblos indígenas en tanto individuos pero también como sujetos colectivos,<sup>21</sup> el derecho a pertenecer a un pueblo indígena,<sup>22</sup>

<sup>17</sup> Sambo, Dorough, Dalee, *La significación de la Declaración de los* Transaction Publisher, *Derechos de los Pueblos Indígenas su futura aplicación*, p 285 en Charters, Claire y Stavenhagen, Rodolfo (ed.), *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*, Copenhague, 2010.

<sup>18</sup> Cfr. OEA, *Cuadro comparativo entre el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, OEA/Ser.K/XVGTADIN/doc.317/07rev.1, 14 de marzo de 2008. Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN\\_doc\\_317-07\\_rev1\\_esp.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN_doc_317-07_rev1_esp.pdf)

<sup>19</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, art. III y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas art. 3.

<sup>20</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, art. V y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas art. 1.

<sup>21</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, art. VI y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas art. 1.

<sup>22</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, art. VIII y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas art. 9.

el rechazo a la asimilación,<sup>23</sup> la protección contra el genocidio<sup>24</sup> o el derecho a la consulta,<sup>25</sup> entre otros. Sin embargo, la Declaración Americana contempló algunas cuestiones que no se recogieron en la Declaración de la ONU como el hecho de que se reconoce de manera expresa la auto identificación en tanto pueblos indígenas,<sup>26</sup> el derecho a la identidad cultural o a la integridad cultural<sup>27</sup> o el derecho a un medio ambiente sano y su relación con las comunidades indígenas.<sup>28</sup> Así, en la Declaración Americana se recogen importantes aspiraciones para la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas y tribales de nuestra región en conjunción con la Declaración Universal.

Como se había mencionado, la Corte IDH hace uso de diferentes fuentes de derecho internacional; en este marco es donde la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ha sido utilizada para fundamentar sus decisiones. Por ejemplo, en el caso *Kuna de Mandungandi y Emberá de Bayano vs Panamá*, el Tribunal Interamericano recordó “que los Estados asegurarán el reconocimiento y la protección jurídica de las tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas”.<sup>29</sup>

En el caso *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz vs Honduras*, la Corte IDH consideró que la Declaración de las Naciones Unidas

<sup>23</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, art. X y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas art. 8.

<sup>24</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, art. XI y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas art. 7.

<sup>25</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, arts. 23.2, 28.3 y 29.4 y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas arts. 16, 17, 19, 30, 32, 36 y 38.

<sup>26</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, art. I.

<sup>27</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas art. XIII.

<sup>28</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, art. XIX.

<sup>29</sup> *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 118.

sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas indica en su artículo 25 que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras”.<sup>30</sup>

En el mismo sentido, en el caso de la *Comunidad Garífuna de Punta Piedra vs Honduras* la Corte IDH externó a la luz del artículo 26 de dicha Declaración “el derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido”, así como el derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar esas tierras, por lo que los Estados deben asegurar el reconocimiento y protección jurídicos de esos territorios respetando las costumbres, tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígena”.<sup>31</sup>

Finalmente en el caso *Kaliña y Lokono vs Surinam*, el Tribunal Interamericano expresó —en relación a los derecho políticos— que el artículo 18 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas establece “el derecho [de los pueblos indígenas] a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes”; y el artículo 32, en lo pertinente, dispone el deber de los Estados de “celebrar consultas y cooperación de buena fe [...] antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras [...], particularmente en relación con [la utilización o la explotación de recursos minerales]”.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305, párr. 136.

<sup>31</sup> *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304, párr. 174.

<sup>32</sup> *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 202.

Como podemos observar, la Declaración de Naciones Unidas en la materia, ha ayudado a ir consolidando una mayor protección para las comunidades que tienen un especial vínculo ancestral con sus territorios. Sin lugar a dudas la llegada de la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas en nuestro sistema de protección de derechos humanos, robustecerá todavía más esta protección internacional. Debe precisarse que la Corte IDH ha utilizado esta Declaración en la reciente Opinión Consultiva núm. 23 (2017) sobre *Medio Ambiente y Derechos Humanos* para precisar el reconocimiento expreso de derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo en el art. 19 de esa Declaración.<sup>33</sup>

### III. TEMAS NO VINCULADOS CON LA PROPIEDAD COLECTIVA INDÍGENA

#### 1. *Ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas*<sup>34</sup>

En los casos de las comunidades indígenas y tribales, la Corte IDH ha utilizado su jurisprudencia constante relativa a las obligaciones de respeto al derecho a la vida (en el caso de ejecuciones extrajudiciales) y de prohibición de desaparición forzada (violación del

<sup>33</sup> *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal -interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párr. 58.

<sup>34</sup> *Casos de Ejecuciones extrajudiciales: Caso Aloeboetoe y otros vs Surinam, Masacre Plan de Sánchez vs Guatemala, Moiwana vs Surinam, Caso Escué Zapata vs Colombia, Masacre de Rio Negro vs Guatemala, Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs Guatemala. Casos de Desaparición Forzada: Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala, Caso Caso Tiu Tojín vs Guatemala, Chitay Nech y otros vs Guatemala, Masacre de Rio Negro vs Guatemala y Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs Guatemala.*

derecho a la personalidad jurídica, a la vida, integridad personal, a la personalidad jurídica, garantías judiciales y acceso a la justicia). Lo característico en estos casos han sido *los efectos indirectos que tienen estas violaciones de derechos humanos en las familias o en las comunidades*. Así encontramos, por ejemplo, la imposibilidad de que se les de a las víctimas de desaparición forzada sepultura de acuerdo a las costumbres o bien que las comunidades se vean impedidas de honrar a sus muertos, los efectos amedrentadores por la ejecución o desaparición de líderes indígenas o el desplazamiento forzado, como analizaremos a continuación.

#### Efectos relativos a la imposibilidad de dar sepultura de acuerdo a sus costumbres

Si bien la desaparición forzada y las ejecuciones extrajudiciales son violaciones graves de derechos humanos en el derecho internacional, y ha empezado a surgir un derecho “a conocer la verdad” de lo ocurrido, en el caso de las comunidades indígenas este derecho tiene especial significación y relevancia dado los aspectos culturales que rodean los ritos de sepultura de los miembros de las comunidades. Los primeros acercamientos de esta cuestión los encontramos en los casos *Bámaca Velásquez* (desaparición forzada) y *Masacre Plan de Sánchez* (ejecución extrajudicial sumaria). En el caso *Bámaca Velásquez* —como medida de reparación— la Corte IDH consideró en cuanto a la violación del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que el Estado debía localizar y hacer entrega de los restos mortales de Efraín Bámaca Velásquez a sus familiares, *a fin de que reciba sepultura según sus costumbres y creencias religiosas*.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> *Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 79.

En el caso *Masacre Plan de Sánchez*, la Corte IDH externó que la comunidad Plan de Sánchez solo había podido realizar el entierro de algunos de sus familiares conforme a las ceremonias mayas, a sus creencias y la religiosidad a partir del año 1994.<sup>36</sup> En este caso, la Corte IDH tomó en consideración la aceptación de responsabilidad del Estado Guatemalteco en relación a las violaciones relativas a la libertad religiosa (art. 12 de la CADH), por lo que no hizo consideraciones adicionales sobre este punto.<sup>37</sup>

Con posterioridad en el caso *Moiwana vs Suriname* —relacionado con ejecuciones extrajudiciales— la Corte IDH expresó, en relación a la violación del artículo 5 del Pacto de San José de los familiares de las víctimas, que “[era] extremadamente importante tener la posesión de los restos mortales del fallecido, ya que el cadáver debe ser tratado en una forma particular durante las ceremonias mortuorias N’djuka y ser colocado en el lugar adecuado de entierro del grupo familiar. Sólo quienes han sido considerados indignos no reciben un entierro honorable”;<sup>38</sup> de lo contrario

[s]i no se realizan los diferentes rituales mortuorios de conformidad con la tradición N’djuka, esto se considera una transgresión moral profunda, lo cual no sólo provoca el enojo del espíritu de la persona que murió, sino también puede ofender a otros ancestros [...]. Esto tiene como consecuencia una serie de “enfermedades de origen espiritual” que se manifiestan como enfermedades físicas reales y pueden afectar a toda la descendencia [...]. Los N’djuka consideran que tales

<sup>36</sup> *Caso Masacre Plan de Sánchez vs Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105, párr. 42.30.

<sup>37</sup> *Caso Masacre Plan de Sánchez vs Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105, párr. 36. 4.: “Reconoc[ió] su responsabilidad internacional por la violación del artículo 12.2, 12.3, 13.2 literal (a) y 13.5 por no garantizar la libertad de manifestar las creencias religiosas, espirituales y culturales de los familiares de las [...] víctimas y miembros de la comunidad”.

<sup>38</sup> *Caso de la Comunidad Moiwana vs Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 98.

enfermedades no se curan espontáneamente, sino deben resolverse a través de medios culturales y ceremoniales; si esto no es así, las condiciones persistirían a través de generaciones.<sup>39</sup>

En el caso de las masacres de *Río Negro vs Guatemala* (caso relacionado con ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de los miembros de la comunidad maya) la Corte IDH analizando directamente la violación del art. 12 de la Convención Americana en relación al “*derecho a enterrar a los muertos*”, consideró que:

155. La Convención Americana no contempla explícitamente el derecho de “enterrar a los muertos”. La Corte Interamericana ha abordado este tema no como un derecho sustantivo, sino en el marco de las reparaciones en casos de desapariciones forzadas, principalmente, como consecuencia de la vulneración de algún otro derecho que sí esté previsto en la Convención. Así, por ejemplo, el Tribunal ha ordenado que, de encontrarse los restos de una persona desaparecida, éstos sean entregados a sus familiares y que el Estado cubra los gastos funerales o de sepultura.<sup>40</sup>

Particularmente en este caso, la Corte IDH declaró la violación del artículo 5 en relación al artículo 12 del Pacto de San José, al estimar que los miembros de la comunidad de Río Negro no podían realizar sus rituales fúnebres por el hecho de que el Estado no había localizado ni identificado a la mayor parte de los restos de personas ejecutadas durante las masacres, ya que 17 personas se encontraban desaparecidas forzosamente. Además, el Tribunal Interamericano constató que los miembros de la comunidad tampoco podían realizar cualquier otro tipo de rituales pues los sitios

<sup>39</sup> *Caso de la Comunidad Moiwana vs Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 99.

<sup>40</sup> *Caso Masacres de Río Negro vs Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párr. 155.

sagrados a los cuales solían acudir se encontraban inundados a raíz de la construcción de la hidroeléctrica de Chixoy.<sup>41</sup> En cambio, en el *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*, la Corte IDH no hizo un pronunciamiento autónomo y declaró la no violación del artículo 12 de la CADH frente a las alegaciones que habían realizado las víctimas, con el argumento de que al haber sido desplazadas de sus territorios no habían podido practicar su cultura.<sup>42</sup>

### Efectos en las comunidades de las ejecuciones y desapariciones forzadas de líderes indígenas

En casos como *Chitay Nech y otros y Escué Zapata*, la ejecución o desaparición forzada de líderes indígenas ha tenido un impacto amedrentador en las comunidades indígenas en relación directa a la participación política. En efecto, en el primero, la Corte IDH externó que

el patrón de hostigamiento contra la población considerada como “enemigo interno” [...], en su mayoría mayas, tuvo como objetivo la vulneración no sólo de sus bases sociales no también de sus líderes, representantes sociales y políticos. El móvil dentro del cual se presenta la desaparición forzada de Florencio Chitay, así como de otros miembros que ejercían cargos públicos, demuestra la clara intención del Estado de desarticular toda forma de representación política que atentara a su política de “Doctrina de Seguridad Nacional”.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> *Caso Masacres de Río Negro vs Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párr. 160.

<sup>42</sup> *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328, párr. 204.

<sup>43</sup> *Caso Chitay Nech y otros vs Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 108.

En este sentido, agregó la Corte IDH que “el hostigamiento y la posterior desaparición forzada de Florencio Chitay, no sólo había truncado el ejercicio de su derecho político dentro del periodo comprendido en su cargo, sino que también se le impidió cumplir con un mandato y vocación dentro del proceso de formación de líderes comunitarios. Asimismo, la comunidad se vio privada de la representación de uno de sus líderes en diversos ámbitos de su estructura social, y principalmente en el acceso al ejercicio pleno de la participación directa de un líder indígena en las estructuras del Estado, donde la representación de grupos en situaciones de desigualdad resulta ser un prerrequisito necesario para la realización de aspectos fundamentales como la inclusión, la auto determinación y el desarrollo de las comunidades indígenas dentro de un Estado plural y democrático”,<sup>44</sup> lo que también se traducía en la violación de derechos de participación política.<sup>45</sup>

En el caso *Escué Zapata*, pese a que no determinó una violación al artículo 23 de la Convención Americana, la Corte IDH reconoció que “la pérdida de un líder para el Pueblo Paez significó una “desmembración y daño a la integridad de la colectividad; frustración ante la enorme confianza depositada en él para ayudarlos a realizar el buen vivir y, sentimientos de pérdida ante los esfuerzos colectivos realizados para que, apoyado por su [C]omunidad, pudiera actuar en desarrollo de su misión como persona especial”.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> *Caso Chitay Nech y otros vs Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 113.

<sup>45</sup> *Cfr. Caso Chitay Nech y otros vs Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párrs. 104-117 y 121.

<sup>46</sup> *Caso Escué Zapata vs Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párr. 124.

## Desplazamiento forzado

La irrupción de forma violenta por parte de las fuerzas armadas en las comunidades indígenas produce en ocasiones el desplazamiento de comunidades enteras fuera de sus territorio ancestral, lo que provoca el desplazamiento forzado a la luz del artículo 22 del Pacto de San José. Este particular hecho tiene importantes repercusiones en la cosmovisión de las comunidades indígenas y tribales. Lo anterior debido a que al salir de forma inesperada de sus comunidades y la falta de condiciones de retorno seguras, no pueden darle sepultura a las personas que son ejecutadas en su territorio mediante sus costumbres; además, constituye una ruptura con el territorio ancestral lo que implica que sus valores y costumbres, que se transmiten de generación en generación, no se perpetúen.

En relación al primer punto —imposibilidad de retorno seguro por irrupciones violentas que han causado muertes— en el caso *Moiwana* la Corte IDH externó que la libertad de circulación y de residencia de los miembros de la comunidad se encuentra limitada por una restricción *de facto* muy precisa, que se origina en el miedo fundado descrito anteriormente, que los aleja de su territorio ancestral.<sup>47</sup> Además, agregó que el Estado no había establecido las condiciones ni provisto los medios que permitirían a los miembros de la comunidad regresar voluntariamente, en forma segura y con dignidad, a sus tierras tradicionales, con respecto a las cuales tienen una dependencia y apego especiales —dado que objetivamente no hay ninguna garantía de que serán respetados sus derechos humanos, particularmente los derechos a la vida e integridad personal—. Al no establecer tales elementos incluyendo, sobre todo, una investigación penal efectiva para poner fin a la impunidad reinante por el ataque de 1986, Surinam no ha garantizado a los

<sup>47</sup> *Caso de la Comunidad Moiwana vs Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C, No. 124, párr. 119.

miembros de la comunidad su derecho de circulación y residencia. Asimismo, el Estado ha privado efectivamente a los miembros de la comunidad que todavía se encuentran exiliados en la Guyana Francesa de sus derechos a ingresar a su país y permanecer en él.<sup>48</sup>

En relación al hecho de la imposibilidad de retorno seguro y dar sepultura digna a la personas ejecutadas de la comunidad, la Corte IDH en las reparaciones externó que:

100. *Por esta razón, una de las principales fuentes de sufrimiento para los miembros de la comunidad es que ignoran lo que aconteció con los restos de su seres queridos y, como resultado, no pueden honrarlos y enterrarlos según los principios fundamentales de la cultura N'djuka. Además, la Corte observa que los miembros de la comunidad se han visto afectados emocionalmente por la información de que algunos cadáveres fueron incinerados en una funeraria de Moengo. Tal como lo declaró el señor Willemdam, “esa es una de las peores cosas que nos podría ocurrir, quemar el cuerpo de alguien que murió”<sup>49</sup> [resaltado fuera de texto].*

En relación al segundo punto —la separación del territorio por el desplazamiento forzado derivado de una desaparición forzada y el rompimiento de los valores culturales que se transmiten de generación en generación, en especial a las niñas y los niños de comunidades indígenas—, el caso *Chitay Nech* constató que los familiares de la víctima habían tenido que huir de su comunidad para proteger sus vidas ante las graves amenazas y constantes persecuciones que sufrieron.<sup>50</sup> En este sentido, el desplazamiento forzado afectó de forma particularmente grave a los miembros de la familia Chitay

<sup>48</sup> *Caso de la Comunidad Moiwana vs Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C, No. 124, párr. 120.

<sup>49</sup> *Caso de la Comunidad Moiwana vs Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C, No. 124, párr. 100.

<sup>50</sup> *Caso Chitay Nech y otros vs Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia del 25 de mayo de 2010. Serie C, No. 212, párr. 143.

Rodríguez por su condición de indígenas mayas, pues el abandono de la comunidad no sólo ha sido material para las familias que tuvieron que huir, sino que también significó una gran pérdida cultural y espiritual.<sup>51</sup> Así, el desplazamiento de los familiares de Florencio Chitay fuera de su comunidad provocó una ruptura con su identidad cultural, afectando su vínculo con sus familiares, su idioma y su pasado ancestral.<sup>52</sup>

El Tribunal Interamericano determinó que si bien no constaba que Guatemala haya restringido de manera formal la libertad de circulación y de residencia de los miembros del núcleo familiar de Florencio Chitay, la Corte IDH estimó que en este caso la libertad se encontraba limitada por una grave restricción de facto por las amenazas u hostigamientos que había provocado su partida.<sup>53</sup> En este caso, se constató que el desplazamiento forzado había tenido un impacto significativo en las niñas y niños, pues se vieron privados de su vida cultural. La Corte IDH consideró que:

169. [...]Adicionalmente, teniendo en cuenta que el desarrollo del niño es un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social la Corte estima que para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> *Caso Chitay Nech y otros vs Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 145.

<sup>52</sup> *Caso Chitay Nech y otros vs Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 146.

<sup>53</sup> *Caso Chitay Nech y otros vs Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 150.

<sup>54</sup> *Caso Chitay Nech y otros vs Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 169.

En suma, las violaciones como la desaparición forzada y las ejecuciones extrajudiciales no sólo tienen un impacto directo en relación a las personas que sufren estas violaciones; por el contrario, en el contexto de comunidades indígenas y tribales el impacto repercute en aspectos culturales que forman parte de la intimidad de las familias y de las comunidades y que inclusive se proyectan más allá de la vida “terrenal” pues la imposibilidad de acceder o retonar a sus territorios de forma segura las somete a una especie de “muerte espiritual” conforme a sus creencias.

## 2. *Uso del idioma*

En el caso *López Álvarez*, la Corte IDH, bajo la óptica de los artículos 13 y 24 de la CADH, consideró que la prohibición del Director del Centro Penal de Tela a la población garífuna hablar en su lengua materna constituía una medida injustificada que lesionaba la individualidad de los detenidos y no obedecía a condiciones de seguridad o tratamiento. Así se consideró que la prohibición adquiría una especial gravedad, ya que el idioma materno representaba un elemento de identidad del señor Alfredo López Álvarez como garífuna, de modo que la prohibición afectó su dignidad personal como miembro de dicha comunidad.<sup>55</sup>

Siguiendo con su análisis la Corte IDH estimó que

los Estados deben tomar en consideración los datos que diferenciaban a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquellos. La lengua es uno de los

<sup>55</sup> *Caso López Álvarez vs Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 169.

más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantizar la expresión, difusión y transmisión de su cultura.<sup>56</sup>

### *3. Violaciones sexuales a mujeres indígenas*

La Corte IDH ha considerado que “[e]n particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima”<sup>57</sup> y que constituye una forma de tortura.<sup>58</sup> En este sentido cabe destacar también los efectos que acarrearán las violaciones sexuales tanto a nivel de la víctima que las sufre como al interior de las comunidades. Y es que en muchas ocasiones las víctimas de violaciones sexuales son señaladas dentro de sus comunidades, lo que las obliga a abandonar las mismas; por lo que, en general, las consecuencias de violaciones de derechos humanos son desproporcionadamente mayores en el caso de las mujeres indígenas por confluir de forma interseccionada dos circunstancias, ser mujer y ser indígena.<sup>59</sup>

Cabe destacar en este rubro, la especial diligencia que deben tener las autoridades cuando se trata de violaciones que impactan directamente a los derechos de las mujeres indígenas. En este sentido, por ejemplo, en el caso de Inés Fernández Ortega, la Corte IDH constató que la víctima no había contado inicialmente con un

<sup>56</sup> *Caso López Álvarez vs Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 171.

<sup>57</sup> *Caso Fernández Ortega y otros vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 119.

<sup>58</sup> *Caso Fernández Ortega y otros vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 131 y *Caso Rosendo Cantú y otra vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 121.

<sup>59</sup> *Caso Rosendo Cantú y otra vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 206.

intérprete que le tomara su denuncia en su lengua materna<sup>60</sup> o que no existiera personal médico femenino para realizar un examen ginecológico en los Ministerios Públicos.<sup>61</sup>

### Participación política

El caso *Yatama vs Nicaragua* constituye el más representativo de la participación política de los miembros de pueblos indígenas en el Sistema Interamericano. En este caso, Corte IDH reconoció el derecho de los pueblos indígenas para participar, de manera directa y proporcional a su población, en la dirección de los asuntos públicos del país, sin necesidad de afiliarse a un partido y desde sus propias instituciones, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que éstos sean compatibles con los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana.

En este sentido, externó que el Estado debía de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas

puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización,

<sup>60</sup> *Caso Fernández Ortega y otros vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 197 y ss.

<sup>61</sup> *Caso Fernández Ortega y otros vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 18 . El Estado aceptó su responsabilidad internacional en cuanto a este punto.

siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención.<sup>62</sup>

En un caso más reciente, la Corte IDH ha vinculado el derecho de participación política a los procesos de consulta.<sup>63</sup>

#### IV. TEMAS RELACIONADOS CON LOS TERRITORIOS INDÍGENAS

##### *1. Obligaciones de delimitar, demarcar, titular y sanear el territorio ancestral*

La primera ocasión en la que la Corte IDH se enfrentó a la necesidad de interpretar evolutivamente una disposición del Pacto de San José fue en el caso *Mayagna Sumo Awas Tigni*, específicamente por lo que se refiere al “derecho a la propiedad privada” previsto en el artículo 21 de la Convención Americana. En este caso la Corte IDH consideró que era necesario hacer algunas precisiones respecto del concepto de “propiedad” en las comunidades indígenas, ya que entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia a ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la

<sup>62</sup> *Caso Yatama vs Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 225.

<sup>63</sup> *Cfr. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párrs. 196 y 203.

relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.<sup>64</sup>

La Corte IDH en los casos *Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xákmok Kásek* que cuando las tierras han sido ocupadas por terceros y las comunidades carecen de un título de propiedad comunal sobre sus territorios ancestrales, los Estados están obligados a brindar dicho título de propiedad mediante procesos judiciales de delimitación, demarcación y titulación de las tierras.<sup>65</sup>

Por otro lado, en el caso *Garífuna Punta Piedras*, la Corte IDH agregó una nueva obligación a las tres anteriores: *el saneamiento*. En el caso, el Estado hondureño ya había demarcado, delimitado y titulado los territorios ancestrales garífunas; sin embargo, es muy importante hacer notar que dicho territorio había sido invadido por terceros sin título de propiedad, por lo que la obligación del Estado giraba en torno a “remover cualquier tipo de interferencia sobre el territorio en cuestión”,<sup>66</sup> como garantía del uso y goce de la propiedad. Recientemente la Corte IDH reiteró la existencia de esta obligación en el caso del *Pueblo Indígena Xucurú vs Brasil* y fue de la opinión que

<sup>64</sup> *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr.149.

<sup>65</sup> Véase entre otros: *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125 y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

<sup>66</sup> *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304, párr. 181.

el saneamiento no sólo implica el desalojo de terceros de buena fe o de personas que ocupen ilegalmente los territorios demarcados y titulados, sino garantizar su posesión pacífica y que los bienes titulados carezcan de vicios ocultos, esto es, libre de obligaciones o gravámenes en beneficio de terceras personas. Si lo anterior no se verifica, para la Corte es claro que el derecho de propiedad colectiva no ha sido garantizado por completo. Así, la Corte estima que los procesos administrativos de delimitación, demarcación, titulación y saneamiento de territorios indígenas son mecanismos que garantizan seguridad jurídica y protección a este derecho.<sup>67</sup>

## 2. *Obligación de consulta*

En la sentencia del *Pueblo Saramaka vs Surinam* la Corte IDH se pronunció, por primera vez, sobre el derecho de consulta de los pueblos indígenas y tribales, enmarcándolo dentro del derecho a la propiedad, consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana y haciendo una interpretación evolutiva del mismo. En dicho caso, la Corte IDH consideró que Surinam estaba obligado a realizar la consulta, aun cuando éste no hubiera ratificado el Convenio 169 de la OIT, puesto que consideró que la obligación surgía tanto de la Convención Americana como de otros instrumentos internacionales ratificados por el Estado, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>68</sup>

<sup>67</sup> *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346, párr. 124.

<sup>68</sup> *Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 93 y 94.

Posteriormente, en la sentencia del *Caso Kichea de Sarayaku vs Ecuador*, la Corte IDH delimitó con mayor claridad los elementos de una consulta:

1. La obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no puede delegarse en una empresa privada o en terceros, “mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta”.
2. Involucramiento en todas las fases de planeación y desarrollo del proyecto —y no sólo cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad— que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta un pueblo indígena o tribal u otros derechos esenciales para su supervivencia.<sup>69</sup>
3. No debe haber coerción contra el pueblo por parte del Estado o de agentes o terceros que actúen con su autorización o aquiescencia, es decir, no debe haber intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas.
4. La consulta no es un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”, “de buena fe”, donde debe haber “confianza mutua” y “con miras a alcanzar un consenso entre las mismas”.
5. Los procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta.
6. El Estado tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, con las comunidades, según sus cos-

<sup>69</sup> Cabe destacar que de manera más reciente, en el caso *Kaliña y Lokono vs Surinam*, la Corte IDH externó que la consulta previa se actualiza en las distintas etapas del proyecto (exploración, explotación o extracción). *Cfr. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párrs. 206 y 207.

tumbres, tradiciones y métodos tradicionales de toma de decisiones.

7. El Estado debe supervisar los estudios de impacto ambiental, a la luz de su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de concesiones.
8. Los pueblos deben tener conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto.
9. Cuando se trate de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas.
10. Es deber del Estado —y no de los pueblos indígenas— de mostrar efectivamente, en el caso concreto, que todas las dimensiones del derecho a la consulta previa fueron efectivamente garantizadas.<sup>70</sup>

Como se puede advertir, en el ámbito internacional de los derechos humanos, el derecho a la consulta ha sido ampliamente desarrollado por la Corte IDH, lo cual incluso se ha considerado por la Corte IDH como un *principio del derecho internacional*.<sup>71</sup>

<sup>70</sup> Quintana Osuna, Karla y Góngora Maas, Juan Jesús, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en los sistemas de derechos humanos*. Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia, núm. 6, IJ- UNAM- CNDH, México, 2017, pp. 26-28.

<sup>71</sup> *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 164.

### 3. Discriminación

Si bien en la mayoría de los casos tienen un componente de discriminación hacia la población indígena y tribal, existen algunos pronunciamientos puntuales en los cuales la Corte IDH ha externado consideraciones adicionales en relación a este aspecto. En el caso de la *Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, la Corte IDH consideró que el Estado había sometido a sus miembros a discriminación *de facto*,<sup>72</sup> los había marginalizado en el goce de sus derechos y, además, no había adoptado las medidas positivas necesarias para revertir tal exclusión. En este sentido, la Corte IDH externó que

la situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la comunidad se debe, *inter alia*, a la falta de recursos adecuados y efectivos *que en los hechos* proteja los derechos de los indígenas y no sólo de manera formal; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a los miembros de la Comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación; y a la prevalencia de una visión de propiedad que otorga mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas, desconociéndose, con ello, su identidad cultural y amenazando su subsistencia física.<sup>73</sup>

### 4. Reconocimiento de la personalidad jurídica

El derecho a la personalidad jurídica en el caso de las comunidades indígenas y tribales se puede analizar desde dos vertientes: *a)* por la falta de actas de nacimiento y defunción de miembros de comunidades indígenas, y *b)* por el reconocimiento de los “pueblos

<sup>72</sup> *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 274.

<sup>73</sup> *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 273.

indígenas y tribales” como sujetos diferenciados de sus miembros. En el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya* se abordó el derecho de la personalidad jurídica en relación a 18 miembros que habían fallecido como consecuencia del incumplimiento por parte del Estado de su deber de prevención respecto a su derecho a la vida, pues no habían contado con registros de su nacimiento o defunción, ni con algún otro documento proveído por el Estado capaz de demostrar su existencia e identidad.<sup>74</sup> En similar sentido, en el caso *Xákmok Kásek*<sup>75</sup> el Tribunal Interamericano encontró que algunos miembros de la comunidad Xákmok Kásek no contaban con actas de nacimiento, documentos de identidad, y que no se habían emitido las actas de defunción correspondientes.

En el caso del *Saramaka vs Surinam*,<sup>76</sup> el análisis fue distinto al presentado en los casos *Sawhoyamaya* y *Xákmok Kásek*, pues la Corte IDH reconoció el derecho a la personalidad jurídica del pueblo Saramaka como un conjunto de personas —más allá de la personalidad jurídica de sus miembros y la protección judicial de sus derechos individuales de propiedad— dándoles un reconocimiento que les permitiese elegir a sus propios representantes, sobre quienes recaería la responsabilidad de las decisiones que afectarían a la comunidad en su conjunto.<sup>77</sup>

Adicionalmente, la Corte IDH expresó que el pueblo *Saramaka* era entidad tribal distintiva que se encontraba en una situación de vulnerabilidad, tanto respecto del Estado así como de terceras partes privadas, en tanto que carecían de capacidad jurídica

<sup>74</sup> Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 191, 192 y 193.

<sup>75</sup> *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

<sup>76</sup> Cfr. *Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

<sup>77</sup> Cfr. *Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 169.

para gozar, colectivamente, del derecho a la propiedad y para reclamar la presunta violación de dicho derecho ante los tribunales internos. La Corte IDH consideró que el Estado debía reconocer a los integrantes del pueblo *Saramaka* dicha capacidad para ejercer plenamente estos derechos de manera colectiva.<sup>78</sup> Criterio que se consolidó tanto en el caso *Kaliña y Lokono vs Surinam* como en la Opinión Consultiva No. 22,<sup>79</sup> en donde se reconocen como sujetos diferenciados a la comunidad (como sujeto colectivo) de la de sus miembros (sujetos individuales).

### 5. Vida digna

En los casos Paraguayos (*Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok Kásek*), la Corte IDH, derivado de la situación de exclusión en la que se encontraban comunidades (al borde de carreteras y caminos) la Corte IDH analizó las condiciones en las cuales se encontraban viviendo (aspectos como salud, alimentación, educación, agua, etc.). La Corte IDH declaró una violación al derecho a la vida (en su vertiente de garantía) por la falta de condiciones para desarrollar una “vida digna”.<sup>80</sup> Debe precisarse que si bien se han visto involucra-

<sup>78</sup> *Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 174.

<sup>79</sup> *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 114 y *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, párr. 74.

<sup>80</sup> *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 217; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr.176 y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs Paraguay*.

dos derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (como la alimentación, salud, agua, educación o cultura), la protección de estos derechos se ha hecho vía indirecta a través de otros derechos civiles y políticos (como el derecho a la vida en su vertiente positiva o bien desde la propiedad colectiva) sin declarar, hasta el momento, la violación de los derechos sociales de manera autónoma.<sup>81</sup>

#### *6. Reparaciones sobre la restitución del territorio ancestral*

Aun cuando se han dictado una gama importante de reparaciones en materia indígena, debe destacarse la reparación relativa a la restitución y entrega de las tierras ancestrales a las comunidades afectadas o en su defecto tierras alternativas de igualdad calidad y cantidad. En este sentido, por ejemplo, en el caso *Xakmók Kasék*, ante un incumplimiento reiterado del Estado Paraguayo por las dos sentencias anteriormente emitidas bajo la misma temática (*Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa*) estimó que si en el plazo de tres años fijado en la Sentencia y la prórroga venciera o fuera denegada por el Tribunal, sin que el Estado haya entregado las tierras tradicionales, deberá pagar a los líderes de la comunidad en representación de sus miembros, una cantidad determinada por cada mes de retraso.

Además cabe destacar que aquellos casos en los cuales no ha existido un desplazamiento fuera del territorio, pero en el que

---

*Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 166.

<sup>81</sup> Al respecto, véase Juan Jesús Góngora Maas, “Hacia la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de los pueblos indígenas y tribales vinculados con la propiedad territorial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en Karla Quintana y Rogelio Flores (coords.), *Los derechos de los pueblos indígenas. Una visión desde el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2017, pp. 79-142.

existían restricciones de *facto* la Corte IDH ha ordenado sanear el territorio por las afectaciones que existían dentro de dicho territorio. Al respecto, en el caso *Kichwa de Sarayaku* la Corte IDH ordenó neutralizar y retirar los explosivos de la superficie,<sup>82</sup> mientras que en el caso *Kaliña y Lokono* se ordenó rehabilitar la zona afectada en la reserva natural (incluyendo el monitoreo del Estado en la participación de la empresa transnacional).<sup>83</sup>

## V. CONCLUSIONES

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue un importante punto de partida para visibilizar los derechos específicos de las comunidades indígenas y tribales en el mundo. Esta Declaración, ahora debe complementarse con la adopción en nuestra región de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que otorga al Sistema Interamericano de un instrumento más para el vasto *corpus iuris* del cual la Corte IDH se ha venido valiendo para fundamentar sus decisiones. Ambos instrumentos llegan en un momento crucial de la historia de los derechos humanos, ya que en última instancia, estos instrumentos buscan reivindicar los derechos de comunidades que históricamente han sido víctimas de marginación, exclusión y procesos de asimilación.

En sus casi cuarenta años de existencia como tribunal internacional, la Corte IDH ha realizado importantes interpretaciones que tienden a la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales. En ese sentido, como órgano internacional de protección de derechos humanos, ha procurado construir una sólida

<sup>82</sup> *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 295.

<sup>83</sup> *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 290.

línea sobre la base del reconocimiento pleno y amplio de todos los derechos que las comunidades indígenas y tribales tienen tanto como pueblos como sobre su territorio ancestral. Así se advierte, reflejándose en su amplia jurisprudencia internacional que aborda temas sobre desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales (individuales y sumarias), el desplazamiento forzado, entre otras, y cómo estas violaciones de derechos humanos tienen una especial repercusión en la vida cultural de las comunidades. Por otro lado, la jurisprudencia interamericana sobre la propiedad territorial indígena y tribal constituye un referente en la materia a nivel nacional como en el ámbito internacional, en especial en lo relativo a la consulta previa, informada, de buena fe y culturalmente adecuada.

Lo anterior debido a una interpretación dinámica y amplia que ha realizado el Tribunal Interamericano del Pacto de San José, al entender particularmente que la cultura de los integrantes de dichas comunidades indígenas debe apreciarse a la luz de “una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”. Y de ahí que se ha protegido la “propiedad colectiva” de dichos pueblos y comunidades, sin que obste que el artículo 21 de la Convención Americana se limite a la “propiedad privada”.<sup>84</sup>

A pesar de los desarrollos normativos y jurisprudenciales en lo nacional e internacional, los retos y desafíos continúan. Persiste la discriminación, inequidad, exclusión social y pobreza.<sup>85</sup> La for-

<sup>84</sup> *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 133 y 137.

<sup>85</sup> Véase *supra*, notas 2 y 3.

ma y el tiempo en el que las sentencias deben cumplirse o bien la necesidad de reconocer de manera integral las violaciones a derechos económicos, sociales, culturales y ambientales que están relacionadas con la propiedad indígena ancestral, sin subsumir el contenido de los derechos sociales dentro del concepto de propiedad colectiva, constituyen algunos de estos retos y deuda que el derecho internacional y el Sistema Interamericano en particular tienen para con todas las comunidades originarias.

DERECHOS HUMANOS Y GRUPOS VULNERABLES en Centroamérica y el Caribe identifica, con un enfoque inclusivo, todos los grupos de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad en Centroamérica y el Caribe, en una serie de estudios realizados por destacados especialistas regionales y subregionales, en los dos tomos que integran esta obra. El primer tomo aborda tres grupos vulnerables: las mujeres, los migrantes, y los niños y niñas y adolescentes. El segundo tomo se dedica al análisis de otros grupos vulnerables como las personas mayores, las personas víctimas de desplazamiento forzado, las personas con discapacidad, las personas defensoras de derechos humanos y los pueblos indígenas, entre otros. Los objetivos de esta coordinación son, por una parte, reconocer el ámbito protector que constituye el sistema interamericano de derechos humanos, y por otra parte, contribuir a la comprensión panorámica y a la vez profunda del estadio de desarrollo en el que se encuentran la justiciabilidad, la jurisprudencia y la sociología jurídica de los derechos humanos de los grupos más vulnerables de la subregión de Centroamérica y el Caribe.

ISBN 978-607-30-4388-5



**CIALC**  
Centro de Investigaciones sobre  
América Latina y el Caribe