



SUPREMA
CORTE
DE JUSTICIA DE
LA NACIÓN



PROTOCOLO IBEROAMERICANO

de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con **discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas**





PROTOCOLO IBEROAMERICANO

de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con **discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas**



Fotografías de portada

(de izquierda a derecha)

Hilda Rivas Basurto y Rafael López Pacheco

Juan Carlos Bucio Montemayor

Prometeo Lucero

Antonio Saavedra Rodríguez

D.R. © 2014, por esta edición:

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Pino Suárez 2, Col. Centro, Delegación Cuauhtémoc, CP 06065 México, D.F.

www.supremacorte.gob.mx

Todos los derechos reservados. Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra –incluido el diseño tipográfico y de portada– en ninguna forma ni por medio, sea mecánico fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia, o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de los titulares de los derechos patrimoniales.

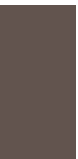
ISBN: 978-607-468-645-6

Hecho en México / Printed in Mexico

CONTENIDO

A. Introducción	7
B. Apartado sobre niñas, niños y adolescentes	11
C. Apartado sobre personas, comunidades y pueblos indígenas	93
D. Apartado sobre personas migrantes y sujetas de protección internacional	161
E. Apartado sobre personas con discapacidad	227
F. Expectativas de la aplicación del Protocolo	345

Introducción



En la reunión preparatoria de la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana¹, celebrada en Guadalajara, México, se aprobó -por unanimidad- la realización del **Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de las personas y grupos en condiciones de vulnerabilidad, con especial énfasis en justicia con enfoque de género**.

Este Protocolo da continuidad a dos proyectos aprobados en ediciones anteriores de la Cumbre: la *Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano* (VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, 2002) y las *Reglas de Brasilia sobre Acceso a las Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad* (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008). Estos tres documentos tienen un denominador común, han sido elaborados con el interés de favorecer el acceso pleno a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad.

El *Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de las personas y grupos en condiciones de vulnerabilidad, con especial énfasis en justicia con enfoque de género* se divide en dos volúmenes, el relativo a niñas, niños y adolescentes, personas, comunidades y pueblos indígenas, personas con discapacidad y migrantes, y el relativo a mujeres víctimas de violencia. Este primer volumen del Protocolo es un documento que, fundado en instrumentos internacionales de derechos humanos:

- a. Prioriza los principios y prácticas dirigidos tanto a la modificación de aspectos jurídicos como a los administrativos relacionados con la atención en el ámbito judicial de personas y colectivos en situación de vulnerabilidad;
- b. Facilita que las personas que participan en el funcionamiento de los sistemas judiciales cuenten con una herramienta de consulta que sirva de guía de actuación, avanzando así en la observancia de los estándares más protectores y en la consideración de las características y situación de los grupos y personas, antes mencionados;
- c. Favorece que las personas y grupos sociales conozcan y ejerzan con plenitud, ante el sistema de justicia, los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico internacional;
- d. Propicia el diálogo entre Cortes, en la medida en que retoma sentencias y buenas prácticas que muestran cómo se están protegiendo los derechos de personas y colectivos en tribunales internacionales y en los poderes judiciales de la región.

¹ La Cumbre Judicial Iberoamericana es una organización que articula la cooperación y concertación entre los Poderes Judiciales de los veintitrés países de la comunidad iberoamericana de naciones, aglutinando en un solo foro a las máximas instancias y órganos de gobierno de los sistemas judiciales iberoamericanos. Reúne en su seno a los Presidentes de las Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia y a los máximos responsables de los Consejos de la Judicatura iberoamericanos.

La coordinación de los esfuerzos que culminaron en el segundo volumen del Protocolo relativo al acceso a la Justicia con enfoque de Género, estuvo a cargo de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala.

Este Protocolo también tiene como antecedente, el esfuerzo que ha realizado la Suprema Corte de Justicia de México para brindar a las y los juzgadores herramientas que los auxilien en su tarea de impartir justicia de forma especializada. La buena acogida que han tenido estas herramientas nos motivó a replicarlas en el ámbito iberoamericano.

Una inquietud que surgió cuando se proyectó elaborar un documento útil a diversos países, con marcos jurídicos diversos, fue cómo lograr que fuera aplicable para todos ellos. La respuesta a esta interrogante se encontró en la normatividad que los países de la región compartimos, es decir, los instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por nuestros Estados y que, fundados en los principios de paz y seguridad, desarrollo, prosperidad y respeto, nos refieren un marco común.

La elaboración de este documento ha implicado un gran esfuerzo, pero la apuesta también es considerable: que las normas que a nivel internacional reconocen derechos a las personas y colectivos, permeen con urgencia el conjunto de los sistemas judiciales de la región, generando otros criterios y miradas jurisdiccionales, pero sobre todo, concretándose en resoluciones y acciones que disminuyan la distancia entre lo reconocido y la praxis judicial. Estamos conscientes de la relevancia del papel de nuestras y nuestros jueces, el poder transformador que tienen sus resoluciones en la vida de las personas.

Santiago de Chile, abril de 2014

Apartado sobre niñas, niños y adolescentes



ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	15
II. MARCO NORMATIVO	19
III. CONCEPTOS	24
IV. PRINCIPIOS GENERALES, OBLIGACIONES QUE SE DESPRENDEN Y CONSIDERACIONES PARA EL O LA JUZGADORA	26
1. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	
2. NO DISCRIMINACIÓN	
3. DERECHO A OPINAR EN TODOS LOS ASUNTOS QUE LE AFECTAN Y A QUE SEAN DEBIDAMENTE TOMADAS EN CONSIDERACIÓN SUS OPINIONES	
4. DERECHO A LA VIDA, SUPERVIVENCIA Y DESARROLLO	
V. REGLAS Y CONSIDERACIONES GENERALES PARA LAS Y LOS JUZGADORES	39
VI. SENTENCIAS Y BUENAS PRÁCTICAS DE LOS PAÍSES	54
FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	88



I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad parece indiscutible el amplio desarrollo que ha tenido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en particular el reconocimiento que en él se ha dado de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

La aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño a principios de los noventa supuso un gran paso en el reconocimiento y protección de los derechos de los niños, además de que supuso un cambio radical en la forma en que se venían concibiendo, pasando de ser objetos de protección (a partir de su consideración de personas incapaces o con falta de capacidad) a sujetos plenos de derecho.

Este instrumento internacional ha sido ratificado por 195 países del mundo (de los cuales 35 pertenecen a América Latina y el Caribe¹) lo que lo hace el instrumento internacional más ratificado. No existe otro documento internacional con más aceptación que el generado por la Convención sobre los Derechos del Niño, evidenciando el consenso generalizado en ver a la infancia como un grupo que requiere de protección específica.

Esta Convención reconoce un catálogo amplio de derechos del niño y establece las obligaciones que los Estados contraen en relación con la infancia. De ella se desprenden tres Protocolos Facultativos y adicionalmente se han emitido diversos documentos internacionales que abordan temas específicos relacionados con la infancia.

Lo anterior nos permite confirmar el importante reconocimiento normativo que ha habido, de manera especial, en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos pero también en el Interamericano, de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

En todos los tratados internacionales los Estados Partes que los suscriben contraen obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos ahí reconocidos. La primera, la de respeto, es de carácter negativo, lo que implica que el Estado se encuentra obligado a no violar los derechos, representando un límite claro de su ejercicio y actuación. La de garantía, en cambio, es una obligación positiva que impone organizar todo el aparato estatal, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, para asegurar el pleno ejercicio de los derechos humanos.

Además de estas obligaciones, los Estados tienen el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar la efectividad de los derechos humanos, sin que ello se limite al impulso de medidas de carácter legislativo, sino también de aquellas de carácter judicial, administrativo, cultural, educativo y las que sean necesarias para concretar los derechos.

¹ Ellos son Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guinea Ecuatorial, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, San Marino, St. Kitts y Nevis, Sta. Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname; Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

Cabe enfatizar que las obligaciones generales de respeto y garantía, y el deber de adecuar el derecho interno al derecho internacional son vinculantes para todos los Estados que ratifican estos instrumentos internacionales, y consecuentemente para los tres poderes que los integran, uno de ellos el Judicial.

De los derechos reconocidos a todas las personas y por consiguiente también a niñas, niños y adolescentes, uno de ellos es el de acceso a la justicia². Se trata de un derecho de la mayor importancia en la medida en que establece la existencia de un recurso efectivo ubicado en el ámbito judicial ante violaciones de derechos humanos.

Ello supone que los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho de acceder a un recurso judicial cuando alguno de sus derechos haya sido violentado o no esté siendo reconocido. Es un derecho de la mayor relevancia porque establece la vía a la cual acudir ante situaciones de no garantía de un derecho humano, siendo un derecho para la exigencia de otros derechos.

A pesar de su relevancia, es un derecho que no es garantizado de manera efectiva para niños, niñas y adolescentes. Ello debido a que los procedimientos judiciales fueron diseñados por adultos y pensados para adultos. Si reconocemos que los niños son personas diferentes a los adultos, en consecuencia los procesos judiciales debieran ajustarse a partir de las características específicas de la infancia.

El desarrollo del niño se da a lo largo de etapas, cada una de las cuales se caracteriza por el logro de habilidades cognitivas, determinadas características emocionales y una particular concepción de la moral (lo que está bien y lo que está mal). De esta forma, la obtención de las habilidades se va logrando de manera progresiva, lo que supone que según la etapa en la que se encuentre el niño, le será posible llevar a cabo ciertas operaciones mentales y tendrá determinadas características emocionales, y le será imposible realizar o tener otras.

Las habilidades cognitivas y las características emocionales y morales son de carácter estructural, es decir, no están sujetas a la voluntad de la persona (no son modificables), sino que se encuentran asociadas a su nivel de desarrollo. Al respecto, es importante tener presente que si bien el nivel de desarrollo determina las capacidades que un niño puede desplegar, no es lo mismo que la edad cronológica. Ésta no necesariamente es coincidente con el nivel de desarrollo, de ahí que no deba ser el criterio a partir del cual determinar el posible nivel de desarrollo de una persona menor de edad.

Pues bien, las características específicas de la infancia impactan de forma significativa en la forma en que rinde su testimonio, en sus habilidades para comprender el lenguaje hablado, en su capacidad para elaborar un relato de manera coherente y ordenada, en

² Se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales, entre ellos la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Directrices de Riad, las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

o para recordar los hechos de manera precisa y suficiente, en la manera como controlar las emociones para sobrellevar una situación que le provoca angustia, en su capacidad de mantener la atención y concentración durante la diligencia, entre otros aspectos.

De ahí la necesidad de impulsar medidas especiales necesarias para que la participación de niñas, niños y adolescentes en los procesos judiciales sea idónea, garantizando de esta manera su acceso pleno a la justicia.

Adicionalmente, los niños son considerados un grupo en situación de vulnerabilidad, entendiéndose por ello aquellas personas que por su particular condición, como puede ser la edad, género, color, raza, origen étnico, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier tipo, origen nacional, posición económica o condición social se encuentran en riesgo de que se vulneren sus derechos humanos.

Para el caso de los niños, el principal factor de vulnerabilidad es su edad, lo que no impide que además de ésta, tengan características adicionales que los coloquen en una situación de vulnerabilidad agravada, por ser adicionalmente mujer, indígena, tener una discapacidad o migrante.

El hecho de que las y los niños sean considerados como grupo vulnerable por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no implica de ninguna manera que deban ser tratados como objeto de protección por parte del Estado, por el contrario deben verse como sujetos plenos de derechos.

Que los niños sean un grupo vulnerable conlleva para el Estado el impulso de medidas de protección especiales que les permitan el ejercicio de sus derechos. En otras palabras, la obligación del Estado de cara a los derechos del niño demanda también de una obligación reforzada para que esos derechos puedan concretarse en la realidad.

En relación con el derecho de acceso a la justicia de niños, el Estado no sólo tiene el deber de no obstaculizarlo y de garantizar que todos puedan acceder a un recurso judicial efectivo, también supone la adopción de una serie de medidas especiales que permitan que los niños puedan verdaderamente ejercer este derecho.

En las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos se señala que “los niños son vulnerables y requieren protección especial apropiada para su edad, nivel de madurez y necesidades individuales especiales”. En este sentido, para el caso de niños (con independencia de la condición bajo la cual estén involucrados), la adecuación procesal es un imperativo para el Estado a la luz del cumplimiento cabal de la obligación de adoptar medidas especiales.

La existencia de desigualdades de hecho en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia impone la necesidad de hacer una distinción en el trato. Si bien pudiera cuestionarse

argumentado la vulneración del principio de igualdad y no discriminación³, en tanto se trata de una distinción fundamentada en desigualdades reales, se vuelve indispensable para el ejercicio pleno del derecho y para no transgredir el principio de igualdad y no discriminación. Reconociendo que las y los niños, a partir de sus características propias de desarrollo cognitivo, emocional y moral, no son iguales a los adultos y en consecuencia no pueden ejercer el derecho de acceso a la justicia en las mismas condiciones que aquellos, el Estado se encuentra obligado a hacer una distinción de trato.

Tanto el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han establecido que los derechos de los niños implican la toma de medidas especiales de protección.⁴

El reconocimiento formal de los derechos de la infancia es sin duda relevante. Sin embargo, no ha llevado a la vigencia plena de sus derechos. De ahí la relevancia de impulsar ajustes razonables en los procesos judiciales que lleven a la garantía del derecho a la justicia de la infancia.

Estas modificaciones competen a los Poderes Judiciales de la región, en su calidad de garantes del derecho de acceso a la justicia y de los derechos humanos en general.

El reto es muy grande, sin embargo, este apartado del Protocolo intenta ser una herramienta regional para las y los impartidores de justicia, que retomando los principios que los instrumentos internacionales han establecido como referentes necesarios en materia de infancia, propone medidas concretas para aterrizarlos en la labor judicial.

En tanto el fundamento de este apartado del Protocolo son los estándares internacionales incluidos en los tratados suscritos por los países de Iberoamérica, se tiene la oportunidad de que los Poderes Judiciales ejerzan su labor a partir de los mismos parámetros, avanzando de manera regional en la garantía del derecho de acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes latinoamericanos.

Los criterios jurisdiccionales de diversos países de Latinoamérica y de Tribunales internacionales son muestra de que puede avanzarse en ese sentido, a través de resoluciones que retomen los principios en materia de infancia y considerando las adecuaciones procesales en los procedimientos judiciales en que participe la infancia.

Esta iniciativa tiene como antecedente el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten niñas, niños y adolescentes, emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en febrero del 2012.

3 De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos la discriminación es toda exclusión, privilegio o restricción –que carece de objetividad y razonabilidad– que implica un detrimento de los derechos humanos. La igualdad, por su parte, es una característica esencial de la persona que se desprende de la dignidad humana, de acuerdo con la cual es incompatible considerar a un grupo como superior y tratarlo con privilegio o, a la inversa, considerarlo inferior y tratarlo con hostilidad. *Cfr.* Corte IDH. *OC18/03 Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 87. Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-17/02 Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 45.

4 ONU, Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 17 Artículo 24. Derechos del Niño. 1989. párr. 1. Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-17/02 Condición jurídica y derechos humanos del niño*. *Supra* nota 2, párr. 46.

II. MARCO NORMATIVO

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, es el principal instrumento vinculante en materia de derechos de la infancia, en el que se reconoce un catálogo muy amplio de derechos como el derecho a no ser discriminado, a la vida, a la identidad, a la nacionalidad, a no ser separado de sus padres, a la libertad de expresión, pensamiento, conciencia y religión, a ser escuchado en todo procedimiento que le afecte, a la libertad de asociación, a la protección de la vida privada, de acceso a la información, al disfrute del más alto nivel posible de salud, a la seguridad social, a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, a la educación, al esparcimiento y al juego, a ser protegido contra la explotación, entre otros.

La Convención cuenta con tres Protocolos Facultativos, uno sobre venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía, otro relativo a la participación de niños en los conflictos armados y el tercero que aborda el procedimiento de comunicaciones ante el Comité respectivo.

Adicionalmente se han emitido otros documentos internacionales que abordan temáticas específicas de la infancia como matrimonio, sustracción de menores, adopción, obligaciones alimentarias, restitución internacional de menores, entre otros⁵.

La Convención sobre los Derechos del Niño prevé la creación de un Comité específico que tiene entre sus facultades emitir Observaciones Generales en las que interpreta el contenido de diversos artículos de la Convención. De esta forma, el Comité de los Derechos del Niño es el órgano autorizado para determinar el significado y las obligaciones de los derechos contenidos en la Convención.

De esta forma, las Observaciones Generales emitidas por este Comité resultan de la mayor relevancia toda vez que desarrollan el alcance de algunos de los derechos reconocidos en la Convención y de las obligaciones que se desprenden de la misma. Entre las Observaciones Generales que dicho Comité ha emitido se encuentran las siguientes:

Observación General	Tema
No. 1	Párrafo 1 del artículo 29: Propósitos de la Educación
No. 2	El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño
No. 3	El VIH/SIDA y los derechos del niño

⁵ Como la Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para contraer Matrimonio y el registro de los Matrimonios; Convención sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores; Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores; Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias; Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, y Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

No. 4	La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño
No. 5	Medidas Generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)
No. 6	Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen
No. 7	Realización de los derechos del niño en la primera infancia
No. 8	El derecho del niño a la protección de castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros)
No. 9	Los derechos de los niños con discapacidad
No. 10	Los derechos del niño en la justicia de menores
No. 11	Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención
No. 12	El derecho del niño a ser escuchado
No. 13	Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia
No. 14	Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial
No. 15	Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)
No. 16	Sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño
No. 17	Sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes

De las Observaciones Generales hay algunas particularmente relevantes. La No. 5 sobre Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece la necesidad de aplicar una perspectiva basada en los derechos del niño, sobre la base de cuatro principios generales: interés superior del niño, no discriminación, derecho a opinar en todos los asuntos que le afectan y a que sean debidamente tomadas en consideración sus opiniones y derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo. La N° 10 relativa a Los derechos del niño en la justicia de menores, desarrolla cuáles son sus principios y elementos básicos. La N° 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado, especifica los alcances y medidas para concretar dicho derecho; y la N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, con la que se busca darle efecto útil definiendo requisitos para su debida consideración en decisiones judiciales y administrativas.

Por otra parte, otros órganos de Naciones Unidas no especializados en infancia han desarrollado documentos de referencia en materia de niñas, niños y adolescentes. Es el

caso del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, el cual aprobó las Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a Niños Víctimas y Testigos de Delitos⁶ en las cuales se desagrega una serie de principios y prácticas adecuadas (a partir de los derechos) con el fin de garantizar una justicia justa, eficaz y humana para este grupo de la población.

Con el objeto de desagregar con mayor detalle el contenido de dicho documento, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en colaboración con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la Oficina Internacional de los Derechos del Niño, expidieron dos documentos de gran relevancia sobre los derechos a los que son sujetos un niño o una niña en cualquier proceso de justicia: por un lado La justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos, Ley modelo y comentario, y por el otro el Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas.

Ahora bien, en el caso de niños o niñas responsables de la ejecución de un delito, el Sistema Universal de Derechos Humanos desarrolló las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (conocidas como las Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad y las Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal. Todas éstas señalan los principios que deben normar el tratamiento a las niñas y niños cuando han cometido algún ilícito.

Por otra parte, en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, principal instrumento de carácter vinculante de dicho sistema, alude en su artículo 19 a los derechos de la infancia, señalando lo siguiente:

“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que en su condición de menor requieren por parte de la familia, de la sociedad y del Estado.”

Si bien en este sistema no encontramos un instrumento específico en materia de infancia como lo tiene el universal, la Corte Interamericana ha interpretado que tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte del *corpus iuris* de protección internacional, invocando ambos como fundamento jurídico en sus sentencias.

Otra fuente vinculante del Sistema Interamericano es la jurisprudencia que ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos que directa o indirectamente suponen la vulneración de derechos de la infancia. Debido a la riqueza de prece-

6 Aprobada por el Consejo Económico y Social en su resolución 2005/20 del 22 de junio de 2005.

dentos que se encuentra en ellos, vale la pena enfatizar en la utilidad que tienen en la labor judicial.⁷

Otra fuente importante del Sistema Interamericano son las opiniones consultivas. La OC-17/2002⁸ se refiere específicamente a las garantías que tienen las niñas y los niños en los procedimientos judiciales.

Como puede observarse, en el derecho internacional de los derechos humanos nos encontramos con un amplio y constante desarrollo de principios y reglas mínimas, que aluden a los derechos de niñas, niños y adolescentes que deben ser tomados en cuenta, respetados y garantizados en cualquier sistema de justicia.

7 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C No. 108; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre 2004. Serie C No. 117; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 9 de septiembre de 2005. Serie C No. 131; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No.205; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Serie C No. 225; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 248; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 249; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. 253; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Castillo González y otros Vs. Venezuela. Fondo*. Sentencia de 27 de noviembre de 2012. Serie C No. 256; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones de 30 de noviembre de 2012*. Serie C No. 259; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260.

8 *Opinión Consultiva OC-17/2002 Condición Jurídica y los Derechos Humanos del Niño*, 28 de agosto de 2002, Serie A, No. 17.

Si bien una parte de los documentos internacionales a los que se ha aludido se refieren específicamente a niños o niñas víctimas o testigos de delitos, en tanto los derechos a los que aluden son de carácter general, se retomaron en el entendido de que su contenido es de aplicación general.

El Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial, en su apartado sobre Niñas, Niños y Adolescentes retoma los derechos contenidos tanto en tratados que tienen un carácter vinculante para los Estados que los han ratificado, como la interpretación que se ha hecho de los mismos en documentos de diferente naturaleza jurídica. Las razones de ello responden, en primer lugar, a que se parte del concepto de *corpus iuris* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que engloba los instrumentos internacionales de contenido y efecto jurídico variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones), el cual es coincidente con lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁹, que agrupa tanto tratados como también otro tipo de instrumentos –tales como las declaraciones o las resoluciones– que han sido emitidos para dar contenido a los derechos humanos reconocidos en aquéllos, así como para especificar la naturaleza de las obligaciones que se desprenden de los derechos.

Debe recordarse que el derecho internacional de los derechos humanos tiene como fuentes no sólo aquellas normas de carácter obligatorio, sino también instrumentos no vinculantes¹⁰ como las declaraciones, las reglas generales, los principios o las opiniones consultivas, que en tanto desarrollan el contenido y alcance de los derechos reconocidos en los tratados internacionales también son un referente necesario.

Finalmente habría que tomar en cuenta que estos documentos contienen principios generales de derecho internacional y normas *ius cogens* que, al tratarse de normas imperativas que no admiten práctica en contrario, los Estados no puede dejar de cumplir.

9 Conforme al Artículo 2º, inciso a) de dicha Convención, “se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

10 Cfr. CORCUERA, C. (2001). *Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México: Editorial Oxford. p. 41-68; DULIZKY, A. (2004). Alcance de las obligaciones internacionales de los derechos humanos. En MARTÍN, C., RODRÍGUEZ-PINZÓN D. (comp.). *Derecho internacional de los derechos humanos*. México: Fontamara-Universidad Iberoamericana. p. 79-118.

III. CONCEPTOS

Para los fines del presente apartado se entenderá por:

- **Niño-Niña:** todo ser humano menor de 18 años de edad. En caso de no tener certeza, se presumirá la minoría de edad.
- **Adolescente:** persona cuya edad se encuentra comprendida entre los doce años cumplidos y menos de 18 años de edad.
- **Profesionales:** las personas que, en el contexto de su trabajo, estén en contacto con niños, niñas o adolescentes o tengan la responsabilidad de atender sus necesidades en el sistema judicial. Este término incluye, entre otras personas a personal de la defensoría de niños y niñas, personal de apoyo, especialistas de servicios de protección de menores, personal de organismos de asistencia pública infantil, fiscales y abogados y abogadas defensores, personal diplomático y consular, personal de los programas contra la violencia doméstica, magistrados, magistradas, jueces y juezas, personal judicial, funcionarios y funcionarias encargadas de hacer cumplir la ley, agentes de libertad vigilada, profesionales médicos y de la salud mental, y personas que fungen como trabajadores sociales.
- **Proceso de justicia:** los actos relacionados con la detección de un delito o ilícito, con la presentación de una denuncia o demanda, con la instrucción de la causa, con el enjuiciamiento y las actuaciones posteriores al juicio, así como con todos aquellos juicios en que esté relacionado una niña, un niño o un adolescente, sin importar la materia.
- **Persona de apoyo:** persona especialmente capacitada que haya sido designada para prestar asistencia a una niña, niño o adolescente a lo largo del proceso de justicia con objeto de evitar el riesgo de coacción, victimización repetida o victimización secundaria;
- **Tutor o tutora del niño/a:** persona reconocida oficialmente con arreglo a la legislación vigente como responsable de velar por los intereses del niño, niña o adolescente cuando el padre, la madre o los y las abuelas no tengan la patria potestad o hayan fallecido;
- **Victimización secundaria:** la victimización producida no como resultado directo de un acto delictivo en el cual el niño, la niña o el adolescente estuvo presente, sino por la respuesta de las instituciones y personas individuales en relación con la víctima;

- **Victimización repetida:** una situación en que una persona sea víctima de más de un incidente delictivo a lo largo de un período determinado, y
- **Testimonio de una persona menor de edad:** comprende no sólo el que se presta mediante el uso del lenguaje oral, sino también a través de ayudas técnicas de comunicación o mediante la asistencia de una persona experta, especializada en conocimiento de las y los niños y de la comunicación con ellos.

IV. PRINCIPIOS GENERALES, OBLIGACIONES QUE SE DESPRENDEN Y CONSIDERACIONES PARA EL O LA JUZGADORA

De la Convención sobre los Derechos del Niño se desprenden cuatro principios que han sido interpretados por el Comité respectivo como la base para la aplicación de una perspectiva basada en los derechos de la infancia.

Estos principios se han entendido como guías indispensables para la comprensión e interpretación de los derechos de niñas, niños y adolescentes, debiendo considerarse en la tramitación de un juicio en el que ellos intervengan o participen, ejerciendo su derecho de acceso a la justicia o en el cual se tomen decisiones que les afecten de manera indirecta.

Es importante destacar que de los principios que a continuación se desarrollan se derivan obligaciones generales, las cuales son un primer referente para las y los juzgadores, debiendo aplicar aquellos y aquellas en todos los casos que resuelvan donde haya niños o adolescentes involucrados.

1. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

2. NO DISCRIMINACIÓN

3. EL DERECHO A OPINAR EN TODOS LOS ASUNTOS QUE LE AFECTAN Y A QUE SEAN DEBIDAMENTE TOMADAS EN CONSIDERACIÓN SUS OPINIONES

4. EL DERECHO A LA VIDA, SUPERVIVENCIA Y DESARROLLO

A continuación se desarrolla el contenido de cada uno de estos principios, incorporando las normas de origen internacional en las que se encuentra reconocido y las obligaciones generales que se desprenden de ellos, siendo el cumplimiento de estas últimas una vía para concretar la aplicación de cada principio.

INSTRUMENTO

Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 3°, 9°, 18, 20, 21, 37 y 40.

Observación General No. 14 Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

PRINCIPIO

1. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Este principio ha sido ampliamente reconocido en normas internacionales, sin embargo su formulación abierta ha llevado a que se interprete de múltiples maneras.

En términos generales, se considera que el principio de interés superior del niño debe tomarse en cuenta de manera primordial en todas las medidas relacionadas con la infancia.¹¹

Ante la falta de claridad sobre cómo aplicar el principio de interés superior, conviene analizar sus implicaciones.

La Dra. Mónica González Contró sintetiza las dos funciones fundamentales que desempeña este principio:

- como criterio hermenéutico,
- como mandato para todas las autoridades.¹²

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

***Las y los juzgadores están obligados a observar este principio en todas las etapas del proceso judicial en las que intervenga una niña, un niño o un adolescente, sin importar la materia de la que se trate ni la calidad en la que éstos participen.**

***Las y los impartidores deben considerar que en algunas decisiones judiciales si bien las niñas, niños y adolescentes no intervienen directamente, aquellas sí conllevan implicaciones para la infancia, debiendo considerar también en estos casos los efectos que pueden tener en sus derechos.**

***Retomar el principio de interés superior del niño requiere necesariamente de argumentación de por medio. No basta con mencionarlo, es necesario que vaya acompañado de una argumentación reforzada sobre por qué dicho principio debe ser considerado.**

¹¹ La Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 3°, se refiere al interés superior del niño como consideración primordial que obliga a los Estados a aplicarlo en todas las medidas concernientes a niñas y niños.

¹² GONZÁLEZ CONTRÓ, M., "Derechos de niñas, niños y adolescentes" en FERRER MAC-GREGOR, E., CABALLERO, J. L. y STEINER, C. (coordinadores) (2013). *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Konrad-Adenauer-Stiftung.

Que el principio de interés superior funcione como criterio hermenéutico conlleva dos implicaciones:

a. Establece como marco de referencia el catálogo íntegro de los derechos del niño

Esta implicación del interés superior está íntimamente relacionada con los principios de indivisibilidad (cuya idea central es que la concreción de los derechos requiere de la realización conjunta de todos ellos) y de interdependencia (el disfrute de un derecho o de un grupo de derechos depende de la realización de otro derecho o derechos) de los derechos humanos.

La interdependencia implica también proyectar la afectación de los derechos a futuro. Es así como este principio conlleva a un análisis del catálogo íntegro de derechos tanto en el momento en que se revisa como proyectado a futuro.

De acuerdo con estos principios no pueden protegerse ni garantizarse determinados derechos en contravención de otros, sino que es necesaria la garantía de todos.

Debe considerarse adicionalmente que desde la perspectiva del desarrollo de la infancia, la afectación de cualquier esfera de la vida de un niño, repercute en su desarrollo general.

Hay que considerar, igualmente, que si los derechos de la infancia se fundamentan en sus necesidades y en ese sentido son requisitos para su desarrollo, la no garantía de alguno, impacta no sólo en el ámbito de su desarrollo vinculado a ese derecho, sino también en otros.

Reiterando la idea de que este principio debe retomarse como herramienta hermenéutica, Margarita Griesbach y Ricardo Ortega cuestionan que se utilice para sobreponer de manera absoluta el derecho del niño ante los derechos de los adultos. De acuerdo con dichos autores lo que mandata dicho principio es la obligada valoración integral de toda posible afectación de los derechos de un niño o niña frente a un conflicto de derechos. Es decir, que el análisis de la posible afectación de derechos de la infancia parta de un escrutinio estricto, en el que se reconozcan las repercusiones de una afectación respecto de la protección integral de derechos,¹³ interpretando con base en el principio de interdependencia.

b. Obligación de carácter reforzada y prioritaria para el Estado

Esta obligación supone que los derechos de niñas y niños deben considerarse como asuntos de orden público e interés social, a partir de las situaciones de vulnerabilidad y/o desventaja que caracterizan a la infancia.

¹³ GRIESBACH, M. y ORTEGA, R. (2013). *La infancia y la justicia en México II. Elementos para garantizar el efecto útil del interés superior del niño víctima del delito*. México: Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia, A.C. e Instituto Nacional de Ciencias Penales. p. 26.

La obligación reforzada y prioritaria para el Estado en materia de infancia implica lo siguiente:

- actuación oficiosa para la protección integral de niñas y niños;
- obligación de exhaustividad para atender la causa de pedir, y
- brindar la asistencia y la representación necesarias para el ejercicio de sus derechos.

Que el principio de interés superior funcione como mandato supone en términos generales que todas las autoridades del Estado deben considerar los derechos de niñas, niños y adolescentes en las decisiones públicas, tanto en el ámbito ejecutivo, como legislativo y judicial.

En ese sentido, los derechos del niño constituyen un límite claro para el Estado, tanto en relación a aquello que no puede afectarse como en relación de aquello que necesariamente debe garantizarse, en otras palabras, un catálogo de derechos que el Estado debe concretar y no puede vulnerar.

El interés superior del niño como mandato tiene las siguientes implicaciones:

- a) coloca la plena satisfacción de los derechos del niño como parámetro y fin en sí mismo;
- b) define la obligación del Estado respecto del niño, y
- c) orienta decisiones que protegen los derechos del niño.

PRINCIPIO 1

A través del cumplimiento de las obligaciones mencionadas, el principio de interés superior del niño se aterriza, concretando de esta forma su efecto útil, pasando de ser un enunciado declarativo a tener consecuencias en la vida práctica.

Consideraciones para el juzgador a partir de la obligación de utilizar el interés superior como criterio hermenéutico

Referencia al catálogo íntegro de los derechos del niño

*En toda decisión que afecte directa o indirectamente a un niño o adolescente deberá considerarse la esfera íntegra de sus derechos, lo que implica:

- a. Que en cualquier decisión que se tome, el Juez debe evaluar qué repercusiones tiene en los derechos de la infancia;
- b. considerar no únicamente aquel o aquellos derechos de los que se tuvo conocimiento, sino analizar las afectaciones que en el resto de sus derechos, proyectando a futuro.

*En los asuntos que resuelvan en los que exista un conflicto de derechos, la o el juzgador debe valorar no sólo los derechos procesales, sino la esfera íntegra de derechos del niño, haciendo explícita la argumentación de la afectación que supondría en la vida del niño con proyección al futuro el no reconocimiento del derecho del que se trate.

Obligación reforzada para el Estado

*Ante el conocimiento de la vulneración de los derechos del niño, cualquier autoridad está obligada a ejercer las acciones de debida diligencia necesarias para la prevención, protección y restitución.

*Cuando el Juez o la Jueza se percate de cualquier riesgo o peligro en la integridad y desarrollo del niño, deberá tomar de manera oficiosa todas aquellas acciones que estén a su alcance para salvaguardar la seguridad y restitución de los derechos del niño. Esta obligación será aplicable aún cuando aquellas situaciones de riesgo o peligro no formen parte directa de la litis que es de su conocimiento.

*La verificación de la causa de pedir implica ir más allá de la lectura simple del pedimento expuesto, para constatar la necesidad del niño en relación con el ejercicio de sus derechos.

*El impartidor deberá llevar a cabo una amplia suplencia a favor de niñas y niños frente a las formalidades para la presentación de un caso en el ámbito judicial.

*Llevar a cabo una intervención exhaustiva en el estudio de los elementos que permita definir la verdadera causa de pedir del niño y las acciones necesarias para el resguardo de sus derechos.

*El niño gozará de la suplencia de la queja más amplia en toda materia e instancia. La suplencia deberá ejercerse con base en el interés superior del niño incluyendo la actuación oficiosa extra litis cuando se detectare una situación de riesgo o peligro para el niño.

*Reconociendo el principio de autonomía progresiva (los niños requieren de manera progresivamente decreciente una representación y mediación adulta para el pleno goce de sus derechos) garantizar la mediación adulta, entendiéndola no como merma del derecho del niño, sino como obligación para su ejercicio. En ese sentido la mediación es en sí parte del derecho de niñas y niños.

En casos en que la representación no sea efectiva, el Estado debe subsanar esta deficiencia. La calificación de la representación tiene que estar acotada a su efectividad para el resguardo de los derechos del niño.

Consideraciones para el juzgador a partir de la obligación de utilizar el interés superior como mandato

*En toda decisión judicial, el parámetro y finalidad de la misma debe ser la plena satisfacción de los derechos de la infancia.

*Si en la revisión de un caso en el que está involucrado un niño o adolescente, el impartidor denota la no vigencia de alguno o algunos de sus derechos, debe establecer la obligación del Estado de garantizarlos.

*Todo niño, niña o adolescente víctima tendrá derecho a pedir una reparación.

*En casos de niños o adolescentes víctimas, el juzgador debe considerar la reparación del daño de manera oficiosa.

*El tribunal ordenará que el niño, niña o adolescente sea totalmente reparado en sus derechos cuando proceda, e informará al menor de edad de la posibilidad de obtener asistencia para que la orden de resarcimiento e indemnización sea ejecutada.

*Las y los juzgadores deben tomar en consideración, en cualquier decisión que afecte los intereses o derechos de niños o adolescentes, sus características propias, resolviendo de esta forma de manera diferenciada.

*En términos prácticos esto debe llevar a plantear la necesidad de incorporar en las instituciones de justicia procedimientos especializados en infancia.

*Los juzgadores deben ir más allá de la afectación directa y previsible en una niña o niño que pudiera estar involucrado, incluyendo la protección del niño, aun cuando sea ajeno a la acción misma, pero bajo la consideración de que pudiera resultar afectado.

INSTRUMENTO

Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2.

Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, numerales III, inciso b) y VI.

Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas, Cap. III.

PRINCIPIO

2. NO DISCRIMINACIÓN

El principio a la no discriminación se ha entendido de manera general como la obligación de no hacer distinción alguna en el ejercicio de los derechos.

De acuerdo con ello, todo niño, niña o adolescente es titular de los derechos humanos que le son reconocidos sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.¹⁴

De esta forma, estamos ante un principio que no permite, a partir de cualquier característica de la persona, negarle o limitarles ningún derecho. En otras palabras, se trata de un principio que tiene como fundamento la igualdad de los seres humanos y a partir de ella la universalidad de los derechos, es decir, son derechos que corresponden a todas las personas.

Lo anterior no supone desconocer que ciertos grupos de personas tienen características particulares que los limitan en el ejercicio de los derechos, lo que conlleva a impulsar ciertos ajustes razonables como condición para el ejercicio pleno de aquellos.

Si en materia de infancia se ha sostenido que ésta tiene características particulares en relación a su desarrollo cognitivo, emocional y moral que le impiden ejercer ciertos derechos, como el de acceso a la justicia, en consecuencia son necesarias adecuaciones procesales que permitan una participación plena de niñas, niños y adolescentes.

De esta forma, el principio a la no discriminación se desdobra también en la obligación de juzgar con perspectiva de infancia, entendida como el reconocimiento de las particularidades que caracterizan a la infancia y que la distinguen de los adultos.

Juzgar con perspectiva de infancia implica que cualquier decisión adoptada en el ámbito jurisdiccional, que afecte de manera directa o indirecta los intereses de un niño, niña o adolescente, debe tomarse con base en el reconocimiento de sus características propias.

Lo anterior necesariamente debe llevar a plantear la necesidad de ciertas adecuaciones en los procedimientos en los que las y los niños participan, como los judiciales.

¹⁴ *Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2.*

De manera adicional, debe considerarse que el derecho del niño al efectivo acceso a la justicia conlleva necesariamente la obligación de las instituciones de procuración e impartición de brindarle el trato diferenciado y especializado que requiere.

En particular debe tenerse en cuenta que el niño requiere mediación adulta para ejercer sus derechos, la cual variará dependiendo de su grado de desarrollo y madurez. Si por la razón que sea carece de esta, se encontrará en condiciones de exclusión e imposibilitado para ejercer sus derechos.

De esta forma, la mediación adulta es una de las medidas que debe garantizarse cuando participa una persona menor de edad.

Es así como el principio a la no discriminación no se limita a la obligación de no dar un trato diferenciado en la garantía de los derechos, sino que conlleva igualmente el deber de los Estados de tomar medidas para impulsar acciones especiales a favor de niños y adolescentes de las cuales requieren para la efectividad de sus derechos.¹⁵

En este sentido el Comité de los Derechos del Niño ha interpretado que la aplicación del principio a la no discriminación como igualdad de acceso a los derechos no debe entenderse como trato idéntico, sino como la detección de discriminaciones existentes frente a las cuales impulsar medidas especiales.

Esto cobra sentido pensando en poblaciones como la infancia en general, o infancia indígena, o infancia con discapacidad, o infancia migrante, o niñas, entre otros.

Las interpretaciones tanto del Comité de los Derechos del Niño como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpretando a partir del derecho a la no discriminación la obligación del Estado de impulsar medidas especiales en casos de niñas o niños en condiciones de vulnerabilidad, son relevantes si se considera que este deber también puede trasladarse a la judicatura, en casos donde la condición de las o los menores de edad implique limitaciones claras para el ejercicio de sus derechos.

Es importante tener presente que la discriminación hacia niños, niñas o adolescentes puede conducir a la vulneración de otros derechos, piénsese por ejemplo en una niña hija de inmigrantes a la que no se le reconoce su derecho a la nacionalidad y por ello tampoco tiene acceso a la educación o a la salud; o en un adolescente al que a partir de su condición de pobreza se le vincula a un cártel de la droga, privándole de su derecho a la libertad.

¹⁵ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 5 Medidas generales de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño*, artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

***Garantizar un trato diferenciado y especializado a la infancia.**

En términos prácticos esto supone que debe velarse por un trato diferenciado y especializado en la secuela procesal, en toda valoración de riesgo y medida de protección y en general en la valoración de todo asunto que afecta a la infancia.

***Cualquier decisión adoptada en el ámbito jurisdiccional, que afecte de manera directa o indirecta los intereses de un niño, niña o adolescente, debe adoptarse con base en el reconocimiento de sus características propias.**

***Las y los juzgadores deben tomar las previsiones necesarias para que las distintas etapas procesales (medidas de protección, toma de declaración y periciales) se desarrollen de acuerdo con las características y necesidades de niñas, niños y adolescentes.**

***Verificar que exista una representación adecuada del niño y en caso de no estar garantizada suplirla.**

Esta se vuelve una obligación general para concretar la igualdad en acceso a la justicia.

***Fundar y motivar todo trato diferenciado o la negativa del mismo utilizando los criterios de objetividad y razonabilidad para garantizar que dicha distinción sea válida.¹⁶**

***Las autoridades judiciales deben identificar las discriminaciones existentes y potenciales frente a las cuales tomar medidas especiales para reducir o eliminar las condiciones que llevan a prácticas discriminatorias.**

¹⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que “(...) no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”. En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en ‘los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos’, advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando ‘carece de justificación objetiva y razonable’. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contrarie la justicia. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran.” *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-17/2002 Condición Jurídica y los Derechos Humanos del Niño*, 28 de agosto de 2002, Serie A, No. 17, párrafo 46.

INSTRUMENTO

Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 12.

Observación General N° 12 El derecho del niño a ser escuchado

Observación General N° 5 Medidas Generales de Aplicación de la Convención

Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, numerales III, inciso d) y VIII.

Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas, Cap. V.

PRINCIPIO

3. DERECHO A OPINAR EN TODOS LOS ASUNTOS QUE LE AFECTAN Y A QUE SEAN DEBIDAMENTE TOMADAS EN CONSIDERACIÓN SUS OPINIONES

Este es un principio que tiene implicaciones evidentes y de la mayor relevancia en el ámbito judicial.

La Convención de los Derechos del Niño reconoce el derecho del niño a ser oído en todos los asuntos que le afectan, agregando de manera adicional que deberán ser tomadas en cuenta sus opiniones en función de la edad y madurez del niño.

En dicho artículo se precisa que para ello deberá dársele la oportunidad al niño de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante.

En virtud de su relevancia y sobre todo de las dificultades para aplicar este principio (fundadas en la idea de que las y los niños son incapaces o de que sus opiniones son alteradas por los adultos¹⁷), el Comité de los Derechos del Niño lo ha desarrollado tanto en la Observación general N° 5 sobre las Medidas Generales de Aplicación de la Convención, como en la N° 12 dedicada exclusivamente a este derecho y a su aplicación.

En la Observación General N° 5 se señala que el derecho del niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones pone de relieve la función del niño como participante activo en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos.

Asimismo, este Comité ha señalado que la escucha del niño no debe considerarse como un fin en sí mismo, sino más bien como un medio para el Estado para que las medidas que se adopten a favor de los niños estén cada vez más orientadas a la puesta en práctica de sus derechos.

¹⁷ El aleccionamiento y la manipulación del dicho infantil por parte de adultos se ha considerado como una razón para restarle credibilidad a las opiniones de niñas, niños o adolescentes. Al respecto debe considerarse que la forma en que éstos piensan y actúan responde a sus características estructurales —es decir, inmodificables— las cuales determinan su desarrollo cognitivo, emocional y moral. Si esto es así, es muy importante conocer cuáles son las características específicas de la infancia para poder diferenciar cuando un dicho de un niño, una niña o un adolescente es un producto propio (y en consecuencia se apega a las características propias de la infancia) o es resultado de la manipulación externa, en tanto utiliza formas de pensamiento o razonamiento no propias de su nivel de desarrollo.

El derecho del niño a ser escuchado en los asuntos que le afectan, es un principio fundamental que necesariamente tiene que ser atendido en los procesos judiciales en que éstos estén involucrados.

La participación del niño, niña o adolescente en un procedimiento judicial no se garantiza exclusivamente permitiendo la exposición de sus puntos de vista. Tanto instancias del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos como documentos internacionales han establecido la necesidad de tomar una serie de medidas para garantizar la participación idónea de la infancia.

De esta forma, el derecho de las y los niños y adolescentes a participar en un procedimiento judicial trae consigo la necesidad de impulsar algunas adecuaciones procesales, las cuales deberán ser impulsadas tanto antes de que éste inicie como durante el desarrollo del mismo.

En el capítulo siguiente, relativo a prácticas concretas a implementar con la finalidad de aterrizar los principios generales a los que se ha estado haciendo referencia, se pone a consideración del juzgador, medidas en ese sentido.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

***Informar al niño, niña o adolescente sobre las etapas del juicio, lo que implica cada una de ellas, la importancia de su participación, lo que se espera de ella, en particular conocer su punto de vista sobre lo ocurrido.**

***Escuchar al niño, niña o adolescente, de manera oficiosa, aún cuando no haya sido a petición de parte.**

***Garantizar que existan condiciones adecuadas para la participación diferenciada y especializada.**

***Que la opinión del niño forme parte explícita del razonamiento de lo resuelto.**

INSTRUMENTO

Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 6°.

PRINCIPIO

4. DERECHO A LA VIDA, SUPERVIVENCIA Y DESARROLLO

Que el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo sea considerado un principio que se desprende de la Convención sobre los Derechos del Niño supone que, al igual que los tres principios abordados anteriormente, son referentes que deben garantizarse en cualquier decisión judicial que se tome en relación con niñas, niños y adolescentes.

En relación con el derecho a la vida, la obligación de garantía del mismo, no se agota con la prohibición de actos que lo vulneren. Supone también proveer lo necesario para que la vida revista condiciones dignas,¹⁸ tales como el acceso al agua, a la alimentación, a la salud y a la educación.

De esta forma, la no garantía de estos aspectos por parte del Estado, constituye una violación del derecho a la vida imputable a éste.

En suma, se trata de un principio cuya concreción depende del ejercicio de derechos como la alimentación, la salud y la educación, necesarios para la existencia de una vida digna y condición para la supervivencia de niñas, niños y adolescentes.

Adicionalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado la necesidad de aplicar un estándar más alto para calificar acciones que atenten contra la integridad personal de niñas o niños.¹⁹

En relación con el derecho al desarrollo, el Comité de Derechos Humanos ha interpretado el término desarrollo como un concepto integral que involucra todos los aspectos de la vida del niño, tales como el desarrollo físico, mental, espiritual, psicológico y social del niño, elementos todos necesarios para el desarrollo integral del niño.

De acuerdo con ello, en cualquier decisión judicial deberá evaluarse su impacto en la vida (entendida desde el enfoque de condiciones dignas de existencia), la supervivencia y el desarrollo del niño.

Es relevante que en casos que suponen la separación del niño de sus padres, la Corte Interamericana ha destacado la importancia de la familia en el desarrollo de la niña o niño, poniendo énfasis en la obligación del Estado de adoptar medidas para promover la unidad familiar, exceptuando aquellos casos en que sea contraria al interés superior del niño.

¹⁸ *Opinión Consultiva OC-17/2002 Condición Jurídica y los Derechos Humanos del Niño*, 28 de agosto de 2002, Serie A, No. 17, párr. 87.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110. párr. 170.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

*En cualquier decisión relacionada con niñas, niños y adolescentes, las y los impartidores de justicia deberán considerar el impacto que aquella puede tener en los derechos humanos a la vida (entendido como la existencia de condiciones de vida digna), a la supervivencia y al desarrollo.

*Cuando se revise un caso relacionado con niñas, niños o adolescentes, las y los juzgadores deben analizarlo más allá de la situación concreta que forma parte de la *litis*, evaluando la vigencia de sus derechos a la vida, a la supervivencia y al desarrollo.

*En el caso de que el impartidor constate la no garantía de alguno de estos derechos, exigir a las autoridades competentes del Estado, atender la situación concreta para la vigencia del derecho humano que se trate, actuando al extremo máximo de su competencia o bien dando vista a autoridad competente.

*Aplicar una lógica pro niño ante posibles medidas de protección. Ello implica privilegiar la protección por sobre la desprotección, utilizando como estándar probatorio el que dé la certeza de la integridad y no así del riesgo para fundar una medida de protección.

V. REGLAS Y CONSIDERACIONES GENERALES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

En el presente capítulo se desarrolla un listado de reglas de carácter general que se desprenden de los cuatro principios que fueron analizados y de las obligaciones que de ellos se derivan. En otras palabras, se trata de las “consecuencias prácticas” que la aplicación de dichos principios y el cumplimiento de esas obligaciones genera.

Cada una de las reglas que a continuación se presenta tiene su razón de ser en los principios aludidos, siendo imposible comprenderlas si se descontextualizan de esos referentes que les son fundamento. Lo anterior supone que la realización de aquellas no obedece a “buenas intenciones”, es consecuencia de los principios abordados, representando vías para su concreción.

Cada una de las reglas mencionadas se desdobra en una serie de consideraciones para las y los juzgadores.

Las reglas de actuación deben aplicarse en toda ocasión en la que un niño, una niña o un adolescente estén involucrados en un procedimiento judicial, sin importar la calidad en la que participa ni la materia que se trate. Se trata de previsiones que deben ser tomadas antes de que éste inicie (tales como informar y preparar la niño), durante el mismo (asistencia, acompañamiento de una persona de apoyo, toma de testimonio, privacidad y medidas para proteger la intimidad, evitar el contacto con adultos que puedan afectar emocionalmente al niño, medidas de protección, entre otras) y después (relacionadas con la valoración del dicho infantil o tratándose de un asunto que afecta a un niño, niña o adolescente con posterioridad al juicio).

FUNDAMENTO

Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, numeral VII.

Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas, Cap. IV.

REGLAS Y CONSIDERACIONES PARA EL JUZGADOR

1. INFORMAR A LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Brindar información sobre el procedimiento judicial y su papel en el mismo, es un primer requisito para la participación idónea del niño, niña o adolescente, en la medida en que la anticipación de lo que ocurrirá disminuye el estrés.

*Las y los juzgadores deben informarle sobre:

- a) Su papel en el proceso judicial, la importancia de su participación, el momento y la manera de prestar testimonio y la forma en que participará durante la investigación y el juicio;
- b) Los mecanismos de apoyo a su disposición cuando haga una denuncia y participe en la investigación y en el proceso judicial;
- c) Las medidas de protección disponibles;
- d) Los mecanismos existentes para revisar las decisiones que afecten a niñas, niños o adolescentes;
- e) Sobre sus derechos de conformidad con la legislación nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder;
- f) Las posibilidades que existan para obtener reparación por parte del delincuente o del Estado mediante el proceso de justicia, procedimientos civiles alternativos u otros procedimientos;
- g) La existencia y el funcionamiento de programas de justicia restaurativa;
- h) En casos de niños, niñas y adolescentes acusados de cometer conductas tipificadas como delitos, informarles de la evolución y estado de la causa en cuestión, incluidos datos sobre la captura y detención del acusado, su situación en cuanto a privación o no de libertad, así como cualquier cambio inminente de esa situación, la decisión de la fiscalía y la situación de interés que se produzca después del juicio y la resolución de la causa.

Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, numeral IX.

Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas, Cap. VI.

2. ASISTENCIA AL MENOR DE EDAD

Durante la participación de la niña, niño o adolescente es muy importante brindarle asistencia, a fin de evitar, prevenir o mitigar las consecuencias del proceso en la medida de lo posible, favoreciendo su desarrollo. Para lograrlo existen tres formas de apoyo: asistencia legal, canalización con personal especializado y medidas especiales de asistencia.

*El Poder Judicial deberá asignar un abogado especializado de forma gratuita a todo niño, niña o adolescente a lo largo del proceso de justicia.

*En cuanto a la canalización con personal especializado, los niños y adolescentes, y cuando proceda sus familiares, deberán tener acceso a la asistencia de profesionales capacitados, lo que incluye servicios jurídicos, de orientación, de salud, sociales y educativos, de recuperación física y psicológica y demás servicios necesarios para la reinserción del niño. Toda asistencia de esta índole deberá atender las necesidades del niño.

En tanto este tipo de servicios no puede ser proporcionado en los juzgados o tribunales, cuando la o el Juez o Magistrado constate la necesidad de cierto apoyo especializado para el niño, niña o el adolescente, deberá canalizar al menor con la instancia que se determine, a fin de brindar la atención que requiera para poder participar de manera efectiva en el proceso de justicia.

En caso de que el profesional especializado en infancia que brindó la atención al niño concluya que éste requiere de tratamiento para poder participar en el juicio, el Juez o Magistrado deberá atender las recomendaciones que se señalen en aquella, incluyendo de ser el caso, posponer la declaración de la niña, el niño o el adolescente.

*Si a partir de la edad, grado de madurez, desarrollo o necesidades particulares de un niño o adolescente, que podrían incluir sin limitarse a ello la discapacidad (si la hubiera), el grupo étnico, la pobreza o el riesgo de victimización repetida, aquél requiere de medidas espe-

ciales de asistencia con el fin de prestar declaración o participar en el proceso de justicia, deberá canalizarse al menor con los profesionistas especializados que se requiera.

3. VERIFICACIÓN DE QUE UNA PERSONA DE APOYO ACOMPAÑA AL MENOR DE EDAD EN EL DESARROLLO DE TODAS LAS DILIGENCIAS QUE INVOLUCRA EL JUICIO

Durante el desarrollo del proceso judicial el niño o adolescente deberá estar acompañado, además de por sus padres o tutor y su abogado, por una persona designada para prestarle asistencia.

*Antes de invitar a un niño a comparecer ante los tribunales, la o el Juez o Magistrado comprobará que el niño ya está recibiendo la asistencia de una persona de apoyo.

*Si aún no se ha designado una persona de apoyo, el Magistrado o Juez competente solicitará a la instancia que se determine el nombramiento de una persona de apoyo, consultándolo con el niño y sus padres o tutor. Asimismo, dará tiempo suficiente a la persona de apoyo para familiarizarse con el niño y con la causa.

*La o el Magistrado o Juez competente permitirá a la persona de apoyo que acompañe al niño durante toda su participación en el procedimiento judicial, con el fin de reducir el nivel de ansiedad o estrés.

Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, numeral XI, inciso b.

Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas, Cap. VIII, inciso b.

4. SOBRE EL TESTIMONIO DE LA NIÑA, EL NIÑO O EL ADOLESCENTE

La relevancia del testimonio infantil en los asuntos que le competen, involucra la garantía de una serie de condiciones con la finalidad de evitar sufrimientos a los niños y de que éste se recoja de manera óptima.

Medidas para facilitar el testimonio

*La o el Juez o Magistrado deberán adoptar y aplicar medidas para que a las niñas, niños y adolescentes les resulte más fácil participar en el juicio, tales como su canalización con profesionales especializados de diversas disciplinas que atiendan sus necesidades y permitir que personal de apoyo, incluidos especialistas y los fa-

miliares apropiados, acompañen al niño mientras presta testimonio.

Idioma e intérprete

*El Juez y Magistrado deberá garantizar que la parte del procedimiento correspondiente a la prestación de testimonio de un niño se desarrolle en un lenguaje sencillo y comprensible.

*Si la niña, el niño o el adolescente necesitan servicios de interpretación a un idioma que pueda comprender, se proporcionará un intérprete de forma gratuita.

Preparación del niño para participar sin temor

*En toda participación infantil dentro de un procedimiento judicial, deberá sostenerse una plática con el niño previa a la diligencia a desahogarse, en la cual se le explicará, de acuerdo a su edad y grado de desarrollo:

- la naturaleza y el propósito de la diligencia en la que participará;
- se le transmitirá que se encuentra en plena libertad de expresarse sin temor utilizando mensajes básicos que deben contemplar, por lo menos, la explicación detallada sobre la diligencia, la forma en la que se desarrollará, quienes estarán presentes y la función de cada uno, así como lo que deberá hacer el niño, explicitar la libertad del niño para decir que no entiende algo, así como su libertad para hablar o guardar silencio según sea su deseo.
- cuando se trate de un niño, niña o adolescente víctima o testigo, o bien en un asunto de materia familiar, deberá transmitirle además mensajes que reconozcan su valor y credibilidad, mensajes desculpabilizantes, explicitar que la única expectativa que se espera de él es que exprese lo que sabe o ha vivido, que no hay respuestas correctas o incorrectas que se esperan de él, anticipar posibles temores comunes en los niños que participen en este tipo de diligencias y disipar cualquier temor a ser castigado por expresarse libremente.
- debe propiciarse abiertamente que el niño, niña o adolescente puedan hacer preguntas o adicionar cualquier información que deseen expresar.

- * La preparación del niño para participar sin temor debe suceder por lo menos un día previo al desahogo de la diligencia prevista. Cuando por razones inmodificables esta antelación sea imposible, deberá suceder inmediatamente antes del desahogo de la diligencia en cuestión.

La testificación²⁰

*Ningún niño será obligado a testificar en el proceso de justicia contra su voluntad o sin el conocimiento de sus padres o tutor. Se pedirá a los padres o tutor que lo acompañen, salvo si éstos son los probables autores del delito cometido contra el niño o si la custodia o patria potestad es cuestionada; si el niño expresa preocupación respecto del hecho de estar acompañado por sus padres o tutor; o si el tribunal considera que el hecho de estar acompañado por sus padres o tutor es contrario al interés superior del niño o niña.

Exhorto de decir verdad

*El Juez o Magistrado en conjunto con el personal especializado de apoyo se cerciorará de que el niño entienda y manifieste a su modo que se conduce o conducirá con la verdad.

Ningún niño testigo será procesado por prestar falso testimonio.

Presencia de personal capacitado

*Conforme a las reglas de cada procedimiento judicial, se procurará que en toda declaración, ampliación o plática sostenida con un niño se cuente con la presencia de personal capacitado en la atención especializada a niños.

*Las preguntas serán, previa calificación por el juez y el personal especializado, planteadas por quien tenga la especialidad en comunicarse con el niño e incluso por quien haya acogido su confianza.

*En el caso en que alguna de las partes deba hacer pre-

20 En tanto la forma en que se tome la declaración de una niña o un niño es muy relevante para la obtención de los elementos necesarios para el juicio, así como para evitar que el niño sea sometido a una segunda victimización, se sugiere revisar OFICINA DE DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA, A.C. (2009). *Modelo especializado para la toma de declaraciones infantiles ¿cómo obtener información sin revictimizar al niño?*, Tomo II Colección: El niño víctima del delito frente al proceso penal". 151 p.

guntas al niño, éstas serán debidamente calificadas por el personal especializado fuera del alcance auditivo o visual del niño.

*Las demás personas que tengan derecho u obligación de estar presentes y conocer el desarrollo de la diligencia, lo harán a través de medios electrónicos sin estar presentes en la misma habitación que el niño. La declaración del niño se deberá tomar en un espacio privado en el que el niño no tenga contacto visual o auditivo con asuntos o personas ajenas a la diligencia que practica. Cuando el niño así lo desee, estará presente una persona de confianza elegida por él, pudiendo ésta no ser su representante legal. En estos casos dicha persona de confianza deberá abstenerse de intervenir de manera alguna en la diligencia.

Requerimientos metodológicos

*Independientemente de la metodología o modelo de intervención utilizada con el niño, ésta deberá ajustarse a los siguientes requisitos:

- a) Debe basarse en las características de desarrollo cognitivo, emocional y moral del niño;
- b) Debe permitir la narrativa libre por parte del niño como base para toda indagatoria con el niño;
- c) Debe contemplar la adecuada elaboración de preguntas para el esclarecimiento de lo narrado por el niño;
- d) Debe contemplar el uso adecuado de materiales de apoyo para la expresión del niño, y
- e) Debe contemplar estrategias para el manejo de la tensión y estrés en el niño, así como la detección y manejo de mecanismos de defensa psicológicos.

Registro de la participación del niño

*Toda actuación infantil deberá ser grabada en audio e imagen en su totalidad. La grabación deberá integrarse, ser transcrita y permanecer en el expediente de manera inmediata, así como extenderse copia al representante legal del niño o cuando así lo soliciten a las partes del proceso.

*La grabación de la participación del niño o niña deberá ser guardada en total confidencialidad.

*La presencia y uso de instrumentos de grabación no deben ser ocultados al niño, sino por el contrario, deben mostrarse y explicitar el motivo de su utilización.

Valoración del dicho infantil

*Toda valoración de una declaración infantil deberá ser hecha tomando en cuenta sus derechos y deberá considerar su grado de desarrollo, particularmente al momento de estudiar aparentes contradicciones en el mismo.

*La valoración del dicho de un niño, niña o adolescente deberá hacerse considerando los criterios de credibilidad establecidos. Dichos criterios deben orientar la valoración judicial, quien en el uso de su buen criterio deberá fundar y motivar su valoración en consideración de los mismos.

Toda valoración de un dicho infantil deberá considerar las condiciones en las que fue tomada dicha declaración y su posible afectación sobre la actuación del niño.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 19.

Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, numerales XI y XII.

Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas, Capítulos VIII y IX.

5. MEDIDAS DE PROTECCIÓN

De estimarse que la seguridad del niño, niña o adolescente está en riesgo deberán tomarse medidas de protección.

*La o el impartidor de justicia deberá disponer lo necesario con el fin de adoptar medidas para su protección, tales como:

- a. Evitar el contacto directo entre las niñas y niños y los acusados en todo momento del proceso de justicia;
 - b. Solicitar órdenes de alejamiento del acusado al tribunal competente cuando esté presente el niño o la niña;
 - c. Pedir al tribunal competente que ordene la prisión preventiva del acusado e imponga otras medidas cautelares;
 - d. Solicitar al tribunal competente que ordene el arresto domiciliario del acusado;
 - e. Solicitar que se conceda a las niñas, los niños o adolescentes cuya situación así lo requiera protección policial o de otros organismos pertinentes, y adoptar medidas para que no se revele su paradero.
- Ordenar la convivencia supervisada entre padres e hijos, y
- f. Solicitar a las autoridades competentes la adopción de otras medidas de protección que se estimen convenientes.

Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, numeral X.

Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas, Cap. VII.

Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, numeral X.

Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de

6. PRIVACIDAD

El Juez debe en la mayor medida posible resguardar la privacidad de toda participación infantil. Esta regla tiene dos implicaciones prácticas: el resguardo de la identidad del niño y la privacidad de las diligencias en las que se encuentra presente el niño.

*El Juez debe hacer el mayor esfuerzo por resguardar la identidad del niño ante cualquiera que no sea parte del asunto. En particular debe velar que la identidad del niño no sea hecha pública ante los medios de comunicación.

*El Juez deberá tomar todas las medidas necesarias para garantizar que el niño pueda desarrollar dicha actuación en privado. En orden preferencial una oficina o espacio cerrado será el lugar ideal para el desarrollo de toda diligencia infantil. En particular es importante que el niño no tenga a la vista personas ajenas al asunto o a quienes pueden intimidar o afectar su actuación. Asimismo es necesario que el niño no escuche asuntos que no sean los que le afectan directamente y que no se sienta escuchado por ellos al hablar.

*Los únicos presentes en el desahogo de una actuación infantil deberán ser aquellos que por ley tienen derecho u obligación a estar presentes, siempre y cuando en todo momento se abstengan de hablar directamente al niño o afectar su comportamiento de cualquier manera. Estas personas podrán estar dentro del mismo espacio físico que el niño, pero deberán permanecer fuera de la vista del mismo.

*También podrá estar presente alguno de los tutores o representantes legales del niño o si éste así lo prefiriere alguna persona de su confianza. Esta imposibilidad de contacto y participación también debe ser explicada al niño.

7. MEDIDAS PARA PROTEGER LA INTIMIDAD Y EL BIENESTAR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

A petición del niño, sus padres o tutor, su abogado, la persona de apoyo, cualquier otra persona pertinente designada para prestar asistencia, o de oficio, el tribunal podrá dictar, teniendo en cuenta el interés superior del niño, medidas para proteger la intimidad y el bienestar

físico y mental del niño o adolescente, y evitar todo sufrimiento injustificado y victimización secundaria.

*Algunas de las medidas que pueden ser impulsadas por los impartidores son:

- a. Suprimir de las actas del juicio todo nombre, dirección, lugar de trabajo, profesión o cualquier otra información que pudiera servir para identificar al menor;
- b. Prohibir al abogado defensor que revele la identidad del niño o divulgue cualquier otro material o información que pudiera conducir a su identificación;
- c. Ordenar la no divulgación de cualquier acta en que se identifique al niño, hasta que el tribunal lo considere oportuno;
- d. Asignar un seudónimo o un número al niño, en cuyo caso el nombre completo y la fecha de nacimiento del menor deberán revelarse al acusado en un período de tiempo razonable para la preparación de su defensa;
- e. Adoptar medidas para ocultar los rasgos o la descripción física del niño que preste testimonio como por ejemplo la declaración detrás de una pantalla opaca; utilizar medios de alteración de la imagen o de la voz; realizar el interrogatorio en otro lugar, transmitiéndolo a la sala de forma simultánea a través de un circuito cerrado de televisión; recibir el interrogatorio del niño mediante grabación en video antes de la celebración de la audiencia, dando al abogado del acusado la información para asistir a dicho interrogatorio y la oportunidad de interrogar al niño; y recibir el interrogatorio a través de un intermediario cualificado y adecuado, como, por ejemplo, un intérprete para niños con discapacidad auditiva, visual, del habla o de otro tipo, entre otros;
- f. Celebrar sesiones a puerta cerrada;
- g. Ordenar que el acusado abandone la sala temporalmente, si el niño se niega a prestar testimonio en su presencia o si las circunstancias son tales que podrían impedir al niño decir la verdad en presencia de esa persona. En tales casos, el abogado defensor permanecerá en la sala e interrogará al niño, quedando así garantizado el derecho al careo del acusado;
- h. Permitir supervisiones de las vistas durante el testimonio del niño;
- i. Programar las vistas a horas del día apropiadas para la edad y madurez del niño;
- j. Adoptar cualquier otra medida que el tribunal estime

Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, numeral XI, párrafo 31, inciso b).

Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas, Cap. VIII, inciso F.

Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, numeral XI, párrafo 30, inciso d).

Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profe-

necesaria, incluido el anonimato, cuando proceda, teniendo en cuenta el interés superior del niño y los derechos del acusado.

8. EVITAR EL CONTACTO CON ADULTOS QUE PUEDEN INFLUIR EN EL COMPORTAMIENTO O ESTABILIDAD EMOCIONAL DEL NIÑO

Otra de las consideraciones que debe tenerse presente cuando participan niños y adolescentes es la toma de medidas para que los interrogatorios no supongan para ellos un impacto emocional.

*En toda actuación infantil, el Magistrado o Juez deberá evitar que el niño tenga contacto con cualquier adulto que pueda alterar su integridad emocional y afectar su actuación en el juicio. Este resguardo debe contemplar tanto quienes están presentes en el momento del desarrollo de la diligencia, como a quienes el niño tiene a la vista o por quien el mismo se sabe visto.

En los casos en que la persona que pudiera afectar la actuación del niño tenga derecho a estar presente en la diligencia judicial, se deberán utilizar medios electrónicos para el desarrollo de la misma, a efecto de que el menor de edad no tenga contacto visual o auditivo directo con aquella. Dicho contacto deberá evitarse tanto en el tránsito hacia la diligencia, como al momento de retirarse dentro del juzgado. El niño no deberá tener contacto auditivo o visual con asuntos ajenos al que le compete durante su estancia en el juzgado para efectos del desarrollo de una diligencia.

*Siempre que éstas existan, el Juez o Magistrado competente se asegurará de que las niñas, niños y adolescentes puedan esperar en salas adaptadas para ellos.

9. ESPACIOS DE ESPERA Y JUZGADOS IDÓNEOS

Los espacios físicos en los que se encuentra un niño, niña o adolescente son de suma importancia si se considera las características de la infancia y cómo aquellos le afectan.

En efecto, lo que una persona menor de edad ve, escu-

sionales y encargados de la formulación de políticas, Cap. VIII, inciso D.

cha y el ambiente que le rodea lo afectan de manera determinante, generándole temores o angustias que le impiden participar en la diligencia o bien puede ayudarlo a calmarse y transmitirle la confianza necesaria para expresarse sin temor.

Siendo así, garantizar un entorno adecuado para la niña, niño o adolescente que participará en una diligencia judicial supone considerar tres tipos de espacio:

- Por donde pasará al entrar o salir del juzgado;
- El de espera, y
- El de desahogo de la diligencia.

En tanto cada uno de estos espacios tiene un fin distinto, en cada uno deben tomarse en cuenta las siguientes particularidades.

Sobre el espacio por donde pasará el niño, niña o adolescente es fundamental que éste no vea o escuche cosas que puedan causarle temor, no tener a la vista la rejilla de prácticas o personas privadas de la libertad, no tener contacto con el agresor o su familia, ni ser expuesto a ninguna agresión o acción intimidatoria.

En relación al espacio de espera, y considerando que es en ese momento cuando puede incrementarse los temores o angustias de la persona menor de edad, es importante que sean espacios que le permitan distraerse, estando en calma, considerando aspectos como la privacidad, comodidad, limpieza y apacibilidad de los mismos. En estos espacios de manera espacial es importante que el niño o adolescente esté acompañado por la persona de confianza asignada por el juzgador, quien deberá apoyarlo a mantener la calma y a brindarle información útil sobre lo que sucederá.

Sobre el espacio donde tendrá lugar la diligencia es importante que sea lo menos intimidante posible, se garantice la privacidad, que los elementos de registro de la diligencia sean visibles y hayan sido manejados con naturalidad y transparencia, sentarse al mismo nivel de niño como un medida muy concreta para eliminar formalismos y tener los materiales de apoyo para la narrativa infantil a la mano.

*Tomar las medidas que corresponda en aras de eliminar aquellos elementos a aspectos que visual o auditivamente puedan impactar al niño, niña o adolescente que acude al juzgado para una diligencia.

*Los espacios de espera utilizados por niñas y niños víctimas y testigos estarán separados de las salas de espera para los adultos testigos.

*Los espacios de espera que utilicen niñas, niños o adolescentes no deben ser accesibles a los acusados de haber cometido un delito penal, ni estarán a la vista de éstos.

*El Juez o Magistrado competente podrá, si procede, dictar que un niño espere en un lugar alejado del juzgado e invitar al niño a que comparezca cuando sea necesario.

*El Juez o Magistrado dará prioridad a oír la declaración de las niñas y los niños, con el fin de reducir al mínimo el tiempo de espera durante su comparecencia ante el tribunal.

*El Magistrado o Juez competente se asegurará de que en la sala de audiencias se disponga lo necesario para las niñas, los niños y los adolescentes tales como agua, asientos elevados, asistencia para niños con discapacidad, entre otros aspectos.

*La disposición de la sala debe permitir que el niño pueda sentarse cerca de sus padres o tutor, persona de apoyo o abogado durante todo el procedimiento.

Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, numeral XI, párrafos 30 inciso d) y 31 inciso a).

Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas, Cap. VIII, inciso D, numeral 4.

10. TEMPORALIDAD Y DURACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN INFANTIL

*En toda actuación o diligencia que implique la participación de un niño, el Magistrado o Juez deberá tomar las medidas para que éstas duren lo menos posible.

*Se impedirán actuaciones ociosas en las que intervenga un niño o adolescente, solicitando a las partes que justifiquen debidamente la razón de la actuación de la persona menor de edad. En particular el Juez deberá velar por que las ampliaciones de declaraciones hechas por niños se desarrollen con el propósito de indagar información específica y adicional y no únicamente con la finalidad de agotar una actuación de manera rutinaria.

*El Juez deberá velar por que el niño se encuentre presente en el juzgado el menor tiempo posible para efectos de desahogar una diligencia.

*En particular deberá asegurarse que la participación del niño se desarrolle puntualmente a la hora en que fuera citado, que sea en un horario que no interfiera con necesidades básicas del niño (comer o dormir) y que el niño esté en plena libertad de retirarse en cuanto haya concluido su participación directa y personal en el asunto.

*Bajo ninguna circunstancia el niño deberá ser obligado a permanecer en el juzgado en espera del desahogo de otras diligencias en las que no intervenga que fueran programadas para ese mismo día y en ese mismo asunto.

*Para tal efecto, el Juez cuidará que la persona que ostenta la custodia del niño no tenga diligencias que desahogar en horarios que le impidan retirarse con el niño habiendo terminado éste su participación o que le requieran estar en el juzgado previamente a la participación del niño. Cuando la presencia de quien ostenta la custodia del niño sea requerida en el mismo día, el Juez deberá citarle con antelación necesaria y prevenirle que será necesario prever que otra persona pueda asumir el cuidado del niño para evitar que el mismo se encuentre presente en el juzgado.

*El Juzgador buscará que la primera declaración que desahogue en el desarrollo de la audiencia sea la de las personas menores de edad.

*En caso de que existan varios testigos menores de edad bajo ninguna circunstancia estarán junto con otros testigos adultos. En este supuesto estarán separados en un recinto aparte, con personal psicológico especializado en materia infantil.

Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, numeral XI, párrafo 31, inciso a).

Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas, Cap. VIII, inciso E.

11. LAS PERICIALES INFANTILES

Sobre las pruebas periciales que se practiquen a niñas, niños o adolescentes, existen algunas directrices relacionadas con su registro, no repetición y valoración que deben considerarse.

Registro

*El Juez que admita como prueba una pericial en psicología o psiquiatría practicada a una niña, niño o adolescente deberá solicitar que la misma se registre grabada en audio e imagen a fin de que pueda ser estudiada posteriormente, evitando en la medida de lo

posible mayor involucramiento directo y personal por parte de aquellos y para que la valoración de la pericial en su momento abarque el desarrollo de la misma y no únicamente su resultado.

*La grabación deberá ser integrada, transcrita y permanecer en el expediente correspondiente.

Repetición

*El Juez deberá evitar al máximo posible la repetición de periciales a las que es sometido un niño, niña o adolescente. Para tal efecto agotará la inspección de las grabaciones periciales por parte de expertos antes de ordenar una nueva pericial a ser practicada al niño.

Valoración

*Se sugiere que el juzgador tome en consideración los siguientes parámetros metodológicos al momento de resolver lo conducente:

- a) Los conocimientos con los que cuenta el perito en infancia dentro de la materia de su pericia;
- b) Si el perito conoció el expediente del juicio y antecedentes generales del niño;
- c) Si se sostuvo una interacción previa con el niño para establecer un ambiente de confianza con el niño;
- d) Si contempla la narrativa libre del niño, anotando en la mayor medida posible el registro textual de lo dicho por el niño, y
- e) Si contiene los resultados de las pruebas aplicadas y no únicamente haciendo referencia a las conclusiones obtenidas a partir de las mismas.

*Las conclusiones deben basarse explícitamente en los hallazgos de las sesiones con el niño, haciendo referencia expresa a los mismos como sustento de lo concluido. Es decir, debe existir congruencia entre la metodología y las conclusiones. Dicho sustento deberá explicitar cuando la información fue obtenida de fuentes diversas al niño como información sobre su comportamiento (pesadillas, incontinencia urinaria, etc.) aportados por familiares u otros adultos cercanos al niño.

VI. SENTENCIAS Y BUENAS PRÁCTICAS DE LOS PAÍSES

Este apartado del Protocolo de Actuación Judicial incluye los avances jurisdiccionales que tribunales internacionales o nacionales han dado en la incorporación de los estándares internacionales en casos que involucren niñas, niños o adolescentes y las buenas prácticas que se han desarrollado a través de las cuales impulsar una justicia especializada e idónea para la infancia.

Las sentencias y buenas prácticas que a continuación se retoman son un muy buen ejemplo para todos los Poderes Judiciales de Iberoamérica sobre criterios que pueden ser retomados, argumentaciones que pueden replicarse, referencias que son útiles para resolver casos en los ámbitos nacionales, estándares que pueden utilizarse y, en general, de avances ya dados que pueden ser replicados.

De esta forma, no encontramos con sentencias con dan elementos para determinar el contenido del interés superior del niño, o con casos en donde se resuelve utilizando con base en este principio, asuntos donde la decisión tomada por instituciones del Estado o particulares conlleva una violación del derecho a la no discriminación, sentencias en las que se enfatiza el derecho de escuchar al niño y de tomar en cuenta sus opiniones, considerando ciertas adecuaciones procesales para que su participación no lo revictimice, buenas prácticas que sistematizan medidas muy concretas para una justicia especializada en infancia, y jurisprudencia que apunta a la necesidad de tomar en cuenta el catálogo íntegro de derechos de la infancia (alimentación, salud, educación, vivienda, agua) para garantizar su derecho a la supervivencia y al desarrollo.

Estas sentencias y buenas prácticas nos muestran que los principios y derechos de la infancia pueden aterrizar en la labor de los Poderes Judiciales de la región, pasando de su reconocimiento en múltiples instrumentos internacionales a su aplicación en los casos que se resuelven de manera cotidiana.

La revisión de las sentencias constata que el paradigma de los derechos humanos no es un discurso teórico, sino que transforma la vida de las personas.

Del total de sentencias y buenas prácticas recibidas se seleccionaron las siguientes²¹:

²¹ Véase los criterios que se utilizaron para la selección de las sentencias y buenas prácticas en el apartado de Metodología del Protocolo de Actuación Judicial.

**Sentencias y buenas prácticas
Por principio**

Interés Superior del Niño

Desarrollada/ impulsada por	Cantidad	Referencia
Corte Interamericana de Derechos Humanos	4	Opinión consultiva 17/2002* Condición Jurídica y Derechos del Niño Caso masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala Caso "Campo algodonero" Vs. México Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*
Colombia	5	Sentencia T- 520A/09 Sentencia No. C-041/94 Sentencia T-907/04 Sentencia T-502/11 Sentencia C-061/08
Costa Rica	3	Política Judicial dirigida al Mejoramiento del Acceso a la Justicia de las Niñas, Niños y Adolescentes Directrices Generales para la Intervención, Atención, Acompañamiento y Seguimiento a todas las Víctimas del Delito Voto 112-2013 - Tribunal de Familia
México	2	Tesis: 1a./J. 25/2012 Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*
República Dominicana	1	Centro de Entrevistas para Personas en Condición de Vulnerabilidad, Víctimas o Testigos de Delitos
Uruguay	1	Plan piloto de visitas
Total	16	

No Discriminación

Desarrollada/ impulsada por	Cantidad	Referencia
Corte Interamericana de Derechos Humanos	3	Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile Caso Servellón García Vs. Honduras Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana
Colombia	2	Sentencia T-694/11 Sentencia T-779/11
Costa Rica	1	Voto 11816-2003 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo
Total	6	

Derecho a ser oído y a que sus opiniones sean tomadas en cuenta		
Desarrollada/ impulsada por	Cantidad	Referencia
Corte Interamericana de Derechos Humanos	3	Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile Caso Rosendo Cantú y Otra Vs. México Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina
Colombia	4	T-276/12 T-094/13 T-843/11 T-496/09
Costa Rica	5	Directrices para reducir la revictimización de niños y personas menores en materia penal Directrices para reducir la revictimización de personas en condición de discapacidad Protocolo de atención a víctimas mayores y menores de edad de delitos sexuales y explotación sexual comercial cometidos por personas mayores de edad Protocolo de Atención a Víctimas Mayores y Menores de Edad de Delitos Relacionados con la Violencia Doméstica cometidos por personas mayores de edad Protocolo de atención a víctimas de delitos sexuales y violencia doméstica cometidos por personas menores de edad
México	2	Tesis 1alxxviii/2013(10a.) Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*
Portugal	1	No repetición de interrogatorios de niños víctimas de abuso sexual
Total		15
Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo		
Corte Interamericana de Derechos Humanos	4	Opinión Consultiva 17/2002 Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay Caso Comunidad Indígena Xákmok Kasék vs. Paraguay
Total		4
Total (4 principios)		37 sentencias y buenas prácticas

*La Opinión Consultiva 17/2002, el caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile y el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes fueron retomados como sentencias o prácticas de referencia en varios principios. Sin embargo, para los fines de señalar el número total de sentencias o buenas prácticas se contabilizaron en una sola ocasión.

Sentencias y buenas prácticas por país

País/Tribunal Internacional	Cantidad
Corte Interamericana de Derechos Humanos	11*
Colombia	11
Costa Rica	9
México	3*
República Dominicana	1
Portugal	1
Uruguay	1
Total	37

*La Opinión Consultiva 17/2002, el caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile y el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes fueron retomados como sentencias o prácticas de referencia en varios principios. Sin embargo, para los fines de señalar el número total de sentencias o buenas prácticas se contabilizaron en una sola ocasión.

1

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

CASO QUE LO ILUSTRAS

Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC 17/1002 *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*²²

56. Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano⁶⁰, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.
57. A este respecto, el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) establece:
El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.
Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.
58. El principio anterior se reitera y desarrolla en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone.
 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
59. Este asunto se vincula con los examinados en párrafos precedentes, si se toma en cuenta que la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades⁶². A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.

22 http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

60. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño⁶³ establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.
61. En conclusión, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*²³

184. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad²⁰⁵. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso “Campo Algodonero” vs. México*²⁴

408. Esta Corte ha establecido que los niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona⁴¹⁷. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad⁴¹⁸.

Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable⁴¹⁹.

23 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf

24 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile²⁵

68. Los niños y niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen cada niña o niño. Por tanto, al llevarse a cabo la diligencia realizada según lo dispuesto, [se debe tomar] en cuenta que [a lo largo del crecimiento de los menores] podrían existir diferencias en sus opiniones y en el nivel de autonomía personal para el ejercicio de los derechos de cada una.
196. La Corte resalta que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto²¹⁶. En el presente caso, el Tribunal observa que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño²¹⁷, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino.
199. Por otra parte, la Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal²²⁵ (supra párr. 108). En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso²²⁶.

25 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Colombia
Sentencia T- 520A/09²⁶

Resumen:

Acción de tutela presentada por la madre de una niña contra la decisión de un Fiscal de archivar una causa penal, alegando la inexistencia del delito. En la sentencia se utiliza el derecho de acceso a la justicia y el interés superior como argumentos para investigar los hechos.

Niños y niñas como sujetos de especial protección e interés superior del menor en caso de archivo de investigación penal por presunto abuso sexual. “Es por esto que el principio que se describe fija una garantía constitucional consistente en asegurar el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor. Por ende, las autoridades, cualquiera que sea su naturaleza, quedan limitadas a orientar todas sus decisiones según los derechos de los niños y el principio de su interés superior, de forma tal que este último “cumple una importante función hermenéutica en la medida en que permite interpretar sistemáticamente las disposiciones de orden internacional, constitucional o legal que reconocen el carácter integral de los derechos del niño”. En ejercicio de tal función hermenéutica, resulta innegable que el interés superior del menor constituye la finalidad de toda política pública pertinente y se erige en referente teleológico de toda decisión de autoridad que implique la preservación de los derechos de los niños. Las autoridades encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan entonces con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés. Si bien el efecto disuasivo de la justicia penal como mecanismo de protección de los derechos fundamentales ha sido ampliamente cuestionado, la penalidad de las conductas que comprometen gravemente los derechos de las personas y de los niños y niñas en especial, si es una garantía que les debe ser asegurada por el Estado a los menores para relevarlos de la victimización de la que pueden ser objeto si la persecución de los delitos en su contra no es efectiva. La investigación en estas materias, está en cabeza de los Fiscales, sin cuyo concurso, no queda haber nada más que la impunidad. Una forma de asegurar en consecuencia tales derechos es asegurando para los niños y niñas, a la par, el acceso efectivo a la administración de justicia.”

26 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-520A-09.htm>

Colombia

Sentencia No. C-041/94²⁷

Resumen:

Acción de inconstitucionalidad contra artículos del Código del Menor que permiten el allanamiento del domicilio por una autoridad no judicial cuando un menor se encuentre en situación de grave peligro, alegando que ello contraviene lo establecido en la Constitución que señala que dicha orden debe proceder de una autoridad judicial. En la sentencia se analiza si consideraciones organizativas del Estado pueden prevalecer sobre el derecho a la vida y a la integridad del menor, determinado que la actuación estatal acertada será aquella acorde con el interés superior.

“El Estado tiene la obligación de asistir y proteger al niño - con mayor razón al que se encuentra en peligro de perder su vida y ver menoscabada su integridad física - lo que puede hacer de oficio o a petición de cualquier persona. El deber de protección a cargo del Estado se cumple a través de los jueces y de las autoridades de familia. Estas últimas, en los términos de la ley, son “autoridad competente”, para los efectos de rescatar a los menores que se encuentren en situación de grave peligro. Luego, las mismas, de oficio o a petición de cualquier persona, deben hacer realidad el deber de protección a cargo del Estado.”

“9. (...) Desde la perspectiva de los convenios internacionales suscritos por Colombia, la medida de protección inmediata plasmada en las normas acusadas, tiene pleno asidero como mecanismo preventivo y eficaz a través del cual se busca garantizar la vida y la integridad física de los menores, derechos éstos reconocidos en todos los instrumentos internacionales y cuya efectividad compromete la responsabilidad internacional del país. “El interés superior del niño”, unido al principio de “protección especial”, sirven de marco de referencia para estimar si en eventos de urgente necesidad consideraciones puramente organizativas del estado aparato - mandamiento judicial o auto administrativo de allanamiento - pueden prevalecer sobre el derecho intrínseco a la vida del menor y a su integridad personal. Desde esta óptica, puede afirmarse sin hesitación, la respuesta estatal acertada será aquélla que, atendidas las circunstancias de tiempo, modo y lugar del caso concreto pueda, con mayor eficacia y prontitud, poner a salvo la vida del menor y su incolumidad física: vale decir, la actuación pública, administrativa o judicial, que sea más congruente con el interés superior del niño, aquí representado por su vida y su integridad física. El legislador consideró que en esas precisas e impelentes circunstancias, los órganos de policía encargados directamente de la protección del menor - defensores y comisarios de familia - eran los más idóneos para salvaguardar los derechos fundamentales amenazados,

27 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-041-94.htm>

máxime tratándose de una función eminentemente preventiva. Ese juicio del legislador que bien puede ajustarse a los compromisos internacionales contraídos por el país, es el que debe ser analizado desde el punto de vista de la Constitución Política.”

Colombia

Sentencia T-907/04²⁸

Resumen:

Pensionada de las Fuerzas Militares y como tal vinculada al sistema de seguridad social, petitionó para que su nieto, del cual ejerce la custodia, fuera incluido como beneficiario, solicitud que fue negada por la autoridad Sanitaria Militar, decisión frente a la cual se presenta una acción de tutela.

PREVALENCIA DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Deber de las autoridades de tenerlo en cuenta.

Es deber de las autoridades relacionadas con la prestación de servicios de salud, entre las cuales se cuenta el Director General de Sanidad Militar contra quien se dirigió la acción de tutela de la referencia, tener en cuenta en todos los casos que involucren niños que la protección, preservación y promoción de su interés superior y prevaleciente en materia de salud es el norte de cualquier actuación que les concierna, desde la interpretación del alcance de las propias competencias y de las normas que rigen los servicios de salud, hasta la ejecución material, el seguimiento, el control y la supervisión de su prestación. Si los funcionarios que gestionan y materializan en la práctica la prestación de los servicios de salud no obran en estos casos de tal manera que los derechos e intereses del menor involucrado sean sus objetivos prioritarios, desconocen las normas constitucionales, internacionales, legales y reglamentarias que gobiernan el ejercicio de sus funciones, amenazando o violando con ello los derechos fundamentales prevalecientes que están en riesgo.

Colombia

Sentencia T-502/11²⁹

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO-Reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales.

(i) Garantía del desarrollo integral del niño. Se debe, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. Corresponde a la familia, la sociedad y el Estado, brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar

28 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-907-04.htm>

29 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-502-11.htm>

el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada niño. (ii) Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño. Los derechos de los niños deben interpretarse de conformidad con las disposiciones de los tratados e instrumentos de derecho internacional público que vinculan a Colombia. (iii) Protección del niño frente a riesgos prohibidos. Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y protegerlos frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas. No en vano el artículo 44 de la Carta³⁰ señala que los niños “serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.” (iv) Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del niño. Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres, pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del niño. (v) Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del niño. El desarrollo integral y armónico de los niños (art. 44 CP), exige una familia en la que los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección. Al respecto el art. 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia prevé que “los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de una familia, a ser acogidos y a no ser expulsados de ella.” (vi) Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales. El solo hecho de que el niño pueda estar en mejores condiciones económicas no justifica de por sí una intervención del Estado en la relación con sus padres; deben existir motivos adicionales poderosos, que hagan temer por su bienestar y desarrollo, y justifiquen las medidas de protección que tengan como efecto separarlo de su familia biológica. “Lo contrario equivaldría a efectuar una discriminación irrazonable entre niños ricos y niños pobres, en cuanto a la garantía de su derecho a tener una familia y a no ser separados de ella.

30 La Corte Constitucional de Colombia utiliza de manera indistinta en su jurisprudencia Carta, Carta Política, Carta Magna o Constitución Política para referirse a la Constitución Política de 1991.

Colombia C-061/08³¹

Resumen:

La Corte Constitucional lleva a cabo un análisis de constitucionalidad de la Ley 1098 que prevé la publicación de los nombres y fotos de las personas condenadas por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cuando la víctima es menor de edad, medida tomada con la finalidad de proteger a la niñez y asegurar su bienestar.

La Corte concluye que, pese a su finalidad, no constituye una medida idónea para lograr tal fin.

PUBLICACION DE CONDENADOS POR DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACION SEXUALES EN MENORES DE EDAD-No supera test de proporcionalidad.

Existe un alto grado de incertidumbre sobre la capacidad que la medida estudiada podría tener para alcanzar de manera efectiva el propósito de protección a la niñez con el que presumiblemente fue establecida. Por el contrario, son notorios los peligros y afectaciones que ella supone tanto para los individuos penalmente sancionados como para los miembros de sus familias, y aún para las posibles víctimas y sus allegados. Así las cosas, concluye la Corte que esta publicación no es una medida idónea para el logro de la finalidad propuesta, y por el contrario, constituye un mecanismo desproporcionado e innecesario frente a la búsqueda de dichos objetivos.

Costa Rica

*Política Judicial dirigida al Mejoramiento del Acceso a la Justicia de las Niñas, Niños y Adolescentes en Costa Rica*³²

A partir de la aprobación de las Reglas de Brasilia en la Cumbre Judicial Iberoamericana, mismas que fueron aprobadas por la Corte Plena, se genera esta política con el objetivo de garantizar el acceso pleno a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, entre ellas, niñas, niños y adolescentes.

Esta Política agrupa las estipulaciones que guían a los funcionarios y funcionarias del Poder Judicial de Costa Rica para hacer realidad el acceso a la justicia en los servicios que presta a la población menor de edad. Mediante esta política el Poder Judicial da cumplimiento a la normativa internacional que protege los derechos de infancia e implementa las Reglas de Brasilia en relación con el derecho de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

³¹ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-061-08.htm>

³² <http://portal.poder-judicial.go.cr/ninnos/images/libros/Politica%20de%20Ni%C3%B1ez%20Unicef.pdf>

Costa Rica

*Directrices Generales para la Intervención, Atención, Acompañamiento y Seguimiento a todas las Víctimas del Delito*³³

Se trata de unas Directrices para Ministerios Públicos en las que se establecen principios para la atención de víctimas del delito, así como centros especializados de atención.

En la idea de brindar protección a una de las víctimas más vulnerables como son las personas menores de edad, se cuenta con una oficina en la que se da atención y protección a la víctima con personal especializado.

Costa Rica

*Voto 112-2013 - Tribunal de Familia*³⁴

Resumen:

Caso de un niño residente en Costa Rica, llevado a ese país por su madre, y separado de su padre que reside en Estados Unidos. El padre solicita la restitución internacional del menor de acuerdo con tratados internacionales. Sin embargo, atendiendo al interés superior del niño, y a su derecho a opinar, el Tribunal de Familia resuelve negar la solicitud y que el niño permanezca con la madre.

La sentencia hace un análisis sobre las excepciones a la obligación del Estado de garantizar el retorno inmediato de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita, rechazándolo cuando la separación entre madre e hijo ocasionaría un grave daño psicológico al menor.

“SEXTO: Un tema fundamental que debe ser examinado específicamente es el del Interés superior del menor G., toda vez la lectura que se le de a los autos y a la normativa nacional e internacional debe ajustarse a dicho principio. (...) En punto a la aplicación de tal principio en relación al Convenio de La Haya dijo: “En este sentido, como principio general reconocido y plenamente aplicable, al interés superior del niño no le es oponible norma o decisión -administrativa o judicial- que le contradiga, salvo que en circunstancias determinadas se encuentre en liza la aplicabilidad de algún otro principio general del mayor nivel, en cuyo caso el operador jurídico deberá atenerse a la prueba de ponderación y al rol de cada principio en el caso particular.

(...) En otras palabras, las autoridades administrativas y judiciales tienen la obligación de reconocer y aplicar el principio general del interés superior del

33 <http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/atencion%20y%20proteccion/1-Circular%20Administrativa%2002-ADM-%202009.pdf>

34 http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=566866&tem1=Inter%C3%A9s%20superior%20del%20ni%C3%B1o&strTipM=T&lResultado=1&strTem=ReTem

niño, en perfecto acatamiento de su carácter de principio, de los mandatos establecidos por el Derecho de la Constitución, incluso ideando mecanismos apropiados y soluciones consecuentes de conformidad con lo ordenado por el referido artículo 2 de la Convención Americana... Este reconocimiento del interés superior del niño como principio general que forma parte e informa a la globalidad del ordenamiento, ha llevado a la Sala a brindar y ordenar protección especial a los menores en materias tan diversas como la protección de su imagen e identidad, el resguardo de la imagen e identidad de los menores en conflicto con la ley, y a controversias suscitadas en asuntos migratorios, de salud y de familia.

(...) con relación al Convenio de La Haya, considera la Sala Constitucional que no hay excepción en cuanto a la preeminencia del Interés Superior de la persona menor de edad, que incluso tal Convenio establece el deber de estudiar por el fondo una serie de condiciones de la persona menor de edad que asegure que una posible restitución no va en contra de su Interés superior, sin que ello implique resolver el tema de la guarda, crianza y educación. (...) En otras palabras, si las autoridades administrativas o judiciales del Estado requerido, advierten que la restitución resulta contraria a los principios fundamentales del Estado en cuanto a la protección de los derechos humanos, esa restitución podrá ser denegada. En definitiva, el Convenio bajo estudio establece la posibilidad de disponer la restitución de menores cuando se acredite una retención ilegítima, pero al mismo tiempo impone a las autoridades del país requerido el ejercicio de ciertas potestades que determinan la procedencia o no de esa restitución; es decir, la restitución que permite y regula el Convenio no es absoluta, sino que encuentra limitaciones contundentes en lo que respecta a la seguridad física o psíquica del menor, y, particularmente, en los principios del Estado requerido en materia de derechos humanos.”

México

Tesis: 1a./J. 25/2012³⁵

“(...) los tribunales, en todas las medidas que tomen relacionadas con los menores, deben atender primordialmente al interés superior del niño; concepto que interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...) de la siguiente manera: “la expresión ‘interés superior del niño’ ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.

35 http://ius.scjn.gob.mx/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=3c4000000000&Apendice=100000000000&Expresion=159897&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes,Localizacion&TA_TJ=2&Orden=5&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&ID=159897&Hit=1&Ds=159897

México

Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes³⁶

La Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió en febrero de 2012 un Protocolo de actuación para la labor judicial en el cual se describen acciones concretas para aterrizar, entre otros, el principio de interés superior del niño. El Protocolo desagrega cuáles son las obligaciones que se desprenden de este principio y un listado de reglas de actuación con las cuales dar efecto útil al mismo.

República Dominicana

Centro de Entrevistas para Personas en Condición de Vulnerabilidad, Víctimas o Testigos de Delitos

El Poder Judicial dominicano tiene en funcionamiento el Centro de Entrevistas para Personas en Condición de Vulnerabilidad, Víctimas o Testigos de Delitos, el cual consiste, como su nombre lo indica, en un espacio destinado a la realización de entrevistas evidenciales a personas en condición de vulnerabilidad, víctimas o testigos de delitos penales, provisto de medios tecnológicos que permiten al tribunal observar y escuchar la entrevista que realiza un o una profesional en psicología, a fin de obtener declaraciones informativas o testimoniales que son grabadas en formato digital que se utiliza como medio de prueba.

Este centro está fundamentado en el principio del interés superior del niño, derivado de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 282 de la Ley 136-03 que instituye el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes y las Resoluciones Núms. 3687-2007 y 116-2010 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia.

En este Centro las entrevistas son realizadas por personal especializado y grabadas de tal forma de no revictimizar al menor de edad.

Uruguay

Plan piloto de visitas³⁷

El Plan Piloto de Visitas surgió como una propuesta con la finalidad de realizar un abordaje diferente de los casos más complejos en materia de visitas (o encuentros vinculares) en que existe una rotunda negativa del tenedor a que el niño/a o adolescente tenga vínculo con el progenitor no tenedor u otro referente afectivo alegando antecedentes de violencia, drogas etc.

³⁶ <http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/encuesta>

³⁷ www.juecesinfancia.mercosur.org

Dicha negativa también puede provenir del propio niño/a o adolescente.

Con su aplicación se pretende la intervención coordinada de los operadores y los técnicos para dar una respuesta ágil a la problemática ante la inexistencia de equipos técnicos para cada Sede.

Fue aprobado por resolución de la Suprema Corte de Justicia N° 456/11/22 y se ha prorrogado su vigencia por dos años más.

2

NO DISCRIMINACIÓN

CASO QUE LO ILUSTRAS

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*³⁸

Al respecto, el Tribunal considera que la prohibición de discriminación, en casos en que se relacionen menores de edad, debe ser interpretada a la luz del artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual establece que:

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.
151. Al respecto, la Corte resalta que las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha aclarado en su Observación General No. 7 que los niños y las niñas pueden sufrir las consecuencias de la discriminación de la cual son objeto sus padres, por ejemplo si han nacido fuera del matrimonio o en otras circunstancias que no se ajustan a los valores tradicionales¹⁷¹.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Servellón García vs. Honduras*³⁹

112. La Corte advierte que, en atención al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, el Estado no puede permitir por parte de sus agentes, ni fomentar en la sociedad prácticas que reproduzcan el estigma de que niños y jóvenes pobres están condicionados a la delincuencia, o necesariamente vinculados al aumento de la inseguridad ciudadana.

38 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

39 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_152_esp.pdf

na. Esa estigmatización crea un clima propicio para que aquellos menores en situación de riesgo se encuentren ante una amenaza latente a que su vida y libertad sean ilegalmente restringidas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana⁴⁰

173. La Corte considera que la situación de extrema vulnerabilidad en que el Estado colocó a las niñas Yean y Bosico, en razón de la denegación de su derecho a la nacionalidad por razones discriminatorias, así como la imposibilidad de recibir protección del Estado y de acceder a los beneficios de que eran titulares, y finalmente por vivir bajo el temor fundado de que fuesen expulsadas del Estado del cual eran nacionales y ser separadas de su familia por la falta del acta de nacimiento, la República Dominicana incumplió con su obligación de garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana, la cual implica no sólo que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, debe adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva)¹⁰⁶.
174. La Corte encuentra que por razones discriminatorias y contrarias a la normativa interna pertinente, el Estado dejó de otorgar la nacionalidad a las niñas, lo que constituyó una privación arbitraria de su nacionalidad, y las dejó apátridas por más de cuatro años y cuatro meses, en violación de los artículos 20 y 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 de la misma, y también en relación con el artículo 1.1 de este instrumento, en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico.

Colombia
T-694/11⁴¹

Resumen:

Tutela presentada por madre de niña con discapacidad para que se garantice su derecho a la educación. La respuesta judicial lo vincula con el derecho a la igualdad y la obligación del Estado de garantizar la disponibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad de la educación. En las sentencia se pone énfasis en la obligación de tomar medidas especiales teniendo como fundamento el principio de igualdad.

Derecho Fundamental a la Educación de las Personas Discapacitadas

"(...) Otra dimensión que adquiere el derecho a la educación, es que además

40 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_156_esp.pdf

41 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-694-11.htm>

de ser un derecho prestacional de desarrollo progresivo, cuenta con aspectos y componentes que lo configuran como un derecho fundamental de aplicación inmediata, en este caso por la titularidad con la que cuenta la población discapacitada, que a su vez encuentra razones para el reforzamiento en la protección, en tratándose de niños o niñas. Dadas estas circunstancias, como derecho fundamental el derecho a la educación de las personas con discapacidades, además de permitir su protección por medio de la acción de tutela, como lo ha indicado esta Corporación guarda en estos casos una relación conceptual innegable con el derecho a la igualdad, en la medida en que la condición especial de sus titulares los limitados físicos, sensoriales y psíquicos, implica la obligación del estado de articular medidas especiales de protección (...). Esto implica el deber correlativo de las entidades estatales de garantizar la disponibilidad, el acceso, la permanencia y la calidad en la prestación del servicio de educación, los cuales deben suministrarse en condiciones de igualdad, y bajo la consideración de las condiciones especiales de las personas afectadas con dichas limitaciones, de tal forma que los procesos de aprendizaje y socialización de tales sujetos sean lo más parecido posible a los de cualquiera de los educandos que carecen de alguna discapacidad (...)"

Colombia T-779/1131⁴²

Resumen:

Acción de tutela presentada frente a la no inclusión de niñas menores en el contrato de transporte escolar, lo que implicaba un desplazamiento de 4 horas a pie. La sentencia analiza si las dificultades en el transporte para acceder al servicio de educación vulneran el derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes, entendiendo como parte de su contenido la accesibilidad y la remoción de barreras para el acceso.

DERECHO A LA EDUCACION-Tratamiento constitucional con doble connotación como derecho y como servicio.

La educación vista como derecho fundamental y como servicio público, ha sido reconocida por la doctrina nacional e internacional como un derecho de contenido prestacional que comprende cuatro dimensiones: a) disponibilidad del servicio, que consiste en la obligación del Estado de proporcionar el número de instituciones educativas suficientes para todos los que soliciten el servicio; b) la accesibilidad, que consiste en la obligación que tiene que el Estado de garantizar que en condiciones de igualdad, todas las personas puedan acceder al sistema educativo, lo cual está correlacionado con la facilidad, desde el punto de vista económico y geográfico para acceder al servicio, y con la eliminación de toda discriminación al respecto; c)

42 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-779-11.htm>

adaptabilidad, que consiste en el hecho de que la educación debe adecuarse a las necesidades de los demandantes del servicio, y, que se garantice la continuidad en su prestación, y, d) aceptabilidad, que hace referencia a la calidad de la educación que debe brindarse.

ACCESO A LA EDUCACION DE MENORES-Implica remoción de barreras de acceso.

El derecho a la educación al tener doble connotación, a) como derecho fundamental e inherente al ser humano y b) como servicio público que debe traducirse en una prestación eficiente de parte del Estado, tiene un componente que busca su efectividad, el cual es la accesibilidad. Cuando la Sala habla de accesibilidad o acceso a la educación, hace referencia a que el Estado debe implementar políticas públicas, programas y actividades que estén dirigidos a alcanzar las condiciones de infraestructura mínimas necesarias para permitir el acceso, la continuación y la eficacia en la prestación del servicio. Esta Corporación ha ordenado la protección del derecho a la educación, mediante la remoción del obstáculo en cuanto a su accesibilidad. Este ha sido el caso de nombramiento de docentes o de desplazamientos desproporcionados a las aulas escolares.

Costa Rica

Voto 11816-2003⁴³

Resumen:

La sentencia analiza el derecho de las y los adolescentes a estudiar, con independencia de su condición de madres o no.

I.- La pretensión fundamental de la recurrente es que esta Sala declare que el proyecto educativo del Colegio Nuestra Señora de Desamparados introducido por reforma al reglamento institucional el 05 de noviembre de 2002 viola el derecho fundamental de la amparada a educarse, en tanto el referido centro de enseñanza concreta su oferta educativa a las adolescentes que tengan entre los doce y los diecisiete años de edad, *se encuentren solteras y no tengan hijos*. Agrega que la exclusión de la amparada para el curso lectivo dos mil tres por su condición de madre soltera adolescente origina una discriminación inadmisibles para el Derecho de la Constitución.

II. Esta Sala en sentencia número 2003-05316 de las nueve horas nueve minutos del veinte de junio de dos mil tres, acogió un recurso de amparo en condiciones similares contra la misma recurrida remitiendo a la abundante jurisprudencia sobre el derecho constitucional a aprender. En ese sentido se tuvo que el Código de la Niñez y de la Adolescencia (Ley No. 7739), consagran el derecho de los niños y adolescentes a recibir una educación que

43 http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=255954&strTipM=T&strDirSel=directo

tome en cuenta su *individualidad* (artículo 56). Por su parte, el numeral 70 de ese mismo cuerpo normativo, garantiza la permanencia de adolescentes embarazadas en los centros educativos públicos y privados. Ahora bien, por disposición del artículo 77 de la Constitución Política el sistema educativo es “...un proceso integral correlacionado en sus diversos ciclos, desde la preescolar hasta la universitaria”, es decir, cada año que debe ser cursado por los educandos se integra al concepto de ciclo educativo y bajo este esquema funciona tanto la educación pública como la privada con reconocimiento estatal, como es el caso del Colegio Nuestra Señora de Desamparados. La Sala reconoció en aquella oportunidad la facultad que tiene la dirección del colegio accionado para establecer requisitos de ingreso al centro –*adolescentes solteras y sin hijos*–, sin embargo, dado que la oferta en cuestión fue establecida en esas condiciones en una reforma al reglamento introducida el 05 de noviembre de 2002, la aplicación de la misma a la amparada –cuyo proceso formativo integral estaba en curso en esa institución– violenta flagrantemente su derecho a educarse. Las disposiciones del reglamento de la institución accionada sólo pueden tener aplicación para nuevos ingresos, y la Sala debe advertir que, una vez que la estudiante ha sido admitida dentro del proceso educativo, la institución no puede zzzarla del mismo por su condición de madre adolescente. En el presente caso, consta en la documentación aportada que la amparada ha cursado sus estudios de la educación diversificada en el Centro Educativo Nuestra Señora de Desamparados con anterioridad a la disposición que se reformó (ver folio 14 al 29), y según la citada jurisprudencia el hecho de tener un hijo no autoriza al colegio accionado para privar a la amparada del derecho a educarse en ese centro educativo, esto es, de la posibilidad de desarrollar a plenitud su personalidad, sus aptitudes y capacidades. De manera que al no encontrarse motivos para variar de criterio o razones de interés público que justifiquen reconsiderar la cuestión ya considerada, lo procedente es acoger este recurso con las consecuencias de ley.

3

DERECHO A OPINAR EN TODOS LOS ASUNTOS QUE LE AFECTAN Y A QUE SEAN DEBIDAMENTE TOMADAS EN CONSIDERACIÓN SUS OPINIONES

CASO QUE LO ILUSTRAS

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*⁴⁴

198. Con el fin de determinar los alcances de los términos descritos en el artículo 12 de dicha Convención, el Comité realizó una serie de especificaciones, a saber: i) “no puede partir[se] de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones”²²⁰; ii) “el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto”²²¹; iii) el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; iv) “la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias”²²²; v) “la capacidad del niño [...] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso”²²³, y vi) “los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica”, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de “la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente”²²⁴.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Rosendo Cantú y Otra Vs. México*⁴⁵

La obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados²⁶³ puede implicar, *inter alia*, lo siguiente: i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades²⁶⁴; ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se

44 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

45 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf

ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado²⁶⁵, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño²⁶⁶.

*Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*⁴⁶

228. El Tribunal reitera que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño³⁶⁸, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino.³⁶⁹

230. Asimismo, la Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal³⁷². En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.³⁷³

229. “los niños y las niñas con discapacidad t[ienen] 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, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho” (supra párr. 136). De manera que “es fundamental que los niños con discapacidad sean escuchados en todos los procedimientos que los afecten y que sus opiniones se respeten de acuerdo con su capacidad en evolución”³⁷¹. Además, el artículo 13 de la CDPD indica que se debe “facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales”.

46 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf

Resumen:

Caso de niños adoptados por hombre de nacionalidad estadounidense, homosexual. A partir del momento en que hizo pública su preferencia sexual, le fueron negadas las visas para salir del país. Se argumenta la violación del derecho de los niños a tener una familia, así como la discriminación por orientación sexual. La sentencia destaca el derecho del niño a ser oído.

2.4 DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER OÍDOS Y A QUE SUS OPINIONES SEAN TENIDAS EN CUENTA, ESPECIALMENTE EN LOS PROCESOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES

2.4.1 El artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño dispone lo siguiente:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

2.4.2 Con fundamento en esta disposición, el Comité de los Derechos del Niño, a través de la observación general número 12, precisó que este derecho, a nivel individual, comprende las siguientes obligaciones en cabeza del Estado: (i) garantizar que el niño sea oído en los procesos judiciales y administrativos que lo afecten y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta; (ii) ofrecer protección al niño cuando no desee ejercer el derecho; (iii) ofrecer garantías al niño para que pueda manifestar su opinión con libertad; (iv) brindar información y asesoría al niño para que pueda tomar decisiones que favorezcan su interés superior; (v) interpretar todas las disposiciones de la Convención de conformidad con este derecho; y (vi) evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma, lo que significa que los estados no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus opiniones, sino que en cada caso se debe evaluar tal capacidad, evaluación en la que la edad no puede ser el único elemento de juicio.

47 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-276-12.htm>

Además, el Comité resaltó la importancia de que los niños sean escuchados en procedimientos administrativos y judiciales como los relacionados con (i) el divorcio o separación de los padres, (ii) la separación del niño del núcleo familiar y formas sustitutivas de cuidado y (iii) su adopción, entre otros.

2.4.3 De forma similar, UNICEF y la Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito (UNDOC), en el “Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas”, resaltaron que el derecho de los niños a ser oídos y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta, conlleva la obligación de los estados de adoptar regulaciones que aseguren que las preocupaciones de los niños sean valoradas cuando, por ejemplo, se van a tomar medidas de protección para ellos mismos o su familia.

2.4.6 En resumen, el derecho de todo niño, niña o adolescente a ser escuchado y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta, conlleva la obligación del Estado de garantizar espacios dentro de los procesos judiciales y administrativos para que puedan ejercer su derecho de forma libre, así como la obligación de las autoridades de efectivamente oír las opiniones y preocupaciones de los niños, valorarlas según su grado de madurez y tenerlas en cuenta a la hora de tomar decisiones que les conciernan.

Colombia

T-094/13⁴⁸

Resumen:

Acción de tutela contra la decisión de adoptabilidad de dos niñas. Se argumenta la violación de su derecho a no ser separadas de su familia y la no consideración de su interés superior. Vinculado con este principio se retoma el derecho de los niños a ser escuchados.

4.10. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS A SER ESCUCHADOS.

4.10.1. El principio del interés superior de los menores de dieciocho años se encuentra íntimamente relacionado con su derecho a ser escuchados. El artículo 12 de la Convención sobre los derechos del Niño lo define en los siguientes términos:

48 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-094-13.htm>

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

3. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

4.10.2. El Comité de los Derechos del Niño, a través de la observación general número 12 acerca del derecho de los niños, las niñas y adolescentes a ser escuchados, realizó el siguiente análisis:

(i) Esta garantía los reconoce como plenos sujetos de derechos, independientemente de que carezcan de la autonomía de los adultos;

(ii) Este derecho debe ser tenido en cuenta para la interpretación del resto de sus garantías;

(iii) Respecto al precepto de que los niños, niñas y adolescentes deben ser escuchados en función de su edad y madurez, el Comité precisó: 1) Ante todo el ejercicio del derecho a emitir su opinión es una opción no una obligación. 2) Los Estados partes deben partir del supuesto de que el niño, niña o adolescente tiene capacidad para formarse su propio juicio respecto de los asuntos que afectan su vida y reconocerles el derecho a expresarse. Es decir, no les corresponde demostrar previamente que tienen esa capacidad. Es el Estado quien deberá, en concreto, evaluar su capacidad para formarse una opinión autónoma. 3) No existe un límite de edad para que los menores de 18 años manifiesten su libre opinión en todos los asuntos que los afectan, aún más, el Comité desaconseja que los Estados fijen una edad para restringir su derecho a ser escuchados. 4) La disposición que se analiza no evidencia que la edad en sí misma determine la trascendencia de la opinión que emiten los menores de 18 años, pues en muchos casos su nivel de comprensión de todo cuanto los rodea no está ligado a su edad biológica. *“Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso”.* Y 5) Respecto a la madurez, va ligada con el nivel de comprensión de un asunto y la evaluación de sus consecuencias, podría definirse como *“la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente (...) cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la*

correcta evaluación de la madurez de ese niño”.

(iv) La opinión del niño, la niña o adolescente debe escucharse en todos los asuntos que los afecten cuando son capaces de expresar sus propias opiniones frente al mismo.

4.10.4. Frente al contenido de esta garantía fundamental, en particular, el establecido en el numeral 2 del artículo 12 de la Convención, el Comité recomienda que en lo posible se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento. Es decir, si un menor de dieciocho años demuestra capacidad para emitir una opinión con conocimiento de causa deberá tenerse en cuenta la misma.

Colombia

Sentencia T-843/11

Resumen:

La sentencia se refiere a un caso de abuso sexual contra una persona menor de edad. Es de referencia debido a que se refiere a los aspectos que deben garantizarse para la debida diligencia de las autoridades, incluyendo entre ellos el derecho a ser oído sin que ello suponga una victimización adicional para el niño.

DEBIDA DILIGENCIA DE LAS AUTORIDADES JUDICIALES EN PROCESOS DE VIOLENCIA SEXUAL DE NIÑOS Y DE MUJERES

El deber de garantizar los derechos fundamentales de las víctimas de violencia sexual, especialmente cuando son niños y mujeres, impone a las autoridades judiciales –incluidos los fiscales– la obligación de adelantar las respectivas investigaciones y juicios penales con debida diligencia. Este deber de debida diligencia se traduce en obligaciones concretas como (i) adelantar la investigación de manera oportuna y dentro de un plazo razonable; (ii) no tomar decisiones discriminatorias basadas en estereotipos de género; (iii) brindar a las víctimas oportunidades para ser oídas y participar dentro del proceso, así como tomar en cuenta sus opiniones y reclamos, y adoptar mecanismos para facilitar la rendición del testimonio y para proteger su intimidad; (iv) dictar mandatos judiciales de amparo para evitar nuevas agresiones, así como para garantizar la seguridad de la víctima y su familia durante y después del proceso; (v) dar aviso a las víctimas de la liberación de los agresores; (vi) brindar información a las víctimas sobre sus derechos y la forma cómo puede participar en el proceso, así como orientación psicológica; (vii) permitir a las víctimas solicitar el control de legalidad de las decisiones que afectan sus derechos; y (viii) guardar la debida reserva de la identidad de la víctima. Adicionalmente, cuando la víctima es un menor de 18 años, los funcionarios judiciales deben (i) armonizar los derechos de los presuntos agresores con los derechos de los niños, por ejemplo, apli-

cando el principio de *in dubio pro reo* en última instancia después de una investigación seria y exhaustiva; (ii) minimizar los efectos adversos sobre los niños que se derivan de su participación en el proceso, por ejemplo, a través de apoyo interdisciplinario; (iii) dar prioridad a los casos y resolverlos con celeridad; (iv) tratar a los niños con consideración teniendo en cuenta su nivel de madurez y su situación de indefensión como víctimas; (v) permitir que los niños en todas las etapas sean acompañados y asistidos por personas de su confianza; (vi) informar a los niños y a sus representantes sobre las finalidades, desarrollo y resultados del proceso, resolver todas sus inquietudes al respecto y orientarlos sobre la forma como pueden ejercer sus derechos al interior del proceso; (vii) informar al Ministerio Público para que pueda velar por los intereses de los niños; y (viii) acudir el principio *pro infans* como criterio hermenéutico.

Colombia T-496/09⁴⁹

Resumen:

La sentencia aborda los límites a la libertad de expresión y de prensa a partir de los derechos a la intimidad, a la honra y al buen nombre de personas menores de edad.

Se incluye bajo el principio del derecho a opinar en todos los asuntos que le afecten en la medida en que se refiere a un claro límite que el Estado debe garantizar cuando niños o adolescentes formen parte de procesos judiciales.

LIBERTAD DE PRENSA COMO DERECHO DE RANGO CONSTITUCIONAL-Se exige mayor grado de responsabilidad cuando la noticia involucra a menores. Los medios de comunicación tienen el deber de emitir información cierta, objetiva y oportuna, y de otra, poseen el derecho de reportar públicamente los hechos y actuaciones, aún en lo irregular, de que tengan conocimiento en virtud de su función. Sin embargo, deben ser diligentes y cuidadosos en la divulgación de información que involucre elementos propios de la vida íntima de las personas o de su familia, que aún siendo verdadera, al ser presentada lesiona derechos fundamentales de los seres humanos allí involucrados, implicando un daño a la honra, la fama o el buen nombre, ocasionando un quebranto directo a la intimidad. Lo anterior exige un mayor grado de responsabilidad cuando la noticia involucra a menores, quienes se encuentran protegidos constitucionalmente por el artículo 44 de la Constitución Política, con inalienables derechos consagrados allí, en los tratados internacionales ratificados por Colombia y las leyes que regulan la materia, establecen el deber del Estado de proteger a los niños y hacer prevalecer sus derechos sobre los de los demás.

49 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-496-09.htm>

LIBERTAD DE EXPRESION E INFORMACION DERIVADOS DE LA PROTECCION PREFERENTE DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS A LA INTIMIDAD, TRANQUILIDAD, DESARROLLO ARMONICO, BUEN NOMBRE Y HONRA

En caso de conflicto entre el derecho a la información o a la libertad de expresión, y el derecho a la intimidad u otro derecho fundamental de los menores, estos últimos tienen primacía. Ello no supone prohibir el desarrollo de la libertad de expresión, sino que estrictamente regula su ejercicio para que no se acceda a la intimidad de los menores sin control. En reiterada jurisprudencia, la Corte se ha pronunciado sobre la necesidad de garantizar de manera efectiva y prevalente, el ejercicio de los derechos a quienes por su infancia son sujetos de especial protección. Así se ha estimado que los menores cuentan con un amparo reforzado también cuando se encuentran involucrados en un episodio que podría afectar su derecho a la intimidad, su integridad moral y su formación. No cabe duda que el Estado debe brindar protección prevaleciente a los derechos fundamentales de los niños, inclusive frente a la libertad de informar y ser informado.

Costa Rica

*Directrices para reducir la revictimización de las personas menores de edad en los procesos penales*⁵⁰

Guía práctica dirigida a las y los operadores (as) de justicia para disminuir la revictimización de los niños, las niñas y los adolescentes, existente en todo proceso penal.

Entre los temas que aborda se encuentran la prontitud del proceso, privacidad de la diligencia y acompañamiento del menor de edad, derecho a ser informado, consentimiento de la víctima para la realización de un examen, preguntas sencillas, no reiteración de la entrevista, espacio idóneo para la entrevista, asistencia profesional especializada, provisiones para el no contacto con la víctima, toma de la declaración infantil, protección de la imagen y de los datos de identidad del niño, anticipo jurisdiccional de la prueba, capacitación del personal, reducir los tiempos de espera, remisión a personal especializado en abuso sexual, brindar tratamiento psicológico cuando se requiera, garantizar los derechos para personas víctimas, valoraciones corporales en delitos sexuales únicamente cuando sea estrictamente necesario, acompañamiento del niño en pruebas corporales, transcripción únicamente de preguntas que sean útiles para el caso, reducir la formalidad de los debates o audiencias, identificación de expedientes de niños, niñas y adolescentes para darles prioridad.

50 <http://portal.poder-judicial.go.cr/ninnos/images/libros/007b.pdf>

Costa Rica

*Directrices para reducir la revictimización de niños, niñas y adolescentes en condición de discapacidad en procesos judiciales*⁵¹

Guía para las y los operadores (as) de justicia para evitar la revictimización de los niños, niñas y adolescentes, que viven con alguna discapacidad.

Algunos de los temas que se desarrollan son los siguientes: igualdad de oportunidades, diversidad, accesibilidad, no culpabilización de la persona con discapacidad, evitar el contacto directo con la víctima, asistencia profesional especializada, capacitación del personal judicial, brindar ayudas técnicas para garantizar la igualdad de la participación de niños con discapacidad, celeridad del proceso, privacidad de las diligencias, acompañamiento del menor, derecho a la información, consentimiento de la víctima para la realización del cualquier examen, uso de preguntas simples, evitar reiteración de las diligencias, espacios cómodos, protección de la imagen o de cualquier otro dato personal, reducción de los tiempos de espera, canalización con personal especializado, valoraciones corporales únicamente cuando sean estrictamente necesarias, acompañamiento en periciales corporales, transcripción únicamente de las preguntas de utilidad para el caso. Estas directrices retoman las recomendaciones planteadas en las previas, dirigidas a personas con discapacidad.

Costa Rica

*Protocolo de atención a víctimas mayores y menores de edad de delitos sexuales y explotación sexual comercial cometidos por personas mayores de edad*⁵²

*Protocolo de Atención a Víctimas Mayores y Menores de Edad de Delitos Relacionados con la Violencia Doméstica cometidos por personas mayores de edad*⁵³

*Protocolo de atención a víctimas de delitos sexuales y violencia doméstica cometidos por personas menores de edad*⁵⁴

Los tres protocolos tienen como finalidad que las y los funcionarios judiciales sigan las mismas pautas de actuación, facilitando las acciones judiciales y sociales a la víctima, favoreciendo la denuncia de estas agresiones, sensibilizando al personal ante estos casos, protegiendo la intimidad y facilitando la información de la persona víctima de delitos sexuales y la correcta obtención de la prueba necesaria para la investigación de los delitos.

51 <http://portal.poder-judicial.go.cr/ninnos/images/libros/o22.pdf>

52 <http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/biblioteca/protocolos/01/01.html>

53 <http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/biblioteca/protocolos/03.pdf>

54 http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/circulares_directrices/fiscalia_general/cir-

México

Tesis: 1a. LXXVIII/2013 (10a.)⁵⁵

DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A PARTICIPAR EN PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA. REGULACIÓN, CONTENIDO Y NATURALEZA JURÍDICA. Con fundamento en la Convención sobre los Derechos del Niño, describe los dos elementos del derecho (que los niños sean escuchados y que sus opiniones sean tomadas en cuenta) y estableciendo que debe observarse siempre en todo procedimiento que pueda afectar sus intereses.

México

Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes⁵⁶

La Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió en febrero de 2012 un Protocolo de actuación en el cual desagrega, a partir del derecho de todo niño a opinar en todos los asuntos que le afecten, un listado de reglas de actuación que tienen como finalidad la existencia de condiciones adecuadas e idóneas, a partir de las características específicas de la infancia, para su participación.

Portugal

Processo 156/08.4TASLV.E1⁵⁷

En esta sentencia se aborda la no repetición de los interrogatorios de niños víctimas de abusos sexuales.

“Daí que haja a necessidade das entidades que procedem aos interrogatórios destas vítimas estarem munidas de cautelas e de conhecimentos bastantes sobre a arte de interrogar uma criança, de forma a que consigam interpretar esgares, silêncios, hesitações, monossílabos, um simples “sim” ou um simples “não”, a construção frásica, a clareza do discurso, as pausas, as interrupções, as emoções e sentimentos que a criança evidencia (vergonha, culpa, tristeza, alegria, alívio, ansiedade), a labilidade e o distanciamento emocionais, o olhar, a postura, o sorriso, a colocação das mãos, o grau de sugestionabilidade, os seus desenhos, o seu comportamento com os brinquedos, o seu comportamento sexualizado, o tipo de pressão ou coerção a que pode estar sujeito, o contexto da sua revelação inicial...

55 http://ius.scjn.gob.mx/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=3c4000000000&Apendice=100000000000&Expresion=2003023&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes,Localizacion&TA_TJ=2&Orden=5&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&ID=2003023&Hit=1&IDs=2003023

56 <http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/encuesta>

57 <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973d804f39bf2802579bf005f080b/04a5045ea0f2692a80257a29005b82e0?OpenDocument>

Tais interrogatórios não se devem repetir para que a criança não tenha de injustificadamente reviver as cenas de um passado que quer definitivamente esquecer, sem prejuízo da tomada complementar de declarações sempre que o seu interesse superior o demandar, embora se considere, tal como o faz.

4

DERECHO A LA VIDA, SUPERVIVENCIA Y DESARROLLO

CASO QUE LO ILUSTRAS

Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC 17/1002 *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*⁵⁸

“86. En suma, la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos.”

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*⁵⁹

"196. Las normas transcritas permiten precisar, en variadas direcciones, los alcances de las "medidas de protección" a que alude el artículo 19 de la Convención Americana. Entre ellas merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación."

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay*⁶⁰

"161. En este sentido, los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluyen en el derecho a la vida la obligación del Estado de garantizar "en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño". El Comité de Derechos del Niño ha interpretado la palabra "desarrollo" de una manera amplia, holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social¹⁶⁵. Mirado así, un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, inter alia, proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida¹⁶⁶."

58 http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

59 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf

60 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kasek vs. Paraguay*⁶¹

“258. Esta Corte ha establecido que la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su condición se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos²⁸⁹.”

259. En el presente caso, el Tribunal reitera sus consideraciones anteriores con respecto al acceso al agua, la alimentación, salud y acceso a la educación de los miembros de la Comunidad (supra párrs. 194 a 213).”

61 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- GONZÁLEZ CONTRÓ, M., “Derechos de niñas, niños y adolescentes” en FERRER MAC-GREGOR, E., CABALLERO, J. L. y STEINER, C. (coordinadores)(2013). *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Konrad-Adenauer-Stiftung, (en prensa).
- GRIESBACH, M. y ORTEGA, R. (2013). *La infancia y la justicia en México II. Elementos para garantizar el efecto útil del interés superior del niño víctima del delito*. México: Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia, A.C. e Instituto Nacional de Ciencias Penales. 162 p.
- OFICINA DE LA DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA, A.C. (2009). *Modelo especializado para la toma de declaraciones infantiles ¿cómo obtener información sin revictimizar al niño?*, Tomo II Colección: El niño víctima del delito frente al proceso penal”. México: ODI, Secretaría de Seguridad Pública del Gobierno Federal. 151 p.

FUENTES DE ORIGEN INTERNACIONAL

SISTEMA UNIVERSAL

- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para contraer Matrimonio y el registro de los Matrimonios.
- Convención sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores.
- Convención sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing).
- Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad).
- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad.

- ▣ Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal.
- ▣ Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a Niños Víctimas y Testigos de Delitos.
- ▣ Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas.
- ▣ Ley Modelo sobre la justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos del delito.
- ▣ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 5 Medidas Generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44).
- ▣ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10 Los derechos del niño en la justicia de menores.
- ▣ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12 El derecho del niño a ser escuchado.
- ▣ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14 Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.
- ▣ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 17 Artículo 24 Derechos del Niño.

SISTEMA INTERAMERICANO

- ▣ Declaración Americana de los Derechos Humanos.
- ▣ Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- ▣ Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores.
- ▣ Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias.
- ▣ Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, y Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional.
- ▣ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002 Condición Jurídica y los Derechos Humanos del Niño, 28 de agosto de 2002, Serie A, No. 17.

- ▣ _____. Opinión Consultiva OC-18/03 Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
- ▣ _____. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77.
- ▣ _____. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.
- ▣ _____. Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.
- ▣ _____. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.
- ▣ _____. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152.
- ▣ _____. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.
- ▣ _____. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.
- ▣ _____. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.
- ▣ _____. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- ▣ _____. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Serie C No. 225.
- ▣ _____. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

SENTENCIAS Y BUENAS PRÁCTICAS NACIONALES

COLOMBIA

- ▣ Corte Constitucional de Colombia Sentencia T- 520A/09.
- ▣ Corte Constitucional de Colombia Sentencia No. C-041/94.
- ▣ Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-907/04.
- ▣ Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-502/11.
- ▣ Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-061/08.
- ▣ Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-694/11 .
- ▣ Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-779/11.
- ▣ Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-276/12.
- ▣ Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-094/13.
- ▣ Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-843/11.
- ▣ Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-496/09.

COSTA RICA

- ▣ Directrices Generales para la Intervención, Atención, Acompañamiento y Seguimiento a todas las Víctimas del Delito de Costa Rica.
- ▣ Directrices para reducir la revictimización de niños y personas menores en materia penal.
- ▣ Directrices para reducir la revictimización de personas en condición de discapacidad.
- ▣ Política Judicial dirigida al Mejoramiento del Acceso a la Justicia de las Niñas, Niños y Adolescentes.
- ▣ Protocolo de atención a víctimas mayores y menores de edad de delitos sexuales y explotación sexual comercial cometidos por personas mayores de edad.
- ▣ Protocolo de Atención a Víctimas Mayores y Menores de Edad de Delitos Relacionados con la Violencia Doméstica cometidos por personas mayores de edad.

- ▣ Protocolo de atención a víctimas de delitos sexuales y violencia doméstica cometidos por personas menores de edad.
- ▣ Tribunal de Familia de Costa Rica, Voto 112-2013.
- ▣ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Costa Rica, Voto 11816-2003.

MÉXICO

- ▣ Tesis: 1a./J. 25/2012.
- ▣ Tesis 1alxxviii/2013(10a.)
- ▣ Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

PORTUGAL

- ▣ Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Évora 156/08.4TASLV.E1.

REPÚBLICA DOMINICANA

- ▣ Centro de Entrevistas para Personas en Condición de Vulnerabilidad, Víctimas o Testigos de Delitos.

URUGUAY

- ▣ Plan piloto de visitas de Uruguay.

**Apartado sobre
personas,
comunidades y
pueblos indígenas**



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	97
I. MARCO NORMATIVO	99
II. CONCEPTOS	100
III. PRINCIPIOS GENERALES PARA LA CONSIDERACIÓN DE LAS Y LOS JUZGADORES EN CASOS QUE SE ENCUENTREN INVOLUCRADAS PERSONAS, COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS	101
1. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN	
2. AUTOIDENTIFICACIÓN	
3. MAXIMIZACIÓN DE LA AUTONOMÍA	
4. ACCESO A LA JUSTICIA CONSIDERANDO LAS ESPECIFICACIONES CULTURALES	
5. PROTECCIÓN ESPECIAL A SUS TERRITORIOS Y RECURSOS NATURALES	
6. PARTICIPACIÓN, CONSULTA Y CONSENTIMIENTO FRENTE A CUALQUIER ACCIÓN QUE LES AFECTE	
IV. PROPUESTA DE SELECCIÓN DE SENTENCIAS Y BUENAS PRÁCTICAS DE LOS DIFERENTES PAÍSES EN LAS QUE ESTÁN INVOLUCRADAS PERSONAS, COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS	119
FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	155



INTRODUCCIÓN

Tal como lo afirmó recientemente el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU¹, la situación que viven los pueblos originarios se sigue caracterizando por la violación sistemática y generalizada de sus derechos, a pesar de los importantes avances alcanzados en el plano normativo. Consideramos que este abismo debe desaparecer.

Rodolfo Stavenhagen² sintetizó la problemática de estos pueblos así:

“en diversas esferas hay una incomprensión con respecto a los derechos indígenas, ligada a la persistencia de prejuicios y actitudes discriminatorias cuando no racistas. Más preocupante resulta la oposición al pleno disfrute de sus derechos que proviene de diversos intereses económicos privados, nacionales e internacionales. Estos intereses se centran en la propiedad de la tierra y la explotación de los recursos naturales, sobre todo los bosques, el agua y los recursos del subsuelo. Con frecuencia están coludidos con las estructuras del poder político para obstaculizar el avance de los derechos humanos de los pueblos indígenas... Los Estados necesitan mostrar mayor voluntad y capacidad política para construir mecanismos y estructuras eficientes que logren promover realmente, y no solamente simular, el respeto efectivo de los derechos humanos de los pueblos indígenas en sus países. Los tribunales deben asumir activamente la defensa de estos derechos más allá de los legalismos que durante tanto tiempo se usaron para despojar de ellos a los indígenas.”

Por lo tanto, las y los juzgadores tienen frente a sí, un reto enorme, pues las normas que a nivel nacional e internacional reconocen derechos individuales y colectivos a los pueblos indígenas, deben permear con urgencia el conjunto de los sistemas jurídicos nacionales y generar acciones concretas que disminuyan la distancia entre lo reconocido y la praxis judicial, avanzando en superación de las barreras que los pueblos indígenas enfrentan cotidianamente para gozar de sus derechos. Con esto pretende contribuir el presente texto.

Este apartado del Protocolo Iberoamericano busca auxiliar a las y los juzgadores en su tarea de impartir justicia de forma especializada, acercándoles los estándares internacionales y algunos ejemplos de buenas prácticas y resoluciones de diversos países de Latinoamérica, pues estamos conscientes de la relevancia de las resoluciones judiciales, su poder transformador y trascendencia en la vida de las personas. En pocas palabras, los criterios jurisdiccionales son un claro indicador del avance real en el respeto a los

1 Afirmación hecha el 18 de septiembre de 2013. Consultada el 08 de octubre de 2013 en la página electrónica del Relator: <http://unsr.jamesanaya.org/esp/declaraciones/declaracion-del-relator-especial-al-consejo-de-derechos-humanos-2013>

2 En el Informe presentado al Consejo de Derechos Humanos A/HRC/4/32 el 27 de febrero de 2007 y que fue consultado el 15 de octubre de 2013 en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/111/02/PDF/G0711102.pdf?OpenElement>

derechos, en este caso, de las y los indígenas y el quehacer jurisdiccional tiene un invaluable potencial para la modificación de las desigualdades que aún enfrentan estas personas y colectivos.

Cabe aclarar que esta iniciativa tiene como antecedente el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de las personas, comunidades y pueblos indígenas, publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en abril del 2013, mismo que fue sometido a la consideración del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, tal como consta en el último informe que éste presentó a la Asamblea General de la ONU en agosto pasado³.

3 Párrafo 12 del informe A/68/317, mismo que fue consultado el 29 de octubre de 2013 en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/images/stories/docs/2013-ga-annual-report-sp.pdf>

I. MARCO NORMATIVO

El marco jurídico de los principios y de las consideraciones que se sugieren en el presente apartado lo constituye un conjunto amplio de instrumentos internacionales de diversa índole, entre los que podemos destacar el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, la Convención Americana de Derechos Humanos, la jurisprudencia interpretativa desarrollada por los órganos de supervisión de los instrumentos internacionales en la materia y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cabe aclarar que aunque algunas personas pudieran pensar que la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no es vinculante por su naturaleza, día con día crecen las voces que aseguran lo contrario, pues tal como lo afirma la Relatoría Especial de Naciones Unidas, al ser una resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas que refleja el consenso internacional que existe en torno a los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, debe considerarse como una interpretación autorizada de las obligaciones que los Estados tienen con respecto de los derechos de estos pueblos y al estar vinculada a una pauta de práctica internacional y estatal continuada, es parte del derecho internacional consuetudinario.

Como sabemos, a pesar del avance en la adopción de normas que reconocen los derechos indígenas, se sigue manteniendo la brecha de implementación de éstas, persistiendo las situaciones que de facto y de manera estructural les impiden gozar efectivamente de sus derechos, por ello la necesidad de aterrizar las normas en la realidad concreta a través de resoluciones judiciales protectoras, sobre todo si los tribunales, comienzan a desempeñar un papel cada vez más activo en la defensa de los derechos indígenas.

II. CONCEPTOS

Para los efectos del presente apartado del Protocolo se entiende por:

- a. **Persona indígena:** La que tiene conciencia de pertenecer a una comunidad o pueblo indígena.
- b. **Pueblos indígenas:** Colectividades que descienden de poblaciones que habitaban el continente al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.
- c. **Territorio indígena:** Porción del territorio constituida por espacios continuos y discontinuos ocupados, poseídos o usados de alguna manera por los pueblos y comunidades indígenas, y que comprenden la totalidad del hábitat que permite su reproducción y continuidad material, social, cultural y espiritual.
- d. **Instituciones indígenas:** Aquellas que los pueblos y comunidades indígenas reconocen como tales, con base en sus sistemas normativos internos, las cuales pueden o no coincidir con otras instituciones del Estado que los alberga.
- e. **Lenguas indígenas:** Son las lenguas propias de los pueblos originarios de América.

III. PRINCIPIOS GENERALES PARA LA CONSIDERACIÓN DE LAS Y LOS JUZGADORES EN CASOS QUE SE ENCUENTREN INVOLUCRADAS PERSONAS, COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS

A continuación se enuncian seis principios de carácter general que fundamentan y dan sentido a todo el andamiaje jurídico de origen nacional e internacional que debe ser observado en cualquier momento del proceso de justicia en los que estén involucradas personas, comunidades y pueblos indígenas. Estos principios buscan presentar lineamientos generales que las y los juzgadores pueden aplicar de manera directa o bien usar como criterio de interpretación de éstos y otros derechos.

1. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

2. AUTOIDENTIFICACIÓN

3. MAXIMIZACIÓN DE LA AUTONOMÍA

4. ACCESO A LA JUSTICIA CONSIDERANDO LAS ESPECIFICIDADES CULTURALES

5. PROTECCIÓN ESPECIAL A SUS TERRITORIOS Y RECURSOS NATURALES

6. PARTICIPACIÓN, CONSULTA Y CONSENTIMIENTO FRENTE A CUALQUIER ACCIÓN QUE LOS AFECTE.

Para mayor claridad, del lado izquierdo se hace referencia los instrumentos jurídicos que reconocen los principios aludidos, del lado derecho lo que estos expresan y abajo de cada uno, las consideraciones que se sugiere tomar en cuenta a las y los juzgadores para brindar una atención diferenciada.

INSTRUMENTO

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 1º, 2º.

Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, artículos 2º, 3º.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1º, 2º y 26.

Observación General No. 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44.

PRINCIPIO

1. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

1.A. Trato y reconocimiento

Ninguna persona indígena podrá recibir un trato discriminatorio por su identidad étnica, idioma, género, aspecto, condiciones físicas y mentales, o por su condición social.

Sus culturas, prácticas, costumbres e instituciones deben ser tratadas en términos de igualdad en relación a las culturas, prácticas, costumbres e instituciones del resto de la sociedad dominante. La *interculturalidad* debe ser entendida como el diálogo respetuoso entre culturas y deberá ser el principio básico de relación entre los funcionarios del Estado y los indígenas.

Los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de aplicación de la norma que mejor proteja los derechos de las personas.

1.B. Detección y toma de medidas especiales

La aplicación del principio no discriminatorio de la igualdad de acceso a los derechos no significa que haya que dar un trato idéntico a las personas, más bien, se ha subrayado la importancia de tomar medidas especiales para reducir o eliminar las condiciones que llevan a la discriminación. La pretensión de la igualdad no es “asimilar” a las personas a una idea única de sujeto, más bien reconoce la validez de una diversidad de proyectos posibles.

Cabe aclarar que este principio implica una protección especial de las autoridades frente a actuaciones de terceros.

El Mecanismo de expertos de ONU ha señalado “[...]la relación de los pueblos indígenas con los sistemas nacionales de justicia no puede examinarse, por tanto, sin tener en cuenta los factores históricos o su actual situación económica, social y cultural.”⁴

4 Opinión N° 5 (2013) del Mecanismo de Expertos: acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas, párrafo 4. Disponible en la página electrónica: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2_sp.pdf

[...] “En vista de los abusos sufridos a lo largo de la historia por los pueblos indígenas, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial es de particular interés, ya que reconoce la necesidad de adoptar medidas especiales para hacer frente a la discriminación.”⁵

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

Se tiene que reconocer la personalidad jurídica, individual o colectiva de los indígenas que inicien acciones jurídicas ante los juzgados o tribunales en demanda de sus derechos específicos, sin que ello implique ningún trato discriminatorio por el hecho de asumir tal condición.

Las autoridades indígenas deben ser consideradas como tales y no como particulares. El carácter de autoridad indígena podrá considerarse acreditado con documentos propios de los núcleos o colectivos indígenas.

A partir de datos como el lugar de origen de la persona, el idioma que hablan sus padres o el tipo de asunto, el juzgador se debe preguntar si las personas involucradas en el juicio son miembros de una comunidad o pueblo indígena y por tanto, si deben considerar elementos de esa cultura que le permitan adecuar su resolución al caso concreto. Esta obligación se incrementa en regiones de gran presencia indígena por razones de origen o de migración.

A partir de esa detección deberá informársele a la persona que tiene una serie de derechos, como por ejemplo, ser asistido por un traductor y defensor que conozca su lengua y cultura e interponer los recursos y medios de defensa a su alcance, así como hacer las adecuaciones que permitan que le sean de fácil comprensión las diferentes etapas del procedimiento.

Las y los juzgadores deben proveer lo necesario para comprender la cultura de la persona sujeta a proceso y para que ésta comprenda las implicaciones de los procedimientos jurídicos.

En síntesis, las y los juzgadores deben considerar la desigualdad estructural que padecen los pueblos indígenas, esos factores que sin posibilidad de opción, colocan a las personas dentro de grupos históricamente sometidos y marginados y por ello deben tomar medidas concretas que ayuden a reducir los obstáculos que impiden la defensa eficaz de los intereses de las personas y pueblos indígenas.

⁵ Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. *Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas*. Julio de 2013, A/HRC/EMRIP/2013/2, párrafo 15. Disponible en la página electrónica: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2_sp.pdf

INSTRUMENTO

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 9° y 33.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, artículo 1°.

PRINCIPIO

2. AUTOIDENTIFICACIÓN

2.A. A quién corresponde definir lo indígena

Las personas y los pueblos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad indígena y a determinar su identidad y pertenencia conforme a sus costumbres.

La autoadscripción es el criterio para determinar si una persona es indígena, pues la definición de lo indígena no corresponde al Estado. Es prerrogativa de quienes tienen conciencia de pertenecer a un pueblo o comunidad indígena definirse como tales.

En tal sentido, la autoadscripción es el acto voluntario de personas o comunidades que, teniendo un vínculo cultural, histórico, político, lingüístico o de otro tipo, deciden identificarse como miembros de un pueblo indígena reconocido por el Estado.

2.B. El reenvío a los mecanismos indígenas

La Corte Interamericana observó que la identificación de la comunidad, desde su nombre hasta su composición, era “un hecho histórico social” que hacía parte de su autonomía. Por tanto, la Corte y el Estado debían limitarse “a respetar las determinaciones que en este sentido presente la comunidad, es decir, la forma cómo ésta se auto-identifique”.⁶

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

Basta el dicho de la persona para que se acredite este hecho y esto debe ser suficiente para la juzgadora o el juzgador. En casos colectivos, basta que los representantes comunitarios así lo manifiesten y que exhiban, por ejemplo, las actas de asamblea en las que se haga constar este hecho.

Quien se autoadscribe como indígena no tiene la carga de la prueba sobre esa circunstancia, pues no es una condición biológica o fenotípica, ni conlleva referentes materiales específicos e inmutables, sino que se trata de una identificación subjetiva con una identidad cultural.

Esta autoidentificación la mayoría de las veces implica un reenvío a los sistemas jurídicos indígenas tanto para definir su integración como quienes son sus autoridades.

⁶ Ruíz Chiriboga, Oswaldo y Gina Donoso, *Pueblos indígenas y Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones*, (Bélgica: 2010), versión manuscrita, p. 16. Consultado el 08 de octubre de 2013 en la página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28583.pdf>

INSTRUMENTO

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 3º, 4º, 5º.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 1, 1.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, artículo 4.

PRINCIPIO

3. MAXIMIZACIÓN DE LA AUTONOMÍA

Como criterio de interpretación

Todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación, esto significa el reconocimiento a la capacidad de decidir sobre lo propio.

El derecho a la libre determinación se ejerce mediante el control de sus instituciones, así como de su desarrollo social y cultural dentro del marco del Estado en que viven, (...) ⁷ ello implica que los Estados respeten la integridad de los valores, prácticas e instituciones que se derivan de su identidad como pueblos indígenas. ⁸

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

El principio que se sugiere privilegiar es el de la maximización de la autonomía de los pueblos, por ejemplo, en el ámbito de sus autoridades, instituciones, sistemas jurídicos y opciones de desarrollo.

Los pueblos indígenas son parte constitutiva del Estado y debe protegerse su derecho colectivo a participar de manera eficaz en los procesos de toma de decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses.

⁷ Párrafo Preambular 5 y otros Artículos del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Disponible en la página electrónica: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169

⁸ Artículo 5, b, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

INSTRUMENTO

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, artículos 8, 9 y 12.

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 13 y 40.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8º.

PRINCIPIO

4. ACCESO A LA JUSTICIA CONSIDERANDO LAS ESPECIFICIDADES CULTURALES

4.A. Acceso a la justicia interna

“De conformidad con el derecho a la libre determinación, los pueblos indígenas deben tener acceso a la justicia a nivel externo, de los Estados, e interno, a través de los sistemas consuetudinarios y tradicionales indígenas, y deben tener acceso a la justicia tanto de manera individual como colectiva.”⁹

Es importante alinear la justicia ordinaria con la justicia indígena, a fin de generar un marco normativo que “evite los solapamientos entre ambas jurisdicciones y que proporcione algunas reglas básicas de cómo debe ser la relación, cuáles son los límites de la *jurisdicción indígena*, cuál es la competencia que le corresponde a cada una de ellas y cuál debe ser la regla a aplicar si un asunto o conflicto es asumido por una jurisdicción cuando le corresponde a otra.”¹⁰

4.B. Mínimos que la justicia indígena no puede desconocer

“En algunos casos los propios Estados impugnan las prácticas judiciales indígenas, a menudo basándose en el argumento de que los sistemas tradicionales son discriminatorios o incompatibles con las normas nacionales o internacionales. Es importante señalar que la Declaración exige el cumplimiento de las normas internacionales de derechos humanos, pero no incluye ninguna disposición similar con respecto a los sistemas nacionales.”

4.C. Acceso a la justicia externa

“Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.”¹¹

9 Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. *Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas*. Julio de 2013, A/HRC/EMRIP/2013/2, párrafo 5. Disponible en la página electrónica: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2_sp.pdf

10 *La protección de los derechos de los Pueblos Indígenas a través de un nuevo sistema de justicia penal*, Due Process of Law Foundation, 2012.

11 Artículo 40 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Disponible en la página electrónica: http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf

[...] “Entre los elementos de dicho acceso a la justicia se cuentan el derecho a un recurso efectivo, la equidad en el procedimiento y la necesidad de que los Estados adopten medidas positivas para permitir dicho acceso.”¹²

Este principio está relacionado con la oportunidad de las personas de participar en procesos determinantes para el ejercicio de sus derechos, de acuerdo con el debido proceso legal y como garantía fundamental del juicio justo. Este derecho se ha entendido como una especie de acción afirmativa orientada a subsanar o reducir las desventajas que sufren los pueblos indígenas para acceder plenamente a la jurisdicción del Estado.

El reconocimiento de los derechos indígenas implica que al aplicar la legislación nacional dentro de un proceso o juicio, la persona juzgadora parta de:

4.C.a) la identificación de una identidad cultural diferente que tiene un referente colectivo, es decir, que se trata de pueblos con organización e instituciones propias, dentro de las que se comprenden instituciones jurídicas y políticas y que tienen su raíz en una cultura diferente que debe ser respetada y apoyada en su desarrollo; y

4.C.b) la obligación que tiene de considerar las normas de estos pueblos con el fin de valorarlas correctamente en el contexto y significado real de los hechos.

Lo anterior implica, por ejemplo, que desde la detención, la persona a quien se le imputa la comisión de un delito tenga acceso a los medios necesarios, tanto técnicos (asistencia de un defensor y traductor) como materiales (la posibilidad de investigar y aportar pruebas), a partir de su propia identidad cultural, para definir e implementar una estrategia de defensa frente a esa imputación.

La esencia de este derecho consiste en la oportunidad que tenga la defensa para participar en el proceso penal, en condiciones de igualdad respecto a la acusación, para hacer valer su perspectiva sobre los hechos (defensa material) y el derecho (defensa técnica). Es evidente que para una persona ajena a los códigos y el lenguaje técnico usado en el tribunal, el derecho a la defensa implica la provisión de un especialista con conocimiento de la lengua y la cultura del implicado. De esta manera, se debe garantizar que la persona implicada conozca y entienda con anticipación y en detalle la acusación formulada en su contra.

Los instrumentos internacionales prevén que para el pleno cumplimiento del derecho a la defensa, además de la provisión por parte del Estado de un defensor con conocimiento de la cultura y traductores con el conocimiento de su lengua, sin importar que el inculpado no nombre uno o no los pueda pagar, es necesario que la persona pueda comunicarse libremente y en privado con su defensor, incluso antes de su primera declaración. Este derecho es fundamental y esto no sería posible si el defensor y el impu-

¹² Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas. Julio de 2013, A/HRC/EMRIP/2013/2, párrafo 11. Disponible en la página electrónica: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2_sp.pdf

tado no comparten la lengua materna de la persona o no cuentan con traductor y si éste no tiene nociones de la dimensión cultural en que se socializó su defendido y sus implicaciones para el proceso.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

Los pueblos indígenas tienen derecho a aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, respetando los derechos humanos y de manera relevante la dignidad e integridad de las mujeres. De ahí que los juzgados deben considerar declinar competencia en aquellos casos que corresponde conocer a las autoridades propias de los pueblos.

Es obligación de los tribunales del Estado, reconocer la existencia de los sistemas normativos indígenas y convalidar las resoluciones y elecciones que se realicen conforme a los mismos, siempre y cuando respeten derechos humanos.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia por ejemplo, elaboró los “mínimos contenidos éticos” que la administración de justicia indígena no puede desconocer, independientemente de su cultura, pautas o tradiciones, incluyendo: 1) el derecho a la vida (no a la pena de muerte); 2) el derecho a la integridad física (no a la tortura); 3) el derecho a la libertad (no a la esclavitud) y 4) el derecho a un debido proceso (de acuerdo con las propias reglas establecidas en la comunidad).

Está en los impartidores de justicia averiguar si en los casos que revisan hay elementos de especificidad cultural relevantes para ser tomados en cuenta en el momento de determinar, por ejemplo, la responsabilidad penal y si estos elementos influyeron en la comisión de los hechos o en los elementos determinantes de la responsabilidad del encausado.

Para que la justicia sea cultural y materialmente accesible a estas personas y colectivos, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, deben contar con intérpretes que conozcan su lengua. Deben contar con los medios eficaces para comprender y hacerse comprender dentro del procedimiento.

De la misma manera, el juzgador o la juzgadora tendrá que allegarse todos los datos que le permitan comprender la lógica jurídica indígena, prevaleciendo el diálogo y el respeto a la diversidad cultural.

Se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, tanto para determinar si la conducta particular está influida por una visión del mundo distinta al sentido común que presupone la ley positiva, como para determinar si en el contexto socio-cultural de la persona existen normas que le prohibieron, le obligaron o le permitieron realizar conductas distintas a las esperadas por el derecho positivo.

El juzgador debe hacer una valoración integral del caso y el contexto cultural del indiciado mediante una actitud proactiva orientada a favorecer la eficacia de los derechos de las personas, allegándose los elementos que le ayuden a resolver considerando esas especificidades.

Se recomienda consultar a peritos antropólogos expertos sobre el pueblo indígena involucrado a fin de ofrecer un marco general del sistema cultural de la persona involucrada y su sistema normativo.

INSTRUMENTO

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19.

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 8, 26, 32.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 21.

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23: Los derechos de las minorías.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 27.

PRINCIPIO

5. PROTECCIÓN ESPECIAL A SUS TERRITORIOS Y RECURSOS NATURALES

5.A. Detección y protección especial

La protección especial de sus territorios y recursos es uno de los derechos fundamentales para que los pueblos indígenas puedan reproducirse, mantener y desarrollar sus culturas.¹³

El artículo 26 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala que los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra. Y en el artículo 8, la Declaración señala que los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de:

[...]

b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos;

“Una dimensión particular del acceso a la justicia guarda relación con el hecho de superar las injusticias y la discriminación históricas de que han sido objeto durante largo tiempo, entre otras situaciones, en relación con la colonización y la desposesión de las tierras, los territorios y los recursos de los pueblos indígenas. Las injusticias cometidas en el pasado que siguen sin resarcirse constituyen una permanente afrenta a la digni-

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

Los juzgadores deben identificar y reconocer si el asunto que conocen involucra la tierra, el territorio o los recursos naturales de un individuo o comunidad indígena y asentarlo explícitamente para su posterior protección. Para ello, puede auxiliarse en esa identificación con periciales históricas, etnohistóricas, documentos coloniales, paleografías o monografías.

En razón a esa protección especial las y los jueces deben abrir paso a las reivindicaciones o recuperaciones de los territorios que planteen los pueblos indígenas.

¹³ Ver: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. Disponible en la página electrónica: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

dad del grupo, lo que contribuye a mantener la desconfianza hacia los culpables, especialmente cuando es el Estado el que reclama su autoridad sobre los pueblos indígenas como resultado de ese mismo agravio histórico. El daño asociado a las injusticias históricas se sigue produciendo actualmente y, por lo tanto, debe tenerse en cuenta. Muchas de las dificultades a las que se enfrentan hoy día los pueblos indígenas tienen su origen en agravios pasados.”¹⁴

5.B. Territorio y posibilidades de pervivencia

Según el Convenio 169 de la OIT, el concepto territorio va más allá de lo dispuesto por el derecho agrario, ya que por la importancia material, simbólica y espiritual que reviste para la cultura de estos pueblos, el territorio comprende la totalidad del hábitat que ocupan o utilizan de alguna manera (incluyendo el acceso al mismo), y los sitios que consideran sagrados y ceremoniales, lugares que deben protegerse con las mismas consideraciones que los territorios en los que se asientan esos pueblos.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

En tal sentido, es necesario que el juzgador reconozca la especial relación que los pueblos indígenas guardan tanto en lo colectivo como en lo individual con la tierra y procedan a su protección en el caso específico (al momento de la valoración de las pruebas y del dictado de la sentencia respectiva).

5.C. Protección a la propiedad pero también a la posesión indígena

En relación con lo anterior, es ilustrativa la interpretación de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, donde la propiedad indígena sobre sus territorios tradicionales se fundamenta “no en el reconocimiento oficial del estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos”.¹⁵

El estándar establecido por la Corte Interamericana resulta

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

Se debe otorgar importancia a los “títulos vi-reinales” como prueba indiciaria para acreditar posesión inmemorial. También se deben considerar con valor probatorio los documentos y constancias expedidas por autoridades tradicionales.

De la mera presencia de indígenas en áreas geográficas donde se pretenden desarrollar proyectos por parte de empresas, debe derivarse una fuerte presunción *iuris tantum* de que éstos tienen algún tipo de derecho sobre los recursos y los territorios que han venido poseyendo u ocupando.

¹⁴ Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. *Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas*. Julio de 2013, A/HRC/EMRIP/2013/2, párrafos 6 y 7. Disponible en la página electrónica: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2_sp.pdf

¹⁵ Ruíz Chiriboga, Oswaldo y Gina Donoso. *Pueblos indígenas y Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones* (Bélgica: 2010), versión manuscrita, p.46. Consultado el 08 de octubre de 2013 en la página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28583.pdf>

relevante en la medida que incorpora a la noción de posesión del territorio, no sólo la ocupación física, sino también actividades de carácter permanente o estacional y usos relacionados a la cultura de los pueblos indígenas y tribales.¹⁶

Se deben considerar y respetar las formas internas de posesión y traslado de dominio indígenas.

5.D. Acciones colectivas

Debe garantizarse la promesa constitucional en materia de intereses difusos o colectivos haciendo un reconocimiento de legitimación procedimental de base ancha. Ello pone en crisis las categorías clásicas de interés legítimo y derecho subjetivo como posibilidades de satisfacer individualmente las necesidades mediante la apropiación de objetos separables y susceptibles de apropiación exclusiva, requiriéndose en consecuencia encontrar nuevos tipos de protección a través de las llamadas acciones colectivas, asignadas en cabeza de un grupo, clase o conjunto de personas y que pueden ser iniciadas, como en autos, por cualquiera de ellas.¹⁷

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

Las leyes procesales deben interpretarse con amplitud, pues el rechazo de una acción en virtud de una interpretación restrictiva o ritualista es susceptible de causar una lesión a los derechos de estos pueblos.

Las y los jueces deberán abrir nuevas vías para los reclamos de las personas y los grupos, a fin de tutelar efectivamente sus derechos (incluyendo su dimensión colectiva); por lo que es necesario dejar de pensar que el derecho subjetivo está siempre referido a un titular determinado o al menos determinable.

De esta forma, deberán reflexionar acerca de la admisión de las acciones procesales de aquellas personas que en lo individual o colectivamente lo accionen, aunque, por ejemplo, no sean titulares de esos derechos, a fin de someter a un control constitucional la actuación de la autoridad que se señale como responsable.

En muchos casos, la titularidad de los derechos de las y los indígenas, es colectiva. Dada esta situación, la legitimación procesal se amplía a los sujetos interesados (toda una colectividad o a cada uno de sus miembros).

¹⁶ Ibid p. 48

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de Argentina. Cámara Contencioso Administrativa, Chaco. Consejo QUOMPI-LQATAXAC NAM QOMPI con Provincia del Chaco. Sentencia de Fondo. 21 de abril de 2006. Consultada el 08 de octubre de 2013 y disponible en la página electrónica: http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fderechosindigenas.org.ar%2Findex.php%2Fcentrodocumentacion%2Fdoc_download%2F10-ccont-adm-consejo-quompi-lqataxac-nam-qompi-vs-provincia-del-chaco&ei=DoHkUdyqHqrfyQHrIDgCQ&usg=AFQjCNHrkRs4XA7n7Tu6JjoOb8xcijXWoQ-&bvm=bv.48705608,d.aWWM

El desafío que compete en el nuevo siglo a los operadores judiciales frente a una sociedad expectante que requiere respuestas oportunas y convincentes es dar certeza en un tiempo razonable y de manera debidamente motivada y justa abriendo las puertas de la jurisdicción y garantizando la tutela de las libertades fundamentales a todos los habitantes.

INSTRUMENTO

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, artículos 6 y 7.

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 19 y 32.

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/65/264, 2010.

Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo en su 282ª sesión, noviembre de 2001.

Informe del Relator Especial de Naciones Unidas A/66/288 de agosto de 2011.

PRINCIPIO

6. PARTICIPACIÓN, CONSULTA Y CONSENTIMIENTO FRENTE A CUALQUIER ACCIÓN QUE LOS AFECTE

6.A. Obligación de corroborar

Como ha afirmado la Corte IDH, además de constituir una norma convencional, la obligación de consulta es también un principio general del Derecho Internacional. Es un derecho colectivo que tiene un doble carácter: es un derecho íntimamente vinculado con la libre determinación y a la vez un instrumento central para garantizar la realización de un amplio conjunto de derechos reconocidos tanto en el ámbito internacional como en el nacional.

El derecho de los pueblos indígenas a participar en la adopción de decisiones que puedan llegar a afectar sus derechos e intereses es fundamental para el pleno ejercicio de derechos como la salud, materializar sus propias prioridades para el desarrollo, la preservación cultural, al agua, al medio ambiente sano, entre otros.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

No puede asumirse que por el hecho de haber sido aprobada una ley o realizado un acto administrativo que afecte la vida de los indígenas, existió una consulta previa. El impartidor o la impartidora de justicia debe corroborar fehacientemente que en todo acto administrativo o legislativo que les afecte, se haya garantizado el derecho a la participación, la consulta y el consentimiento libre, previo e informado según el caso.

“El incumplimiento de la norma de consulta o su realización sin observar sus características esenciales, compromete la responsabilidad internacional de los Estados”¹⁸

Aun cuando la ley nacional establezca que los derechos sobre recursos del subsuelo forman parte del patrimonio nacional, el Estado tiene la obligación de “consultar con los pueblos indígenas y tribales que pudieran ser afectados antes de autorizar actividades de exploración y explotación de los recursos del subsuelo ubicados en territorios indígenas”¹⁹.

¹⁸ Corte IDH, caso del pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

¹⁹ López Bárcenas, Francisco. *El Derecho de los Pueblos Indígenas de México a la Consulta*. Servicios para una Educación Alternativa A.C. México, 2013, p. 61. Consultado el 08 de octubre de 2013 y disponible en la página electrónica: <http://www.lopezbarcenass.org/sites/www.lopezbarcenass.org/files/EL%20DERECHO%20DE%20LOS%20PUEBLOS%20INDIGENAS%20DE%20MEXICO%20A%20LA%20CONSULTA.pdf>

La consulta se requeriría no solo cuando las tierras que pudieran ser afectadas por una medida o actividad hayan sido reconocidas como tierras indígenas por el derecho interno...“se plantea siempre que estén en juego sus intereses particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra”.²⁰

En palabras del Relator Especial:

- a. los Procedimientos de consulta constituyen vías mediante las cuales los Pueblos Indígenas pueden contribuir a la evaluación previa de los posibles efectos de la actividad propuesta, en particular los efectos sobre sus derechos sustantivos e intereses.
- b. Son claves para la búsqueda de alternativas menos dañinas o para la definición de medidas de mitigación.
- c. Son mecanismos para llegar a acuerdos favorables desde sus propias prioridades y estrategias de desarrollo, al proporcionar beneficios tangibles y promover el disfrute de sus derechos humanos.
- d. El consentimiento o acuerdo proporciona la necesaria aprobación social – una relación positiva entre los operadores del proyecto con las personas más directamente afectadas y contribuirá a la necesaria estabilidad del proyecto.²¹

6.B. Principios

Los principios esenciales de este derecho son:

1. *La consulta debe realizarse con carácter previo a la adopción de la medida a ser consultada. Las comunidades que resultarán afectadas deben ser involucradas lo antes posible en el proceso.*
2. *La consulta no se agota con la mera información, debe ser un diálogo genuino con el deseo de llegar a un acuerdo común.*
3. *La consulta debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes.*
4. *La consulta debe ser adecuada y a través de instituciones representativas indígenas, esto es tomando en cuenta los métodos tradicionales del pueblo para la toma de decisiones.*
5. *La consulta debe ser sistemática y transparente.*²²

²⁰ Informe del Relator Especial 2009, A/HRC/12/34, párr. 44. Consultado el 08 de octubre de 2013 y disponible en la página electrónica: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/8057>

²¹ Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. *Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas*. Julio de 2013, A/HRC/EMRIP/2013/2, párrafos 29, 58 y 59. Disponible en la página electrónica: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2_sp.pdf

²² Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. *Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la Reforma Constitucional en materia de Derechos de los pueblos indígenas en Chile*. 2009. Disponible en la página electrónica: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf>

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

Cuando un caso se judicialice por no haber sido respetado este derecho, el juzgador o juzgadora deberá ponderar:

1. Que existen derechos derivados de la tenencia y usos indígenas de la tierra, el territorio y los recursos naturales;
2. Que existe la obligación del Estado de consultar (en su idioma) a estos pueblos en relación con las actividades que les afecten y las responsabilidades conexas de las empresas, incluyendo entre otros temas: estudios de impacto, distribución de beneficios y medidas de mitigación;
3. Que el Estado debe de proveer de toda la información necesaria e imparcial para que los indígenas puedan tomar una posición;
4. Que existe la obligación de buscar el consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa;
5. Que es un derecho de los pueblos indígenas el ser consultados a través de las instituciones representativas que existan o designen para el caso;
6. Que el Estado debe realizar la consulta de buena fe y dialogar con las autoridades delegadas expresamente por los pueblos;
7. Que debe concertarse con los pueblos indígenas el procedimiento de la consulta previa.

Es obligación del Estado respetar los usos y costumbres de los pueblos indígenas en el proceso de consulta, en particular sus tiempos, sus procesos internos, su idioma y sus instituciones.

En los proyectos de menor impacto dentro del territorio, se debe procurar el consentimiento libre, previo e informado sobre el proyecto o por lo menos sobre la identificación de los impactos, así como la forma de prevenirlos y mitigarlos.

“La Declaración reconoce dos situaciones en que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados antes de seguir adelante con la iniciativa propuesta, a saber: situaciones en que el proyecto dé lugar al desplazamiento por la fuerza de un grupo indígena de sus tierras o territorios (art. 10) y los casos relacionados con el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas (art. 29). **A estas situaciones el Relator Especial agregaría las relativas al establecimiento de proyectos de extracción de recursos naturales en tierras de pueblos indígenas y otras situaciones en que los proyectos podrían tener una repercusión social o cultural importante en las vidas de los pueblos indígenas de que se trata**”.²³

23 Párrafo 84 del informe A/66/288 del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Se sugiere considerar las tres barreras que en la práctica obstaculizan los procesos de consulta y que la organización argentina Dejusticia ha desarrollado²⁴:

“...lejos de asemejarse a las condiciones ideales de deliberación abierta y diálogo horizontal y libre que asumen las normas jurídicas, en la práctica, las consultas tienen lugar en contextos marcados por la violencia, la desigualdad y la desinformación por lo tanto habrá que observar tres condiciones de posibilidad asociadas con sendos obstáculos:

La primera barrera empírica de las consultas es la **profunda asimetría de poder** entre los pueblos y sus interlocutores (el Estado y las empresas en consultas sobre proyectos económicos concretos, y el Estado). Las diferencias de poder son múltiples, desde la notoria brecha de acceso a información relevante hasta las obvias asimetrías de recursos económicos, pasando por las diferencias relacionadas con las condiciones de seguridad de las partes, la asesoría profesional con la que cuentan y su capacidad para persistir en el proceso, a pesar de los costos, demoras y otras dificultades. La primera condición de posibilidad es la existencia de mecanismos de contrapeso que mitiguen o eliminen esas diferencias. Los mecanismos pueden ser de diversa naturaleza. Pueden consistir, por ejemplo, en la participación de organizaciones regionales y nacionales para fortalecer la voz y las capacidades de interlocución de los pueblos; la disponibilidad de asesoría especializada y libremente escogida por los pueblos para acompañar el proceso; o la asignación de recursos económicos para que los pueblos y las organizaciones puedan acudir efectivamente a las diligencias de consulta. Solo la existencia de este tipo de mecanismos, puede garantizar que se cumpla uno de los requisitos esenciales de la consulta: que sea libre.

La segunda barrera central es la **opacidad de la información**. En las consultas sobre proyectos económicos, casi nunca los afectados tienen acceso a todos los detalles relevantes sobre la duración, la magnitud y los efectos económicos, sociales y culturales de las obras planeadas, ya sea la construcción de una represa o la explotación de un yacimiento mineral. En las consultas brillan por su ausencia explicaciones accesibles y transparentes acerca de sus efectos potenciales sobre la vida, la cultura y la economía de los afectados. Para sortear esta profunda falla se requieren mecanismos de circulación de la información, que constituyen la segunda condición de posibilidad. Entre ellos se encuentran los espacios autónomos de reunión donde las personas y organizaciones puedan difundir, discutir y evaluar libremente los datos esenciales de la medida o proyecto sobre el que versa la consulta; materiales de información y capacitación asequibles para un público no especializado, en general, y para los pueblos afectados, en particular; y acuerdos de buena fe entre las partes para que la nueva información relevante que surja durante el proceso de consulta sea compartida y difundida. Solo este tipo de condiciones garantiza que se cumpla otro requisito definitorio de la consulta: que sea informada.

24 Rodríguez Garavito, César y Natalia Orduz Salinas, La consulta previa: Dilemas y Soluciones. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. Bogotá, junio de 2012. Pp. 12-15. Disponible en http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=justicia_transicional&publicacion=1246

El tercer factor que impide una consulta genuina es la **insuficiencia de tiempo**. Las consultas suelen llegar demasiado tarde, cuando ya los proyectos económicos han comenzado a generar efectos o las medidas han avanzado en su trámite. Adicionalmente, por falta de planeación y previsión gubernamentales, tienden a ser realizadas de manera atropellada, en una verdadera carrera contra reloj, que implica que, en unos pocos días, se deben surtir diálogos complejos sobre asuntos que pueden determinar el destino de poblaciones enteras. Estos cronogramas no solo resultan apresurados para las entidades estatales, sino que desconocen las circunstancias de las personas cuya ubicación geográfica y prácticas económicas y culturales hacen imposible (e indeseable) ajustarse a los ritmos de consultas relámpago. Por último, el manejo del tiempo es inadecuado en cuanto es discontinuo e irregular: son frecuentes las interrupciones y suspensiones de las consultas, que luego son aceleradas de forma drástica cuando se vencen los plazos o surgen urgencias jurídicas y políticas. Frente a esta realidad, se sigue que una tercera condición de posibilidad de la consulta es el uso adecuado del tiempo. La adecuación del manejo del tiempo se refiere, en primer lugar, a la anticipación con la que se inicien los diálogos. En el caso de las medidas legislativas, esto implica que la oportunidad de iniciar el proceso no solo debe ser anterior a la radicación del proyecto de ley en el Congreso, sino que debe contar con suficiente anticipación para garantizar que pueblos y organizaciones se informen y preparen para participar en la consulta. De esto depende que se cumpla el último requisito definitorio de la consulta: que sea previa. El uso adecuado del tiempo implica, además, que la consulta se extienda a lo largo de un período suficiente para que los pueblos y las organizaciones puedan acudir y participar en ella, dentro de cronogramas acordes con sus prácticas culturales, su ubicación geográfica y las dificultades relacionadas con sus condiciones reales de vida. Finalmente, para que el tiempo de la consulta sea continuo, se requiere cumplir los acuerdos entre las partes sobre el procedimiento, sobre los contenidos de la medida legislativa consultada o sus bases jurídicas o políticas. Sellarse los acuerdos o las reglas, cumplirlas y no retroceder en lo negociado es una garantía de que el proceso avanzará, de que los pasos de la consulta no serán en vano y que los avances logrados no serán desconocidos súbitamente”.

IV. PROPUESTA DE SELECCIÓN DE SENTENCIAS Y BUENAS PRÁCTICAS DE LOS DIFERENTES PAÍSES EN LAS QUE ESTÁN INVOLUCRADAS PERSONAS, COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS

Muchos de nuestros países se están enfrentando al reto de incorporar a sus resoluciones normas sobre derechos humanos de fuente internacional y existen excelentes muestras de los pasos que se han dado para concretar este objetivo a través de sentencias protectoras de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas.

A continuación se podrán encontrar algunos ejemplos encaminados a garantizar el auxilio de intérpretes y peritos, a ampliar criterios de admisión y desahogo de pruebas, a tomar en cuenta las diferencias culturales, a dar paso a las jurisdicciones y elecciones indígenas, a proteger las tierras, territorios y recursos de estos pueblos y verificar que éstos hayan sido consultados cuando se toman medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos; entre otros.

Aunque esta es una pequeña muestra de decisiones jurisdiccionales, buenas prácticas e informes que resultan insuficientes para contrarrestar la gravedad de los problemas que enfrentan los pueblos indígenas en los sistemas de justicia, estamos seguros de que, en alguna medida, contribuyen –brindando otros criterios y miradas jurisdiccionales- al reto enorme que tienen los poderes judiciales para promover la superación de las barreras que los pueblos indígenas enfrentan cotidianamente para gozar de sus derechos.

Hemos seleccionado 40 buenas prácticas y sentencias de 11 tribunales de Latinoamérica y, debido a su importancia, añadimos 10 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como la persona lectora podrá notar, se han citado algunos párrafos de las mismas y todas cuentan con la referencia correspondiente para consultarlas en el vínculo señalado.

Sentencias y Buenas Prácticas por principio que se citan	
Principio 1. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN	
Corte IDH	3
Total	3
Principio 2. AUTOIDENTIFICACIÓN	
Colombia	1
Argentina	1
México	2
Total	4

Principio 3. MAXIMIZACIÓN DE LA AUTONOMÍA

Colombia	5
Bolivia	1
México	1
Total	7

Principio 4. ACCESO A LA JUSTICIA CONSIDERANDO SUS ESPECIFICIDADES CULTURALES

Corte IDH	3
Costa Rica	2
Guatemala	1
Colombia	1
México	2
Total	9

Principio 5. PROTECCIÓN ESPECIAL A SUS TERRITORIOS Y RECURSOS NATURALES

Corte IDH	3
Informe del Relator	1
Chile	2
Guatemala	1
Nicaragua	1
Panamá	2
Perú	1
Total	11

Principio 6. PARTICIPACIÓN, CONSULTA Y CONSENTIMIENTO FRENTE A CUALQUIER ACCIÓN O MEDIDA QUE LOS AFECTE

Corte IDH	1
Colombia	1
Ecuador	1
Guatemala	1
Bolivia	1
México	2
Total	7
Total	40

Sentencias y Buenas Prácticas por país que se citan	
Corte IDH	10
Colombia	8
México	7
Guatemala	3
Bolivia	2
Chile	2
Costa Rica	2
Panamá	2
Argentina	1
Ecuador	1
Nicaragua	1
Perú	1
Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas	1
Total	40

1

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

CASO QUE LO ILUSTRAS

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.²⁵

Párrafo 269

El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en varios instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.

Párrafo 271

La Corte Interamericana ha señalado que “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto”. Los Estados están obligados “a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”

Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.²⁶

Párrafo 103

En referencia a lo que no constituye discriminación: Es un principio establecido en el derecho internacional que el trato desigual a personas en condiciones desiguales no necesariamente constituye discriminación no permitida.

25 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf

26 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

Corte IDH. *Caso Baldeón García Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147.²⁷

Párrafo 202

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe tener en cuenta los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

27 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_147_esp1.pdf

2

AUTOIDENTIFICACIÓN

CASO QUE LO ILUSTRAS

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.²⁸

Párrafo 37

*...la Corte resalta que no corresponde a este Tribunal ni al Estado determinar la pertenencia étnica o el nombre de la Comunidad. Como el mismo Estado reconoce, “no puede [...] unilateralmente adjudicar o desmentir denominaciones de [las] Comunidades Indígenas, por corresponder este acto a la Comunidad en referencia”. La identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía. Este ha sido el criterio del Tribunal en similares situaciones. Por tanto, **la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma cómo ésta se auto-identifique.***

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-973 de 2009, citada en la Sentencia T-601/11.²⁹

Nota de la página 39

*La Corte ha considerado que se trata de un principio constitucional del que se deriva el derecho fundamental a la identidad étnica, tanto de las comunidades indígenas como de sus integrantes que, puede ser definido, “**como la facultad de todo grupo indígena y de sus miembros, a formar parte de un determinado patrimonio cultural tangible o intangible y de no ser forzado a pertenecer a uno diferente o a ser asimilado por uno distinto**”. Es un derecho subjetivo, que conforme a la jurisprudencia constitucional, deviene también en un derecho constitucional fundamental.*

Corte Suprema de Justicia de Argentina. Cámara Contencioso Administrativa, Chaco. Consejo QUOMPI-LQATAXAC NAM QOMPI con Provincia del Chaco. Sentencia de Fondo. 21 de abril de 2006.³⁰

28 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf

29 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-973-09.htm>

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-601-11.htm>

30 http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fderechosindigenas.org.ar%2Findex.php%2Fcentrodocumentacion%2Fdoc_download%2F10-ccont-adm-consejo-quompi-lqataxac-nam-qompi-vs-provincia-del-chaco&ei=DoHkUdyqHqrfyQHQRlDgCQ&usg=AFQjCNHrkRs4XA7n7Tu6JJoOb8xcijXWoQ&bvm=bv.48705608,d.aWM

Página 9

[...] También se ha dicho que la comunidad indígena entendida como unidad socio-política es un ente con personalidad jurídica propia, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. Este hecho, surgido del reconocimiento constitucional de la preexistencia de los pueblos indígenas e instrumentado en forma expresa por el art. 75, inc.17, de la C.N., implica que **el Estado puede tan sólo reconocer esa Personalidad Jurídica y no otorgarla** como en el caso de los otros cuerpos con estatutos societarios citados por el Código Civil. Este reconocimiento debe ser entendido en consonancia con el mandato constitucional de respetar la identidad de los Pueblos, lo que significa el respeto a sus mecanismos de representación y toma de decisiones, los que ciertamente no son los de la democracia representativa.

Página 13

[...] Cabe tener presente que el reconocimiento legal de las Comunidades Indígenas, **el Estado debe limitarse a constatar la existencia de las mismas, inscribiéndolas en un registro especial. Es decir, el Estado debe reconocerles su personería por el sólo hecho de existir, en forma declarativa y no constitutiva, como ocurre con otras entidades y asociaciones previstas en el Código Civil.**

Página 14

[...] **Que los pueblos indígenas o comunidades sean personas implica un reenvío al derecho consuetudinario de las propias comunidades tanto para definir su integración como sus autoridades.**

Suprema Corte de Justicia de la Nación / México. Amparo Directo en Revisión 28/2007. Primera Sala. Resolución 27 de junio 2007.³¹

Suprema Corte de Justicia de la Nación / México. Amparo Directo en Revisión 1851/2007. Primera Sala. Resolución 05 de diciembre de 2007.³²

Página 71

...la definición de lo indígena no corresponde al Estado, sino a los propios indígenas. El Estado y, en particular, los órganos encargados de la persecución de los delitos y de la impartición de justicia deben guiarse, en la calificación oficial, por lo que la población indígena decida...

Páginas 30 y 31

No hay que olvidar que la Constitución se refiere a la conciencia de la identidad indígena, sin exigir siquiera expresamente que exista un tipo determinado de declaración o comunicación externa de la misma. La apreciación de si existe o no existe una autoadscripción indígena en un caso concreto debe descansar

31 <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=88430>

32 <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=95279>

en una consideración completa (no parcial), basada además en constancias y actuaciones (no en la opinión personal del juzgador de amparo), y debe realizarse además siempre con una actitud orientada a favorecer la eficacia de los derechos de las personas, sobre todo en casos penales y en aquellos que prima facie parecen involucrar a grupos estructuralmente desaventajados. En estos casos, la actitud del juzgador (siendo “juzgador” no solamente el juez penal ordinario sino, naturalmente, también el juez o tribunal de amparo, cuya justificación institucional es precisamente ser el garante de los derechos fundamentales) debe ser la más favorable a la garantía de los derechos del procesado”.

Suprema Corte de Justicia de la Nación / México. Tesis Aislada, Primera Sala, Décima Época.³³

COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS. CUALQUIERA DE SUS INTEGRANTES PUEDE PROMOVER JUICIO DE AMPARO EN DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COLECTIVOS. El derecho humano de acceso a la justicia para las comunidades o pueblos indígenas, contenido en el artículo 20. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deriva de la situación de vulnerabilidad en que aquéllos se encuentran y del reconocimiento de su autonomía, por ello, en dicho precepto se fijó un ámbito de protección especial que, sin tratarse de una cuestión de fuero personal, garantiza que sus miembros cuenten con la protección necesaria y los medios relativos de acceso pleno a los derechos... En esa medida, el acceso pleno a la jurisdicción del Estado, cuando se trate de medios de defensa de derechos fundamentales, como es el juicio de amparo, debe permitirse a cualquier integrante de una comunidad o pueblo indígena, instar a la autoridad jurisdiccional correspondiente para la defensa de los derechos humanos colectivos, con independencia de que se trate o no de los representantes de la comunidad, pues esto no puede ser una barrera para su disfrute pleno.

33 http://ius.scjn.gob.mx/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=3c7880000000&Apendice=100000000000&Expresion=COMUNIDADES%20Y%20PUEBLOS%20IND%20c3%8dGENAS.%20CUALQUIERA%20DE%20SUS%20INTEGRANTES%20PUEDE%20PROMOVER%20JUICIO%20DE%20AMPARO%20EN%20DEFENSA%20DE%20LOS%20DERECHOS%20FUNDAMENTALES%20COLECTIVOS&Dominio=Rubro&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&ID=2004169&Hit=1&IDs=2004169

3

MAXIMIZACIÓN DE LA AUTONOMÍA

CASO QUE LO ILUSTRAS

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-601/11.31³⁴

Página 41

...este órgano colegiado ha venido sosteniendo que la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por las Naciones Unidas en el año 2007, refleja la posición actual de la comunidad internacional sobre la autonomía de las comunidades indígenas, declaración que para el juez se constituye en una pauta de interpretación importante de los derechos fundamentales de las comunidades tribales³⁵...la Corte Constitucional desde sus inicios ha considerado que los principios de las comunidades indígenas a la diversidad cultural e integridad étnica y determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno³⁶, así como a darse y conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida y de adoptar las decisiones internas o locales que estime más plausibles para la conservación o protección de esos fines, pueden plantear permanentes tensiones con otros principios constitucionales de la sociedad mayoritaria, las cuales deben ser resueltas a partir de la ponderación como modo de argumentación constitucional, “en la medida en que una incompatibilidad entre la autonomía, la integridad o la diversidad cultural y un derecho fundamental determinado es un conflicto entre normas constitucionales de igual jerarquía”. Sin embargo, ha estimado que en abstracto los derechos de los pueblos indígenas gozan de una dimensión de peso mayor prima facie, en virtud del principio de maximización de la autonomía. Lo anterior, se justifica en la necesidad de garantizar la participación de las minorías y de que exista una suerte de acento constitucional en la efectividad de sus derechos.

34 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-601-11.htm>

35 Sentencias T-704 de 2006, T-514 de 2009 y T-617 de 2010.

36 El principio de autonomía encuentra sus principales manifestaciones constitucionales en los artículos 58 y 63, que protegen los territorios de los pueblos indígenas, los cuales deben ser interpretados y complementados por los artículos 13-19 del Convenio 169 de la OIT; artículo 329 constitucional que se refiere al carácter no enajenable de los resguardos, derivado de su calidad de propiedad colectiva; artículo 246 que establece la existencia de una jurisdicción especial indígena (aplicación del derecho), que ejercerá sus funciones de acuerdo con los usos y costumbres tradicionales de cada pueblo (facultad de crear o mantener el derecho propio. La autonomía también se proyecta en la organización política de las comunidades, así como en el manejo de sus asuntos, entre los que se destaca la posibilidad de concebir y manejar un concepto propio de desarrollo, definir sus prioridades y planes económicos, etc. (Artículos 330, 356 y 357 de la Carta). Este principio constituye, además, un desarrollo de uno de los principios cardinales del derecho internacional, la “autodeterminación de los pueblos”, que se encuentra consagrado en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en el Programa de Acción de Viena, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en el Convenio 169 de la OIT.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T/496/96.³⁷

Del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. Se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo. Esto significa que siempre que esté involucrado un aborigen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer el hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-728/02.³⁸

El fuero indígena comprende entonces dos elementos esenciales, la persona “con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad” y el territorial “que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”. Siendo así, las autoridades indígenas son el juez natural para conocer de los delitos cometidos por miembros de su comunidad, siempre y cuando se atiendan los dos requisitos establecidos para el reconocimiento del fuero indígena. Esta condición es inherente al debido proceso, uno de cuyos componentes es precisamente el juez natural, tal como lo señala, de manera expresa, el artículo 29 de la Constitución.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-552/03.³⁹

Elementos de la jurisdicción indígena previstos en el artículo 246 de la Constitución:

- *Un elemento humano, que consiste en la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia diferencia de su identidad cultural.*
- *Un elemento orgánico, esto es la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades.*
- *Un elemento normativo, conforme al cual la respectiva se rija por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedimental.*
- *Un ámbito geográfico, en cuanto la norma que establece la jurisdicción indígena remite al territorio, el cual según la propia Constitución, en su artículo 329, deberá conformarse con sujeción a la ley y delimitarse por el gobierno por participación de las comunidades.*

37 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm>

38 http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=oCCoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.justiciaviva.org.pe%2Fjurispu%2Fcolombia%2F03.doc&ei=XogBUpSFJqWOyAGu-4GYDQ&usg=AFQjCNGi4VrdoECp6y9JKtoBrea_SNLWPg

39 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-552-03.htm>

- Un factor de congruencia, en la medida en que el orden jurídico tradicional de estas comunidades no pueden resultar contrario a la Constitución ni a la ley.

Sala Plena del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. 0300/2012, Sucre, 18 de junio de 2012.⁴⁰

Página 13

[...]el pluralismo se sienta como la base central de la nueva estructura jurídico-político y social, en la que los derechos tanto individuales como colectivos son objeto de protección por parte del Estado, que se obliga asimismo a materializar lo establecido por el texto constitucional.

Página 14

[...]La jurisdicción indígena originaria campesina, de acuerdo al art. 179 de la CPE, forma parte del órgano judicial, haciendo efectivo el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado y, en ese ámbito, al gozar de igual jerarquía que la jurisdicción ordinaria, ésta no puede revisar las resoluciones pronunciadas por la jurisdicción indígena originara campesina y tampoco ésta de aquella; es más, toda autoridad pública o persona debe acatar las decisiones de esta jurisdicción, pudiendo las autoridades solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado (art. 192 de la CPE).

Página 15

En ese ámbito, el pluralismo jurídico cobra un nuevo sentido y extensión, pues se reconceptualiza a partir del relacionamiento e influencia permanente de ambos sistemas, a partir de la coordinación y cooperación que debe existir entre las diferentes jurisdicciones que conforman el Órgano Judicial (ordinaria, indígena originaria campesina, agroambiental y especializadas); el principio de unidad de la función judicial (art. 179 de la CPE), [...]

[...]En ese sentido, debe señalarse que la Constitución boliviana ha diseñado un sistema de control de constitucionalidad plural, pues no solamente se ejerce el control sobre normas formales, sino también sobre las normas de las naciones y pueblos indígena originarios campesinos, además de conocer los conflictos de competencias entre las diferentes jurisdicciones y de revisar las resoluciones pronunciadas por la jurisdicción indígena originaria campesina cuando se considere que estas normas son lesivas a los derechos fundamentales y garantías constitucionales. [...]

Página 32

[...]Es necesario además afirmar que la propia jurisprudencia internacional apoya tal posición en mérito a que la consulta debe ser necesariamente imple-

40 http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/modules/ver_resolucion/indexnew.php?id=124344

mentada, aun en el supuesto de que los proyectos estén en pleno desarrollo, lo contrario llevaría al razonamiento erróneo de creer que una vez materializados los proyectos de desarrollo, o la explotación de recursos naturales no renovables dentro de un territorio indígena, sin el consentimiento previo de éstos, serían actos irremediables, y por lo tanto la consulta dejaría de tener relevancia, extremo que ha sido desechado por la jurisprudencia internacional, por lo que la consulta al ser un derecho de los pueblos indígena originario campesinos es irrenunciable, y por lo tanto, aunque hubieran diferendos en los hechos en que se duda si hubieron o no actos legislativos y administrativos previos, tales hechos no cambian el fondo y objeto de este derecho, que consiste en que los pueblos indígenas participen efectivamente en la toma de decisiones de Estado, [...]

Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México) Caso Cherán SUP-JDC-9167/2011.⁴¹

Página 32 a 46.

Al respecto, debe considerarse que el derecho a la libre determinación y la autonomía establecido en el artículo 20, quinto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se entiende como la base del ejercicio de una serie de derechos específicos relacionados con los ámbitos de decisión política, económica, social y jurídica al interior de las comunidades que forman parte de los pueblos indígenas, los cuales, por lo tanto deben ser respetados por el Estado mexicano para garantizar las expresiones de identidad de dichos pueblos y sus integrantes.

En ese contexto jurídico encontramos el derecho de las comunidades indígenas a la libre determinación, dentro del cual se ubica a los derechos políticos; lo cual se explica a partir de que, esa prerrogativa se traduce en la facultad de ejercer su autodeterminación al interior de los estados es decir, su autonomía. Ésta consiste, en el aspecto interno, en ejercer libremente sus formas de gobierno interno y acceder a las tomas de decisiones de su autogobierno; y, en el ámbito externo, participar libremente en las formas de gobierno en sus entidades federativas y en la toma de decisiones en ese nivel.

Buena Práctica de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Rama Judicial del Poder Público República de Colombia. Acuerdo No. PSAA12-9614 de 2012.⁴²

*“Por el cual se establecen las medidas de coordinación inter-jurisdiccional y de interlocución entre los Pueblos Indígenas y el Sistema Judicial Nacional”
[...]*

41 <http://portal.te.gob.mx/coleccion/sentencias/html/SUP/2011/JDC/SUP-JDC-09167-2011.htm>

42 <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/archivosEventos/5796.pdf>

Título III

Mecanismos de coordinación interjurisdiccional

ARTÍCULO 9°. Escuelas de Derecho Propio.

ARTÍCULO 10°. Capacitación de los Jueces, Magistrados y autoridades indígenas en formación intercultural.

ARTÍCULO 11°. Capacitación en Restitución y Formalización de territorios de comunidades indígenas.

ARTÍCULO 12°. Sistematización y divulgación de las decisiones de la Jurisdicción Especial Indígena.

ARTÍCULO 13°. Investigaciones y estudios.

Título IV

Mecanismos de interlocución

ARTÍCULO 14°. Comisión Nacional de Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena. [...] como órgano e instancia permanente de interlocución, concertación, planeación, diseño y seguimiento de las políticas públicas de la Rama Judicial en materia de Jurisdicción Especial Indígena.

4

ACCESO A LA JUSTICIA CONSIDERANDO LAS ESPECIFICIDADES CULTURALES

CASO QUE LO ILUSTRAS

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.⁴³

Párrafo 184

*Como lo ha establecido en otras ocasiones este Tribunal, y conforme al principio de no discriminación consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana, para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”.*⁴⁴

Párrafo 185

La Corte consideró probado que la señora Rosendo Cantú no contó con un intérprete provisto por el Estado cuando requirió atención médica, ni cuando presentó su denuncia inicial, ni tampoco recibió en su idioma información sobre las actuaciones derivadas de su denuncia... Por otra parte, en ocasiones posteriores que convocó a la víctima, el Estado dispuso la presencia de un intérprete y además informó que se encontraba implementando un programa de formación de intérpretes indígenas en Guerrero. La Corte valora positivamente ambas medidas adoptadas por México. Sin embargo, la imposibilidad de denunciar y recibir información en su idioma en los momentos iniciales implicó, en el presente caso, un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad de la señora Rosendo Cantú, basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia. Con base en lo anterior, la Corte considera que el Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación el artículo 1.1 del mismo instrumento.

43 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf

44 *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. 184; y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, supra nota 102, párr. 63; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 83; y *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 178, y *Caso Tiu Tojin Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 96.

Corte IDH. *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.*⁴⁵

Párrafo 100

“Este Tribunal considera que para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas -en tanto miembros del pueblo indígena Maya- y que la investigación de los hechos se realice con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación, el Estado debe asegurar que aquellas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin. Asimismo, el Estado deberá garantizar, en la medida de lo posible, que las víctimas del presente caso no tengan que hacer esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia encargados de la investigación del presente caso. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte considera necesario ordenar al Estado el pago de una suma por concepto de gastos futuros, como una forma de garantizar que las víctimas puedan actuar en el proceso penal abierto ante la justicia ordinaria.”

Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.*⁴⁶

Párrafos 170 y 171

[...] Los Estados deben tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquéllos. La lengua es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura.

Corte Constitucional de Colombia, *sentencia C-139/96.*⁴⁷

La norma acusada es inexigible por tratar a los indígenas como incapaces relativos, tratamiento que se deriva, sin duda, de considerar que quienes no son partícipes del mundo de valores prevaleciente en el país y que pudiera comprenderse bajo el rubro genérico de “cultura occidental” son personas menudadas urgidas de tutela paternalista. Tal actitud, ciega para la comprensión de otras formas de vida y otras cosmovisiones, es incompatible con la filosofía pluralista que informa la normatividad básica de 1991, armónica la vez con el reconocimiento de la dignidad humana como supuesto incontrovertible.

Los grupos étnicos, calificados hace un siglo como “salvajes”, son considerados por la Constitución actual como comunidades culturales diferentes y las personas que la constituyen, en consecuencia, tratadas como portadores de otros valores, con otras metas y otras ilusiones que las tradicionalmente

45 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_190_esp.pdf

46 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf

47 <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=19417>

sacralizadas con el sello de occidente. No son ya candidatos a sufrir el proceso benévolo de reducción a la cultura y civilización, sino sujetos culturales plenos, en la función de la humanidad que encarnan, con derecho a vivir a tono de sus creencias y a perseguir las metas que juzgan plausibles, dentro del marco ético mínimo que la propia Constitución señala.

Suprema Corte de Justicia de la Nación / México. Amparo Directo en Revisión 1624/2008, páginas 36-39. Primera Sala. Resolución 05 de noviembre de 2008.⁴⁸

Página 36

...el reconocimiento de las costumbres y especificidades indígenas implica la necesidad de dar relevancia en el contexto jurisdiccional estatal a reglas especiales, no necesariamente iguales a las de fuente estatal ordinaria, en una amplia variedad de ámbitos”.

Páginas 38 y 39

...El Tribunal Colegiado, todavía con una intensidad mayor a la ordinaria por tratarse de un caso penal, debía partir de la presunción de que era necesario averiguar si en el caso había elementos de especificidad cultural, conformes con la Constitución, que fuera relevante tomar en cuenta a la hora de determinar la responsabilidad del acusado. No de la presunción de que estos elementos de especificidad cultural existían, pero sí de la premisa de que era una obligación constitucionalmente impuesta investigar si existían y si habían influido en la comisión de los hechos enjuiciados o en los elementos determinantes de la responsabilidad del encausado... es una obligación del más alto nivel del ordenamiento jurídico, es decir, una obligación constitucional.

Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México) Caso Cherán SUP-JDC-9167/2011.⁴⁹

En aplicación de lo anterior, de las disposiciones del convenio citado se tiene que, en consonancia con la función y naturaleza de los derechos de las colectividades indígenas y de sus miembros, es indispensable la adopción o implementación de medidas especiales que permitan a estos sujetos, en condiciones de igualdad real respecto de los demás, la tutela judicial completa y efectiva de sus intereses jurídicamente relevantes en aquellos casos en los cuales consideren que han sido violados o desconocidos, para lo cual se torna necesario eliminar los obstáculos fácticos que imposibiliten o inhiban en cualquier forma el acceso a los tribunales de justicia y el dictado de resoluciones prontas, completas e imparciales, como está garantizado para todos gobernado en el ordenamiento jurídico mexicano. Tales medidas especiales deben ser idóneas,

48 <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=102948>

49 <http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2011/JDC/SUP-JDC-09167-2011.htm>

objetivas y proporcionales para la consecución del fin a saber, la eliminación del obstáculo o barrera que se advierta y, en última instancia, a que los indígenas consigan un acceso real, efectivo, a la jurisdicción estatal.

Buena Práctica de Costa Rica. Circular N° 020-2001. Utilización de intérprete en los casos que sea necesario y el deber de informarse con la comunidad indígena acerca de los alcances del conflicto sometido a su conocimiento.⁵⁰

A LAS AUTORIDADES JUDICIALES DEL PAÍS QUE TRAMITAN LAS MATERIAS CIVIL Y PENAL SE HACE SABER QUE:

El Consejo Superior en sesión N° 05-2001 celebrada el 16 de enero del 2001, artículo XXXI, acordó comunicarles que en aquellos casos en que sea necesaria la intervención de un intérprete, deben realizar el nombramiento correspondiente, para brindar el apoyo necesario para la efectivamente aplicación del artículo 339 del Código Procesal Penal.

Asimismo, dispuso comunicarles el deber que tienen de consultar y de informarse con la comunidad indígena acerca de los alcances del conflicto sometido a su conocimiento, máxime cuando hay a lo interno Tribunales Consuetudinarios, cacicazgos o Asociaciones de Desarrollo que resuelvan los asuntos dentro de ella. San José, 5 de marzo del 2001.-

Buena Práctica de la República de Guatemala. Acuerdo Número 158/013, Presidencia del Organismo Judicial.⁵¹

ACUERDA

Artículo 1. Creación. *Se crea el Centro de Interpretación y Traducción Técnica Jurídica Indígena, dentro de la estructura organizativa de la Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial, el cual tendrá como objetivo fundamental el facilitar y contribuir al acceso a la justicia de los pueblos indígenas con pertinencia cultural y lingüística. La asignación de los intérpretes para el servicio solicitado estará a cargo de la Unidad de Asuntos Indígenas.*

[...]

Artículo 3. Modalidad del servicio. *El servicio de interpretación y traducción técnica jurídica indígena se prestará en las modalidades siguientes:*

- a) Presencial*
- b) Virtual*
- c) Itinerante*
- d) Por servicio*

⁵⁰ <http://portal.poder-judicial.go.cr/indigenas/index.php/circulares?download=303:020-2001-utilizacion-de-interprete-y-el-deber-de-informar>

⁵¹ Este acuerdo no ha sido encontrado en internet.

Buena Práctica de Costa Rica. Reglas Prácticas para facilitar el acceso a la justicia de las Poblaciones Indígenas. 2008.⁵²

1. Las Autoridades Judiciales promoverán la realización de diligencia “in situ”, en aquellos lugares donde existan territorios indígenas.

[...]

3. Los y las jueces, así como los y las funcionarios (as) judiciales darán prioridad de trato a las personas indígenas que se apersonen a los despachos judiciales.

[...]

5. Los y las juezas, así como las autoridades judiciales, que requieran documentos de otras entidades en este tipo de asuntos; establecerán los canales de comunicación y coordinación necesarios para hacerlos llegar al caso concreto a la brevedad posible; y comunicarán a la Comisión de Acceso a la Justicia los obstáculos que se les presenten para el cumplimiento efectivo de las recomendaciones.

[...]

8. Colocar distintivos en los expedientes en el caso de que una de las partes sea una persona indígena.

Buena Práctica de México. Acuerdo General 31/2013 del Pleno del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Oaxaca (México).⁵³

El Consejo de la Judicatura del Poder Judicial de Oaxaca emitió un acuerdo (31/2013) por el cual adopta el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas publicado por la SCJN a efecto de que los órganos jurisdiccionales, de control interno, de administración interna y auxiliares, lo apliquen. Además, en su artículo 5 dispone que la aplicación deberá estar contemplada en la solicitud de ampliación del ejercicio fiscal 2013 y en el proyecto de Presupuesto del 2014 del Consejo de la Judicatura del Estado.

52 <http://portal.poder-judicial.go.cr/indigenas/index.php/reglas-de-acceso>

53 <http://www.tribunaloax.gob.mx/seccionesInformativas/despliegueGacetas/gaceta.aspx?cve=1008>

5

PROTECCIÓN ESPECIAL A SUS TERRITORIOS Y RECURSOS NATURALES

CASO QUE LO ILUSTRAS

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.⁵⁴

Párrafo 149

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 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.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.⁵⁵

Párrafos 82 a 96

...el reconocimiento estrictamente jurídico o abstracto de las tierras, territorios o recursos de los indígenas pierde verdadero significado cuando no se ha establecido ni delimitado físicamente la propiedad.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, según lo establecido en los casos Yakye Axa y Sawhoyamaya, los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo,⁵⁶ el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio.

54 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

55 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

56 *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, párr. 137, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.⁵⁷

Párrafos 127 a 128, 131 y 138

En ejercicio de su competencia contenciosa, la Corte ha tenido la posibilidad de pronunciarse sobre la posesión de tierras indígenas en tres situaciones distintas. Por un lado, en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, el Tribunal señaló que la posesión de la tierra debería bastar para que los miembros de las comunidades indígenas obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. Por otro lado, en el Caso de la Comunidad Moiwana, la Corte consideró que los miembros del pueblo N'djuka eran “los dueños legítimos de sus tierras tradicionales” aunque no tenían la posesión de las mismas, porque salieron de ellas a consecuencia de los actos de violencia que se produjo en su contra. En este caso las tierras tradicionales no fueron ocupadas por terceros. Finalmente, en el Caso Comunidad indígena Yakye Axa, el Tribunal consideró que los miembros de la Comunidad estaban facultados, incluso por derecho interno, a presentar solicitudes de reivindicación de tierras tradicionales, y ordenó como medida de reparación que el Estado identifique esas tierras y las entregue de manera gratuita.

De lo anterior se concluye que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas.

...la Corte toma en cuenta que la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá. Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o

57 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf

nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura.

[...] la Corte considera que el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye per se un motivo “objetivo y fundamentado” suficiente para denegar prima facie las solicitudes indígenas. En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales, limitándose únicamente a esperar la voluntad de los tenedores actuales, y forzando a los indígenas a aceptar tierras alternativas o indemnizaciones pecuniarias. Sobre el particular, la Corte ha señalado que cuando existan conflictos de intereses en las reivindicaciones indígenas, habrá de valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.*⁵⁸

Párrafo 137

En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término “bienes” utilizado en dicho artículo 21, contempla “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor”.

Concesiones y derechos de los Pueblos

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.*⁵⁹

...de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías:

⁵⁸ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

⁵⁹ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

1º **el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante “plan de desarrollo o inversión”) que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka.**

2º **el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio.**

3º **el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal”.**

En el caso Apirana Mahuika y otros vs. Nueva Zelanda, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos decidió que se podría restringir el derecho a la cultura de una población indígena conforme al artículo 27 del PIDCP cuando la comunidad misma haya participado en la decisión de restringir dicho derecho. El Comité consideró que “la aceptación de las medidas que afecten o interfieran con las actividades económicas con significado cultural de una minoría dependerá de si los miembros de la minoría en cuestión han tenido la oportunidad de participar en el proceso de la toma de decisión en relación con dichas medidas y si continuarán beneficiándose de su economía tradicional”⁶⁰

La Corte... considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones.

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 19 de julio de 2010.⁶¹

Párrafos 29, 34, 40, 41, 43, 45, 48, 55 a 57

Con cada vez más frecuencia, las actividades empresariales en territorios indígenas son el detonante de serios conflictos sociales, que desencadenan círculos de violencia y, a su vez, nuevas violaciones de los derechos humanos.

60 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelanda (sesión setenta, 2000), ONU Doc. CCPR/C/70/D/547/1993, 15 de noviembre de 2000, párr. 9.5.

61 <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/8026>

[...] el marco conceptual elaborado por el Representante Especial del Secretario General distingue [...] el deber estatal de proteger los derechos humanos frente a abusos potenciales de los derechos humanos cometidos por las empresas, incluyendo las empresas transnacionales, así como el deber de investigar y castigar dichos abusos.

Esta preocupación ha sido reiterada en la práctica del Comité y de otros órganos de tratados como el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [...] han enfatizado la necesidad de que los Estados adopten medidas para regular e investigar las actividades de las empresas extractivas, y, en su caso, sancionarlas por los abusos cometidos a los derechos de los pueblos indígenas.

El marco regulatorio o autorregulatorio existente en torno a la responsabilidad empresarial en relación con los pueblos indígenas se encuentra más desarrollado que en otros ámbitos específicos de los derechos humanos. Distintas instituciones financieras internacionales, incluyendo el Banco Mundial, inclusive su Corporación Financiera Internacional (CFI), han desarrollado políticas o normas de desempeño específicas para promover que las actividades de empresas públicas o privadas aseguren un respeto mínimo de las normas internacionales de derechos indígenas, en aspectos claves como la consulta o los derechos territoriales.

El interés creciente de los diversos actores en el establecimiento de marcos regulatorios o autorregulatorios en relación con los derechos de los pueblos indígenas es una muestra de la conciencia de los efectos adversos de determinados tipos de prácticas empresariales sobre los pueblos indígenas, así como de la expectativa, cada vez más compartida, de que las empresas tienen una serie de responsabilidades para respetar los derechos de estos pueblos tal y como son garantizados por las normas internacionales existentes. La expectativa de la comunidad internacional incluye que las empresas, dentro del marco de la diligencia que les es exigible en relación con los derechos humanos, asuman un papel proactivo para identificar los derechos que corresponden a los pueblos indígenas en las áreas en las que operan y determinar cómo se verán afectados por dichas actividades. Al mismo tiempo, existe una clara expectativa de que las actividades empresariales respetarán los derechos indígenas, promoviendo, y no obstaculizando, el cumplimiento de la obligación estatal de proteger estos derechos.

[...] Sobre el reconocimiento de los pueblos indígenas

1. antes que nada el juez debe investigar, identificar y reconocer explícitamente que en el asunto del que está conociendo, se encuentra involucrado una persona/territorio/recursos naturales indígenas (incluso ordenando la realización de estudios antropológicos previos cuando sea necesario) o la identificación de

las formas indígenas de tenencia y uso de sus tierras, y que

2. la mera existencia de dichos grupos en las áreas geográficas donde las empresas planean llevar a cabo sus actividades debería ser asumida por dichas empresas como una fuerte presunción de que éstos poseen algún tipo de derechos sobre las tierras y recursos que ocupan o usan de cualquier otra manera.
3. Los juzgadores no pueden simplemente asumir que estas consultas han tenido lugar con carácter previo al otorgamiento de una concesión

La ausencia del reconocimiento oficial de la propiedad comunal indígena, ya sea por la falta de identificación de dicha propiedad a través de procesos de demarcación o titulación o cualquier otro mecanismo jurídico, ya sea por la ausencia de una legislación adecuada, no puede ser asumida como premisa ni como excusa por parte de las empresas que pretendan operar dentro de un marco de diligencia debida en relación con los derechos indígenas. Por lo tanto, la diligencia debida de las empresas incluye la responsabilidad de realizar una evaluación independiente de los derechos que puedan corresponder a estos pueblos siguiendo los criterios establecidos en las normas internacionales, incluso, y sobre todo, si la legislación interna no es plenamente conforme a dichos criterios.

Así, en relación con aquellos proyectos que dependen del reconocimiento de propiedad comunal indígena o que impliquen la adquisición de tierras, dichas políticas exigen una documentación previa, realizada por expertos, de los patrones indígenas de uso y ocupación de la tierra. Estas políticas exigen asimismo un trato igual a la tenencia consuetudinaria indígena que el que correspondería a propietarios con título legal.

[...] las empresas no pueden [presumir], dentro de un marco de diligencia debida, que la ausencia de reconocimiento oficial de los derechos de propiedad comunal indígena implica que dichos derechos no existen.

Corte Suprema de Justicia de Argentina. Cámara Contencioso Administrativa, Chaco. Consejo QUOMPI-LQATAXAC NAM QOMPI con Provincia del Chaco. Sentencia de Fondo. 21 de abril de 2006.⁶²

Página 5

El derecho procesal constitucional, dentro del cual uno de sus capítulos centrales son los llamados procesos constitucionales, entre ellos el amparo, para garantizar la promesa constitucional en materia de intereses difusos o colectivos postula la necesidad de un reconocimiento de legitimación procedimental de base ancha.

Ello pone en crisis las categorías clásicas de interés legítimo y derecho subjetivo como posibilidades de satisfacer individualmente las necesidades mediante la apropiación de objetos separables y susceptibles de apropiación exclusiva, requiriéndose en consecuencia encontrar nuevos tipos de protección a través de las llamadas acciones colectivas, asignadas en cabeza de un grupo,

62 <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/8o26>

clase o conjunto de personas y que pueden ser iniciadas, como en autos, por cualquiera de ellas.

Por todo lo dicho,

FALLO:

[...] II) HACIENDO LUGAR A LA ACCION DE AMPARO, incoada por CONSEJO QOMPI -LQATAXAC NAM QOMPI, declarando la inconstitucionalidad del inc. c) del art. 2 de la Ley N° 4804/00 e inaplicabilidad de los arts. 5 y 6 de la Ley N° 3258/87, en virtud de los fundamentos expuestos en los considerandos; y ordenando a la Provincia del Chaco, adopte los recaudos legales necesarios a los fines de la Habilitación de un Registro de Comunidades y Organizaciones Indígenas con efecto Declarativo, procediendo a inscribir al CONSEJO QOMPI -LQATAXAC NAM QOMPI en el mismo, en el plazo de cinco (5) días de notificada la presente, lo que deberá ser informado a esta jurisdicción en el mismo plazo y bajo apercibimiento de ley.

Corte Suprema de Justicia de Chile. Segunda Sala. Comunidad Indígena Aymara Chuzmiza y Usmagama. Recurso 2840/2008. Resolución 41242. 25 de noviembre de 2009.⁶³

Considerando Séptimo:

... la fuente de agua que abastece a la comunidad solicitante, denominada Socavón o Vertiente Chuzmiza, se ubica en un predio inscrito a nombre de la empresa opositora Agua Mineral Chuzmiza, lo que por lo demás consta en la respectiva inscripción de dominio que obra a fojas 68, tal circunstancia no impide aplicar la protección especial contenida en el artículo 64 de la Ley Indígena, que consagra una presunción de dominio y uso de las aguas de las Comunidades Indígenas Aymaras y Atacameñas, ya que no resulta acorde con el espíritu de la ley ni con el instrumento internacional aludido, restringir la presunción sólo a las aguas que escurren en terrenos de propiedad de la comunidad, sino que, tal como lo hicieron los jueces del grado, los términos “terrenos de la comunidad” deben interpretarse en consideración al objetivo final buscado por la norma, cual es garantizar el abastecimiento de las aguas y que es precisamente lo que pretende la comunidad peticionaria, lo que por cierto es coherente con entender que la protección alcanza a todas las aguas que se emplazan en los territorios que, desde tiempos precolombinos, han sido ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades beneficiadas.

Corte Suprema de Justicia de Chile. Tercera Sala. Causa-Rol N° 5339-2013. 25 de Septiembre de 2013.⁶⁴

63 <http://www.elaw.org/node/5317>

64 http://www.cooperativa.cl/noticias/site/artic/20130925/asocfile/20130925182733/pascua_lama_suprema.pdf

Vistos y teniendo además presente:

Primero: Que por la presente acción de protección de garantías constitucionales se recurre en contra de la Comisión de Evaluación Ambiental y de la Compañía Minera Nevada Spa., atribuyéndole a esta última una serie de actos ilegales y arbitrarios que vulneran las garantías constitucionales previstas en el artículo 19 N° 1 y 8 de la Carta Fundamental, los que consisten básicamente en la inobservancia de las exigencias impuestas en la Resolución de Calificación Ambiental N° 24 de 15 de febrero del año 2006 (RCA N° 24) que rige el proyecto Pascua Lama, puesto que se ha incumplido el plan de monitoreo y conservación de los Glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza; y porque además la empresa recurrida comenzó las labores de pre-stripping sin que estuvieran completamente construidas y operando las obras de conducción de aguas previstas para evitar que las aguas naturales entraran en contacto con los estériles y de aquellas necesarias para tratar las aguas de contacto antes de ser estas devueltas a los afluentes naturales.

Pide que se acoja el recurso y se ordene: "1) a la Compañía Minera Nevada SpA, la paralización indefinida de la construcción del proyecto minero Pascua Lama hasta que se adopten todas las medidas ambientales que forman parte de sus compromisos ante el Sistema de Evaluación Ambiental de la ley 19.300 y las demás que se establezcan destinadas a garantizar los recursos naturales amenazados,[...]

[...]

Tercero: [...]debiendo incluir la consulta a los pueblos originarios, conforme ha sido establecido en el Convenio N° 169 de la O.I.T.

Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil, Constituida en Tribunal de Amparo, Guatemala, 17 de Octubre de 2012. Amparo No. 01044-2012-363 Of. 3°. ⁶⁵

Página 18

... existe una evidente desigualdad real de los pueblos indígenas con relación a otros sectores de los habitantes del país, por lo cual el Convenio se diseñó como un mecanismo jurídico especialmente dirigido a remover parte de los obstáculos que impiden a estos pueblos el goce real y efectivo de los derechos humanos fundamentales...

Página 20

... son nulas y jurídicamente inexistentes las inscripciones operadas por el Registrador General de la Propiedad sobre la base de títulos falsos o inexistentes, pues estando garantizado y protegido constitucionalmente este derecho, con ello se contraría también el principio de que las inscripciones registrales se hacen sobre la base de la presunción de autenticidad legítima de los docu-

⁶⁵ Esta sentencia no pudo encontrarse en internet.

mentos públicos que se presentan en ese registro. Por lo anterior se determina que la autoridad impugnada ha conculcado los derechos de la postulante por lo que se debe otorgar el amparo a efecto de que sean restablecidos y en este sentido debe resolverse.

Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, Sala de lo Constitucional, Sentencia No. 123. Managua, trece de junio del 2000.⁶⁶

RESULTA:

IV

... cuando el acto impugnado consiste en vías de hecho, como la invasión de tierras en el caso presente no hay procedimiento alguno que impulsar; no hay recurso ordinario que interponer y que por no haber vía administrativa que agotar se puede interponer directamente el Recurso de Amparo.

... el grado de protección que se le brinda a la propiedad comunal y el interés connotado del Estado al darle a dicha protección rango constitucional con la finalidad de preservar el sistema comunal de sus tierras y el de mantener y desarrollar la identidad y cultura de nuestro pueblo Indígena. - Ante tales garantías tenemos que concluir que cualquier acto atentatorio o perturbatorio dirigido contra la propiedad comunal es totalmente desafortunado y violatorio de las garantías que nuestra Constitución consagra.

Corte Suprema de Justicia de Panamá. Sala de lo Contencioso Administrativo. Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad para que se declare nula, por ilegal, la resolución I A-048-2000, de 1ro de Febrero de 2000, dictada por la Autoridad Nacional del Ambiente. Magistrado Ponente: Hipólito Gill Suazo. Panamá, 21 de Diciembre de 2001.⁶⁷

[...] De otra parte, la Sala no pierde de vista los efectos económicos a que se refiere el solicitante, no obstante, no se puede soslayar que el tema en cuestión atañe, no sólo a la presunta ocupación del Proyecto en la Comarca Indígena, sino a los posibles efectos negativos de la Hidroeléctrica en cuestión en el ecosistema de la región, rica en flora y fauna, que, definitivamente, tienen que ser evaluadas prolijamente, ya que tales repercusiones al medio circundante (daños ecológicos) pueden ser irreparables e irreversibles, por lo que el tribunal considera como la decisión más prudente mantener la suspensión adoptada y negar la solicitud de levantamiento de la suspensión provisional.

En consecuencia, los Magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NIEGAN EL LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL de la Resolución I A-048-2000 de 1 de febrero de 2000, dictada por la Autoridad Nacional del Ambiente.

66 http://calpi.nativeweb.org/sent_123.html

67 Esta sentencia no pudo encontrarse en internet.

Corte Suprema de Justicia de Panamá. Pleno. Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 38, 42, 43, 44, 45, 48 y 49 de la Ley No. 23 de 21 de Octubre de 1983. Magistrado Ponente: Arturo Hoyos. Panamá, 24 de Septiembre de 1993.⁶⁸

VISTOS:

III. Modalidades constitucionales de la propiedad.

Cuando la Constitución consagra, de manera excepcional, la institución de la propiedad colectiva para las comunidades indígenas y campesinas lo hace en interés de una colectividad, de un grupo social, cuyo bienestar, en cuanto grupo, se quiere preservar. No persigue aquí la Constitución proteger al individuo sino en la medida en que sea parte de un grupo y es la supervivencia de este último la que se quiere asegurar a través de un tipo de propiedad que le otorgue continuidad a las comunidades indígenas y campesinas.

Si la nación se impone un sacrificio al transferir determinadas propiedades a las comunidades indígenas y campesinas porque la permanencia de éstas es un valor protegido en la Constitución, carecería de sentido que la propiedad colectiva se sujetara a las mismas normas legales que la propiedad privada, cuyo reconocimiento constitucional obedece a otras razones distintas de las que han impulsado el establecimiento, en estos dos casos excepcionales, de la propiedad colectiva.

En consecuencia, el Pleno de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA que NO SON INCONSTITUCIONALES la palabra “colectiva” de los artículos 42, 43, 48 y 49 de la Ley 23 de 1983, partes del artículo 38 de la misma ley ni los artículos 44 y 45 de esa ley.

Tribunal Constitucional de Perú, Expediente N° 03343-2007-PA/TC.⁶⁹

Párrafo 66

Este Tribunal considera que los argumentos esgrimidos por las emplazadas no resultan adecuados y coherentes con los demás valores y derechos consagrados en la Constitución. En efecto, no se puede eludir la necesidad de contar con un Plan Maestro —aprobado por las autoridades competentes— apelando a que sólo las actividades de explotación pueden ser consideradas como aprovechamiento de recursos naturales, ya que, en opinión de este Colegiado, la etapa de exploración y explotación constituyen un todo que conduce al aprovechamiento de los recursos naturales. Tal razonamiento es derivado del mencionado principio de prevención al que debe dársele una especial connotación, puesto que se está ante una ANP. En tal sentido, el término ‘aprovechamiento

68 <http://bd.organojudicial.gob.pa/scripts/dtSearch/dtisapi6.dll?cmd=getdoc&DocId=50864&Index=H%3a%5cdtsearch%5cUserData%5cindices%5fdts%5ctodo&HitCount=3&hits=3f+4o+41+&SearchForm=c%3a%5cnetpub%5cwwwroot%5cregistro%5fform%2ehtml>

69 <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>

de recursos' debe ser comprendido de manera integral, conteniendo las actividades de exploración y explotación.

Párrafo 67

Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado, es cierto también que, en el presente caso, la inexistencia del referido Plan Maestro ha sido responsabilidad de las autoridades estatales competentes y no de las empresas emplazadas, como cierto es también que no toda la etapa de exploración tiene el mismo grado de incidencia en el medio ambiente. Dicha etapa cuenta con distintas fases, siendo sólo las últimas las que puede considerarse que comprometen nítidamente el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al medio ambiente.

*Teniendo en cuenta ello, y con el propósito de emitir una decisión que denote un adecuado equilibrio entre la debida protección del medio ambiente y el aprovechamiento razonable de los recursos naturales, de un lado, y la libertad empresarial constitucionalmente ejercida, de otro, **el Tribunal Constitucional considera imprescindible que se cuente con un Plan Maestro elaborado por las autoridades competentes, a fin de que pueda llevarse a cabo tanto la última fase de la etapa de exploración como la respectiva y posterior etapa de explotación.***

En ese sentido, queda prohibida la realización de estas actividades mientras no se cuente con el respectivo Plan de Maestro, que contemple la posibilidad de aprovechar los recursos naturales que se encuentran en el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera, sujetándose a las normas de protección ambiental y a las limitaciones y restricciones previstas en los objetivos de creación del área y su zonificación. Y en caso de que dichas actividades ya se encuentren en curso, deben quedar suspendidas mientras no se cuente con el referido Plan de Maestro.

6

PARTICIPACIÓN, CONSULTA Y CONSENTIMIENTO FRENTE A CUALQUIER ACCIÓN O MEDIDA QUE LOS AFECTE

CASO QUE LO ILUSTRAS

Corte IDH. *Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.⁷⁰

Párrafo 164.

“[...] la obligación de consulta a los pueblos indígenas, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional.”

Párrafo 166

“[...] la obligación de consultar a las comunidades y pueblos indígenas sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, [...] implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno goce de los derechos”.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.⁷¹

Párrafo 18

La Corte omitió deliberadamente en la Sentencia cualquier consideración específica en relación con quién debe ser consultado. Al declarar que la consulta se debe realizar “de conformidad con sus costumbres y tradiciones”, la Corte reconoció que es el pueblo Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo Saramaka en cada proceso de consulta ordenado por el Tribunal.

Párrafo 133

Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo... Asimismo, se debe consultar con el pueblo de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el

⁷⁰ http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

⁷¹ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.

Párrafo 134

“La Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.”

“Al respecto, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado, de manera similar, que:

*[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia”.*⁷²

En consecuencia, el Relator Especial de la ONU determinó que “[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo.

El CERD ha observado que “[e]n cuanto a la explotación de los recursos que yacen en el subsuelo en tierras tradicionales de comunidades indígenas, el Comité observa que la mera consulta con estas comunidades no es suficiente para cumplir con los requisitos establecidos por el Comité en su recomendación general XXIII sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Comité, por

⁷² Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, ONU, ref. Corte IDH, Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre 2007.

Lo tanto, recomienda que se obtenga el consentimiento previo e informado de dichas comunidades⁷³

*Asimismo, en Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo vs. Belice*⁷⁴, la Comisión Interamericana observó que los Estados deben llevar a cabo consultas efectivas y plenamente informadas con comunidades indígenas con relación a hechos o decisiones que pudieran afectar sus territorios tradicionales. En dicho caso, la Comisión determinó que un procedimiento de “consentimiento pleno e informado” requiere “como mínimo, que todos los integrantes de la comunidad estén plenamente enterados de la naturaleza y consecuencias del proceso que estén provistos de una oportunidad efectiva para participar de manera individual o colectiva”.

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 19 de julio de 2010.⁷⁵

Párrafos 61 a 65, 69

“[...] el deber de consultar a los pueblos indígenas es una responsabilidad que recae principalmente sobre los Estados,

[...] deben consultar a los pueblos indígenas con carácter previo a la aprobación de cualquier medida que pueda tener un impacto directo sobre sus derechos, particularmente precisas en relación con actividades que se llevan a cabo en territorios tradicionales indígenas [...]

En el caso de las actividades concesionadas a empresas privadas bajo cualquier tipo de régimen jurídico (ya sea una concesión propiamente dicha, un acuerdo de producción compartida o un acuerdo de prestación de servicios) corresponde al Estado la obligación de llevar a cabo consultas en las primeras fases del proyecto, idealmente durante la fase de inventariado, y en todo caso, antes de la licitación pública y otorgamiento de la concesión. Todavía con más razón es exigible la consulta con carácter previo en relación con las actividades llevadas a cabo por empresas públicas.

[...]En la medida en que dichas decisiones involucren a organismos del Estado y supongan algún tipo de modificación a los planes iniciales que fueron objeto de consulta con los pueblos indígenas afectados, el Estado tiene la obligación de volver a informar y consultar a dichos pueblos.

73 Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador (sesión sesenta y dos, 2003), ONU Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16.

74 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 40/04, Fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo, supra nota 84, párr. 142. Cfr. también los Principios del Ecuador, Principio 5.

75 <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/8o26>

[...] no pueden simplemente asumir que estas consultas han tenido lugar con carácter previo al otorgamiento de una concesión [...]

[...] Estas consultas son especialmente exigibles en conexión con la realización de estudios de impacto y la adopción de medidas de compensación y reparto de los beneficios derivados del proyecto.”

Suprema Corte de Justicia de la Nación / México. Tesis Aislada, Primera Sala, Décima Época.⁷⁶

COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS. TODAS LAS AUTORIDADES, EN EL ÁMBITO DE SUS ATRIBUCIONES, ESTÁN OBLIGADAS A CONSULTARLOS, ANTES DE ADOPTAR CUALQUIER ACCIÓN O MEDIDA SUSCEPTIBLE DE AFECTAR SUS DERECHOS E INTERESES. La protección efectiva de los derechos fundamentales de los pueblos y las comunidades indígenas requiere garantizar el ejercicio de ciertos derechos humanos de índole procedimental, principalmente el de acceso a la información, el de la participación en la toma de decisiones y el de acceso a la justicia. En ese sentido, todas las autoridades, en el ámbito de sus atribuciones, están obligadas a consultarlos antes de adoptar cualquier acción o medida susceptible de afectar sus derechos e intereses, consulta que debe cumplir con los siguientes parámetros: a) debe ser previa; b) culturalmente adecuada a través de sus representantes o autoridades tradicionales; c) informada; y, d) de buena fe. En el entendido que el deber del Estado a la consulta no depende de la demostración de una afectación real a sus derechos, sino de la susceptibilidad de que puedan llegar a dañarse, pues precisamente uno de los objetos del procedimiento es determinar si los intereses de los pueblos indígenas serían perjudicados.

Corte Constitucional de Colombia, Demanda de Inconstitucionalidad, sentencia C-366/11, Tema que fue resuelto: El derecho de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes en relación con el derecho al territorio.⁷⁷

Página 39

“Se parte de considerar que la consulta previa es un derecho constitucional de las comunidades diferenciadas, por lo que su omisión injustificada tiene como consecuencia la vulneración de ese derecho. Verificada la vulneración, se predicen efectos sustanciales para la política correspondiente. Para el caso puntual de las medidas legislativas, la afectación del derecho contrae (i) la declaratoria de inconstitucionalidad, total o parcial, de la normatividad correspondiente, al oponerse al derecho de consulta previa; o, cuando ello resulte posible (ii) la exequibilidad condicionada del precepto, que privilegie una interpretación

76 http://ius.scjn.gob.mx/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=3c7880000000Apendice=1000000000000&Expresion=COMUNIDADES%20Y%20PUEBLOS%20IND%c3%8dGENAS&Dominio=Rubro&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=9&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=o&ID=2004170&Hit=2&IDs=2004169,2004170,2004277,160588,163462,165288,165270,170125,185567

77 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-366-11.htm>

que salvaguarde las materias que inciden en la definición de identidad de las comunidades diferenciadas”.

Corte Constitucional de Ecuador, sentencia N.º 001-10-SIN-CC, 18 de marzo de 2010.⁷⁸

Página 28

En cuanto al contenido, los derechos colectivos dotan a la colectividad de facultades que les permiten defender su existencia como grupo y su autonomía, tanto en relación con otros individuos y colectividades ajenos al grupo, como también respecto de sus propios miembros.

*[...]En el caso de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, este ha sido el principal problema a la hora de su reconocimiento y eficacia, a tal punto de que a pesar de que en la mayoría de las Constituciones latinoamericanas contemporáneas existe un reconocimiento más o menos retórico de los derechos étnicos diferenciados en función de grupo, sólo en las más modernas y progresistas, como es el caso de la ecuatoriana del 2008, existe un **reconocimiento expreso de una vía judicial de protección de los derechos colectivos.***

Página 31

En este sentido, esta Corte considera que, en circunstancias de institucionalidad regular u ordinaria, la consulta pre-legislativa constituye un requisito previo sine qua non que condiciona la constitucionalidad de cualquier medida de índole legislativa que pudiera afectar cualquiera de los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador.

Página 52

*En tal virtud, esta Corte determina para el caso en que el Estado pretenda iniciar una actividad minera en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del país: a partir de la publicación de esta sentencia, el Estado, a través del Ministerio del ramo o de cualquier otra autoridad gubernamental, **deberá implementar los procesos de consulta previa e informada establecidos en el artículo 57, numeral 7 de la Constitución; con ese fin, deberá adecuar, mediante acto normativo, las reglas provisionales que esta Corte establecerá a continuación. Se deja en claro que las mismas serán de obligatorio cumplimiento, hasta tanto la Asamblea Nacional dicte la ley que regule el derecho de consulta previa e informada reconocido en la Constitución de la República.***

*[...] ¿cuáles son los estándares mínimos que legitiman el proceso de consulta?
[...] Entre las más importantes fuentes de información con las que cuenta la Corte, están la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Hu-*

⁷⁸ http://www.inredh.org/archivos/casos/mineria/mineria_sentencia.pdf

manos, (Caso Saramaca vs. Surinam); las sentencias de Tribunales y Cortes Constitucionales de la región, como la colombiana (ver Corte Constitucional Sentencia C-161 de 2001); sentencia Tribunal Constitucional de Chile (Rol 309 del 4 de agosto del 2000), las recomendaciones del comité de expertos de la OIT, o los informes del relator especial de las Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas, que hacen parte de lo que se conoce como soft Law⁷⁹, y en tal sentido son relevantes para el Ecuador. En virtud de ello, esta Corte hará uso de las recomendaciones GENERALES del relator especial James Anaya, respecto de los requisitos mínimos que debe cumplir el proceso de consulta para merecer tal nombre.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente 3878-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009.⁷⁷

Considerando V

f. [...]

*En el contexto específico de las iniciativas de explotación de recursos naturales dentro o en los alrededores de sus tierras, opera con un cariz instrumental, como una extensión o primera línea de defensa de otros derechos fundamentales, tales como el de propiedad, a la cultura, a la salud, libertad de culto, etc. según sea la gravedad y/o matices particulares de cada caso. Ante una situación de esa índole, es necesario advertir que para el caso de Guatemala, por iguales razones de igualdad, justicia y equidad social, **debe entenderse que el derecho de consulta es extensible a cualquier comunidad o población –no necesariamente identificada como indígena–**, en lo que sea aplicable; interpretación pro homine que se encuentra en consonancia con el que, de acuerdo a todo lo antes apuntado, constituye el fin último que se persigue con el reconocimiento de este derecho: garantizar la igualdad entre los habitantes de un Estado, en cuanto a su aptitud real de pronunciarse e influir sobre aquellas disposiciones orientadas a repercutir en sus condiciones de vida.*

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia. Sentencia Constitucional 2003/2010-R. Sucre, 25 de octubre de 2010. Expediente: 2008-17547-36-RAC. Distrito Tarija.⁸⁰

... la celebración del Convenio entre PETROSUR SRL y SEDECA Tarija fue respecto a la utilización de las instalaciones del campamento Cañadas ubicado en el territorio de la región Itika Guasu del Pueblo Guaraní y, por consiguiente, se debió consultar previamente a dicho pueblo, respetando las normas contenidas en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas

79 Por soft law se conoce en el derecho internacional aquella serie de actos que a pesar de estar privados de efectos jurídicos vinculantes, resultan ser jurídicamente relevantes.

80 http://indigenouseoplesissues.com/attachments/article/3990/3990_3878-2007__sentencia_de_la_CC_caso_San_Juan_Sacatepequez_de_fecha_diciembre_de_2009.pdf

sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que forman parte del bloque de constitucionalidad.

...el Pueblo Guaraní Itika Guasu... tiene derecho a su territorio y a conocer, participar o como mínimo a que se le consulte previamente sobre los proyectos –en este caso Convenios- que podrían afectar su territorio; más aún cuando existe la Resolución de inmovilización RAI-TCO-0017 de 18 de julio de 1997, por la cual el Estado, a través del Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA), marca el inicio del reconocimiento de las tierras comunitarias de origen al Pueblo Indígena Guaraní.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), Tesis Aislada, Segunda Sala.⁸¹

COMUNIDADES INDÍGENAS. LA OMISIÓN DE CREAR EL CONSEJO CONSULTIVO REGIONAL [...], VIOLA LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y LOS DE PARTICIPACIÓN Y CONSULTA RECONOCIDOS EN FAVOR DE AQUÉLLAS. El artículo 20. [...] “establece, entre otras cuestiones, la obligación de las autoridades de los tres órdenes de gobierno de impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas con el propósito de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos, con la participación de las comunidades indígenas y el derecho de éstas a ser consultadas en la elaboración de los Planes de Desarrollo, [...]”

“En ese sentido, la omisión de dichas autoridades [...] viola el principio de legalidad establecido en el artículo 16 constitucional y los de participación y consulta reconocidos a favor de las comunidades indígenas en las fracciones I y IX del apartado B del artículo 20. de la Constitución General de la República.”⁸²

81 <http://www.derechos.org/nizkor/bolivia/doc/apgig17.html>

82 http://ius.scjn.gob.mx/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=3c7880000000&Apendice=100000000000&Expresion=COMUNIDADES%20IND%3%8dGENAS.%20LA%20OMISI%3%93N%20DE%20CREAR%20EL%20CONSEJO%20CONSULTIVO%20REGIONAL%20&Dominio=Rubro&TA_TJ=2&Orden=5&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&ID=2000733&Hit=1&IDs=2000733

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- ▣ Ruíz Chiriboga, Oswaldo y Gina Donoso, *Pueblos indígenas y Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones*, (Bélgica: 2010).
- ▣ Ramírez, Silvina. *La protección de los derechos de los Pueblos Indígenas a través de un nuevo sistema de justicia penal*, Due Process of Law Foundation, 2012.
- ▣ López Bárcenas, Francisco. *El Derecho de los Pueblos Indígenas de México a la Consulta*. Servicios para una Educación Alternativa A.C. México, 2013.
- ▣ Rodríguez Garavito, César y Natalia Orduz Salinas, *La consulta previa: Dilemas y Soluciones. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. Bogotá, junio de 2012.

ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

- ▣ Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- ▣ Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.
- ▣ Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- ▣ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- ▣ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- ▣ Observación General No. 5, Comité de los Derechos del Niño, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño 34° Período de Sesiones (2003), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 at 377.
- ▣ Observación General No. 23: Los derechos de las minorías, Comité de Derechos Humanos.
- ▣ Consejo de Administración de la OIT en su 282ª sesión, noviembre de 2001.
- ▣ (Naciones Unidas) Declaración del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya al Consejo de Derechos Humanos, 24ª sesión, 18 de septiembre 2013.
- ▣ (Naciones Unidas) Opinión N° 5 (2013) del Mecanismo de expertos: acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas.

- (Naciones Unidas) Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. *Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas*. Julio de 2013, A/HRC/EMRIP/2013/2.
- (Naciones Unidas) Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen al Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/4/32, 4° período de sesiones, 27 de febrero de 2007.
- Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. *Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la Reforma Constitucional en materia de Derechos de los pueblos indígenas en Chile*. 24 de abril de 2009.
- (Naciones Unidas) Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya al Consejo de Derechos Humanos. *Promoción y Protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. A/HRC/12/34. 12° período de sesiones. 15 de julio de 2009.
- (Naciones Unidas) Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya al Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/15/37. 15° período de sesiones. 19 de julio de 2010.
- (Naciones Unidas) Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/65/264, 2010.
- (Naciones Unidas) Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. A/68/317. 14 de agosto de 2013.
- Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.
- Corte IDH. *Caso Baldeón García Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147.
- Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.
- Corte IDH. *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.

- ▣ Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
- ▣ Corte IDH. *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.
- ▣ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.
- ▣ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- ▣ Corte IDH. *Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.
- ▣ Corte Suprema de Justicia de Argentina. Cámara Contencioso Administrativa, Chaco. Consejo QUOMPI-LQATAXAC NAM QOMPI con Provincia del Chaco. Sentencia de Fondo. 21 de abril de 2006.
- ▣ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-973 de 2009.
- ▣ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-601/11.
- ▣ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T/496/96.
- ▣ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-728/02.
- ▣ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-552/03.
- ▣ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-139/96.
- ▣ Corte Constitucional de Colombia. Demanda de Inconstitucionalidad. Sentencia C-366/11.
- ▣ Buena Práctica (Colombia). Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Rama Judicial del Poder Público República de Colombia. Acuerdo No. PSAA12-9614 de 2012.
- ▣ Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Amparo Directo en Revisión 28/2007. Primera Sala. Ponencia Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo. Resolución 27 de junio 2007.
- ▣ Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Amparo Directo en Revisión 1851/2007. Primera Sala. Ponencia José de Jesús Gudiño Pelayo. Resolución 15 de diciembre de 2007.

- ▣ Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Amparo Directo en Revisión 1624/2008, páginas 36-39. Primera Sala. Ponencia Ministro José Ramón Cossío Díaz. Resolución 05 de noviembre de 2008.
- ▣ Tesis Aislada: 1a. CCXXXV/2013; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; 10a. Época; 1a. Sala; Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 1; Pág. 735. Registro IUS: 2004169.
- ▣ Tesis Aislada: 2a. XXXIII/2012; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; 10a. Época; 2a. Sala; Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 2; Pág. 1347. Registro IUS: 2000733.
- ▣ Tesis Aislada: 1a. CCXXXVI/2013; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; 10ª Época; 1a. Sala; Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 1; Pág. 736. Registro IUS: 2004170
- ▣ Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México) Caso Cherán SUP-JDC-9167/2011.
- ▣ Buena Práctica (México). Acuerdo General 31/2013 del Pleno del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Oaxaca.
- ▣ Sala Plena del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. 0300/2012, Sucre, 18 de junio de 2012.
- ▣ Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia. Sentencia Constitucional 2003/2010-R. Sucre, 25 de octubre de 2010. Expediente: 2008-17547-36-RAC. Distrito Tarija.
- ▣ Buena Práctica (Costa Rica). Circular N° 020-2001.
- ▣ Buena Práctica (Costa Rica). Reglas Prácticas para facilitar el acceso a la justicia de las Poblaciones Indígenas. 2008.
- ▣ Buena Práctica (República de Guatemala). Acuerdo Número 158/013, Presidencia del Organismo Judicial.
- ▣ Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil, Constituida en Tribunal de Amparo, Guatemala, 17 de Octubre de 2012. Amparo No. 01044-2012-363 Of. 3°.
- ▣ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente 3878-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009.
- ▣ Corte Suprema de Justicia de Chile. Segunda Sala. Comunidad Indígena Aymara Chuzmiza y Usmagama. Recurso 2840/2008. Resolución 41242. 25 de noviembre de 2009.

- Corte Suprema de Justicia de Chile. Tercera Sala. Causa-Rol N° 5339-2013. 25 de Septiembre de 2013.
- Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, Sala de lo Constitucional, Sentencia No. 123. Managua, trece de junio del 2000.
- Corte Suprema de Justicia de Panamá. Sala de lo Contencioso Administrativo. Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad para que se declare nula, por ilegal, la resolución I A-048-2000, de 1ro de Febrero de 2000, dictada por la Autoridad Nacional del Ambiente. Panamá, 21 de Diciembre de 2001.
- Corte Suprema de Justicia de Panamá. Pleno. Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 38, 42, 43, 44, 45, 48 y 49 de la Ley No. 23 de 21 de Octubre de 1983. Magistrado Ponente: Arturo Hoyos. Panamá, 24 de Septiembre de 1993.
- Tribunal Constitucional de Perú, Expediente N° 03343-2007-PA/TC.
- Corte Constitucional de Ecuador, sentencia N.° 001-10-SIN-CC, 18 de marzo de 2010.



Apartado sobre personas migrantes y sujetas de protección internacional¹

¹ Las personas sujetas de protección internacional incluye a las personas solicitantes de asilo, personas refugiadas, personas sujetas de protección complementaria y apátridas.



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	165
I. MARCO NORMATIVO	168
II. CONCEPTOS	176
III. PRINCIPIOS GENERALES, OBLIGACIONES QUE SE DESPRENDEN Y CONSIDERACIONES PARA EL O LA JUZGADORA	179
1. NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD	
2. PRO PERSONA	
3. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE MIGRANTE	
4. NO DEVOLUCIÓN	
5. UNIDAD FAMILIAR	
6. NO REVICTIMIZACIÓN	
7. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	
8. BENEFICIO DE LA DUDA	
9. PRONTITUD Y PRIORIDAD	
10. CONFIDENCIALIDAD	
11. COORDINACIÓN	
12. EXCEPCIONALIDAD EN LA DETENCIÓN	
13. PROPORCIONALIDAD, NECESIDAD E IDONEIDAD DE LA DETENCIÓN	
14. DIGNIDAD EN LAS CONDICIONES DE DETENCIÓN	
15. ASISTENCIA HUMANITARIA	
16. ACCESO A LA JUSTICIA CONSIDERANDO LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y SUJETAS DE PROTECCIÓN INTERNACION	
IV. SELECCIÓN DE SENTENCIAS Y BUENAS PRÁCTICAS	197
FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	219



INTRODUCCIÓN

La migración es una característica inherente de la especie humana, lo que implica que el fenómeno migratorio se mantendrá, e incluso incrementará, en las próximas décadas. De acuerdo con la División de Población del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Organización de las Naciones Unidas, las personas migrantes internacionales alcanzaron en 2013 la cifra de 232 millones².

La Organización Internacional para la Migraciones (OIM) define los flujos mixtos como movimientos de población complejos, que incluyen a personas refugiadas, solicitantes de asilo, desplazados internos, migrantes económicos, víctimas de trata, víctimas de tráfico, niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados, personas que fueron objeto de violencia, comerciantes transfronterizos y personas migrantes que se desplazan por causas ambientales.³

Los flujos mixtos están relacionados con los movimientos irregulares de personas en tránsito que viajan sin la documentación necesaria, atraviesan fronteras y llegan a su destino sin autorización. Estos flujos ocurren en todas partes del mundo y representan un reto para los Estados porque vulneran su derecho soberano para determinar qué personas pueden entrar en su territorio y bajo qué circunstancias. Al mismo tiempo, las personas que los integran son más propensas a sufrir privaciones, violaciones de derechos humanos y discriminación.

Ante esto, es necesario reforzar el entendimiento sustentado en los estándares internacionales en materia de derechos humanos, de que las personas migrantes, solicitantes de asilo, sujetas de protección complementaria, refugiadas y apátridas son titulares de derechos. Este reconocimiento implica la obligación de los Estados de respetar y garantizar sus derechos humanos, independientemente de su situación migratoria. El abordaje de este fenómeno, desde un enfoque de derechos humanos, requiere de la acción coordinada entre los países involucrados, dado el carácter pluridimensional de la migración, la contribución al desarrollo económico, social, laboral y cultural de los países y el impacto que tiene la misma sobre las personas migrantes y sus familias.

Abordar la migración desde este enfoque ha servido para contrarrestar la perspectiva de la criminalización de la migración que ya ocurría a mediados de la década de los ochenta y se intensificó tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos de América. Esta criminalización se expresa en leyes y políticas que se encuentran en la intersección de la legislación penal y la legislación migratoria, así como la vinculación del tema con la seguridad nacional. Una de sus manifestaciones es la utilización del término “migrante ilegal”, mismo que atenta contra la dignidad humana y, en particular, contra el principio de igualdad. Desde un punto de vista de

² Asamblea General de las Naciones Unidas, <https://www.un.org/es/ga/68/meetings/migration/>.

³ Organización Internacional para las Migraciones, Migración irregular y flujos migratorios mixtos: Enfoque de la OIM, nonagésima octava reunión, 19 de octubre de 2009, http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/policy_and_research/policy_documents/MC-INF-297-Flujos-Migratorios-Mixtos_ES.pdf, fecha de consulta 18 de febrero de 2013.

política migratoria, la utilización del adjetivo “ilegal” sirve de fundamento para que los Estados apliquen normas penales o de carácter sancionatorio a las personas migrantes o sujetas de protección internacional cuya situación migratoria es irregular, ya sea porque no cuentan con una autorización para ingresar o porque se excedieron del tiempo para el cual estaban autorizados a permanecer en un determinado país. Sin embargo, la legalidad o ilegalidad no son atributos inherentes a las personas, sino a sus actos.

Buenas prácticas internacionales.

En Argentina, se resolvió que las facultades de control que podrían habilitar una retención por parte de autoridades administrativas, se limitan exclusivamente a que la persona haya traspasado la frontera, pero no una vez que se encuentra dentro del territorio argentino. Se especificó que la naturaleza de las normas es administrativa y no penal, y que la legalidad o ilegalidad se refiere a actos y nunca a personas. De allí se deduce que "ningún ser humano es ilegal" y se ordenó la libertad de los ciudadanos chinos que habían sido detenidos por no contar con la documentación requerida, en un camión -que se dirigía a la ciudad de Buenos Aires.

Incidente de Habeas Corpus. Expediente N° 5--17.559-20.768--2.011. 11 junio 2011.

Caso Dai Jianqing, Fed. Paraná. Cámara Federal de Paraná, Provincia de Entre Ríos, Argentina. Disponible en www.cij.gov.ar

Entre las personas extranjeras, que por diferentes motivos transitan o residen en la región, hay un grupo que enfrenta una situación de mayor vulnerabilidad o riesgo. Lo anterior se debe a diversos factores, entre los que se encuentra el hecho de que no cuentan con documentación que acredite su estancia regular en el país en el que se encuentran; su situación de marginación; el desconocimiento de la cultura, el idioma y las leyes nacionales; el miedo de ser descubiertos por las autoridades migratorias; el verse orillados a desplazarse dentro de sus países o de huir de ellos porque su vida, integridad, seguridad o libertad corren peligro, y las condiciones en las que viajan.

El deterioro económico desde sus países de origen, las brechas salariales, las pocas oportunidades de educación, la falta de trabajo y violencia son situaciones que influyen en su decisión de migrar. La situación económica también les afecta en el viaje y provoca, por ejemplo, que lo realicen en condiciones precarias y sin poder satisfacer sus necesidades básicas.

Asimismo, las diferencias culturales, religiosas, lingüísticas, así como la falta de un documento migratorio que acredite una legal estancia, ocasiona que las personas migrantes y sujetas de protección internacional sean objeto de discriminación.

La situación de vulnerabilidad de las personas migrantes y sujetas de protección internacional se agrava cuando se presentan distintos supuestos de discriminación combinados; es decir, la discriminación interseccional. Este es el caso, por ejemplo, de mujeres, niños, niñas, adolescentes, personas de la tercera edad o personas indí-

genas migrantes. En estos casos, la condición migratoria –como factor por el cual se discrimina– se une a la edad, el sexo-género o la pertenencia étnica. Por otro lado, las personas migrantes y sujetas de protección internacional que viajan sin la documentación correspondiente son fácilmente víctimas de delitos y violaciones a derechos humanos por parte del crimen organizado, el cual se ha involucrado activamente en el secuestro, la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes.⁴

Estas situaciones de riesgo y, en general, todo lo que enfrentan durante su experiencia migratoria dejan secuelas físicas y psicológicas que comprometen diversas áreas de su identidad e integridad personales.

De esta manera se hace necesaria la promoción del acceso a la justicia de las personas extranjeras, el cual se perfila como derecho a favor de las personas migrantes desde la promulgación de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares en 1990, la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados y su Protocolo de 1967.

A lo anterior debe sumársele el principio pro persona reconocido en el artículo 25 Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que el criterio que prevalece para seleccionar la norma aplicable en determinada situación es el grado de protección que brinda a la persona y a sus derechos.

Este escenario proporciona al Poder Judicial de los países de la región una oportunidad única para primar las normas que signifiquen una mayor protección a los derechos humanos de las personas migrantes y sujetas de protección internacional, así como para sentar precedentes que supriman las barreras que actualmente les impiden el acceso efectivo a la justicia.

El acceso a la justicia de las personas migrantes y sujetas de protección internacional aún enfrenta barreras y obstáculos *de facto*, en particular factores culturales - idioma, religión y el desconocimiento de la legislación -, así como factores económicos –carencia de recursos para contratar servicios de defensoría o para costear los gastos derivados de un juicio. A estas barreras se suman los trámites burocráticos, traducidos en la exigencia de requisitos adicionales; el poco tiempo del que muchas de estas personas disponen para dar seguimiento a sus procedimientos legales, sobre todo en los horarios definidos institucionalmente para ello; la carencia de un domicilio estable para recibir notificaciones, así como la desconfianza en las autoridades, aunada al temor de ser detenidas en una estación migratoria, o bien a ser deportadas a sus países de origen. Esta situación propicia que las personas migrantes y sujetas de protección internacional sean blanco de una gran cantidad de violaciones a derechos humanos, y que éstas queden impunes.

4 La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) reportó que, en un solo año, en México hubo 11 mil secuestros de personas migrantes. Disponible en www.lajornadajalisco.com.mx/2013/03/04/mexico-registra-11-mil-secuestros-de-inmigrantes-en-un-ano-cndh/.

Estas violaciones y la impunidad consecuente son inaceptables porque, de acuerdo a los compromisos internacionales adquiridos, los países de la región están obligados a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de todas las personas nacionales y extranjeras de manera igualitaria.

Por lo tanto, es importante que quienes imparten justicia identifiquen la jurisprudencia emanada de los tribunales internacionales y regionales, en particular la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos así como las resoluciones y recomendaciones emitidas por otros órganos de protección de derechos humanos a nivel universal o regional.

A través de la aplicación del presente Protocolo, se busca coadyuvar en la emisión de criterios jurisprudenciales en la región con enfoque de derechos humanos que consoliden el cambio del paradigma de aquél que criminaliza a la migración por el que reconoce a las personas migrantes y sujetas de protección internacional como sujetas de derecho. El Protocolo reconoce que compete al Poder Judicial la garantía de los derechos humanos de las personas en general, y de las migrantes en particular; la creación de precedentes tendientes a una mayor protección de las personas migrantes, y la eliminación del riesgo de futuras violaciones a los derechos humanos. También parte de que corresponde al Poder Judicial la interpretación de las disposiciones a las que los países se han comprometido, estableciendo el alcance que tendrán, la forma en la que deberán aplicarse y su relación con otros derechos humanos.

Cabe aclarar que esta iniciativa tiene como antecedente el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a Personas Migrantes y Sujetas de Protección Internacional, publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en septiembre del 2013.

I. MARCO NORMATIVO

Las obligaciones de origen internacional provienen de dos fuentes: el Sistema Universal de Derechos Humanos y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En materia migratoria, el derecho internacional reconoce la potestad soberana de los Estados para controlar sus fronteras, definir los requisitos de ingreso, estancia y expulsión de los extranjeros de su territorio y, en general, de establecer sus políticas migratorias.

Sin embargo, las políticas, leyes y prácticas que implementen en esta materia deben respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas migrantes y sujetas de protección internacional, los cuales son derechos y libertades que se derivan de su dignidad humana y que han sido ampliamente reconocidos por los Estados a partir de los tratados de derechos humanos que han suscrito a nivel internacional.⁵

La Corte IDH⁶ ha establecido el alcance de la obligación de respetar los derechos de acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

La primera obligación es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de la CADH a toda persona sujeta a su jurisdicción, lo que implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental de manera tal que se cumpla con esta obligación. Como consecuencia, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación a los derechos humanos y procurar el restablecimiento del derecho violado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por dicha violación.

Así, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos derivada de un acto del poder público. Sin embargo, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que sea obra de un particular puede acarrear responsabilidad del Estado por falta de debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla adecuadamente. El deber de prevención, de acuerdo con la Corte IDH, abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito, el cual acarrea sanciones para quien las cometa y actualiza la obligación de reparar a las víctimas.

⁵ Informe Anual 1991, Corte IDH, *Capítulo V, Situación de los Haitianos en República Dominicana*. OEA/Ser.L/V/II.81 Doc.

⁶ rev. 1, 14 febrero 1992; CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc.40 rev., 28 de febrero de 2000, párr. 166; CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000: Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2000, párr. 6; CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 octubre 2002, párr. 377; CIDH, *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10, 30 de diciembre de 2010, párr. 32; CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso No. 12.688, Nadege Dorzema y otros: Masacre de Guayubin (República Dominicana)*. 11 de febrero de 2011, párr. 208; CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso No. 12.271, Benito Tide Méndez y otros (República Dominicana)*. 29 de marzo de 2012, párr. 260. En este mismo sentido, véase, Corte IDH, *Asunto Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de 18 de agosto de 2000, Considerando cuarto; Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 168; Corte IDH, *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párrs. 97 y 169. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 29 de julio de 1988, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf, fecha de consulta: 10 de febrero de 2013.

Por su parte, la obligación de investigar debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada a ser infructuosa; debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares, o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad.

De dichas obligaciones se desprende la necesidad de que las violaciones a derechos humanos cometidas en contra de personas migrantes y sujetas de protección internacional puedan ser exigibles ante los órganos competentes.

El derecho a migrar está estrechamente relacionado con otros, como el de libre circulación, libertad personal, y el acceso a los derechos económicos y sociales.

Es por esto que es posible dividir la gran variedad de normas de origen internacional que se aplican a las personas migrantes y sujetas de protección internacional en los siguientes rubros:

- I. Las que reconocen derechos humanos para todas las personas y por lo tanto, también para las migrantes y sujetas de protección internacional;
- II. Las que aplican exclusivamente para personas migrantes y sujetas de protección internacional;
- III. Las que son específicas para las personas que además de ser migrantes o sujetas de protección internacional, se encuentran en otra situación de vulnerabilidad, como ser niño, niña o adolescente, o ser víctima, testigo u ofendido de un delito como la trata de personas, y
- IV. Las que son aplicables para casos de privación de libertad en estaciones migratorias.

El único tratado internacional que recoge disposiciones exclusivamente de carácter migratorio es la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares de 1990 (Convención de 1990). Esta Convención obedece a la necesidad de proteger a las personas migrantes que trabajan en Estados de los que no son nacionales, así como a sus familiares, en contra de abusos laborales.

La Convención de 1990 reconoce una serie de derechos para las personas trabajadoras migrantes y sus familias, independientemente de cuál sea su situación migratoria. Por ejemplo, les protege de la privación arbitraria de sus bienes, de la confiscación; de la destrucción o intentos de destrucción de documentos de identidad, autorizaciones de entrada, estancia, residencia o permanencia en el territorio de un país, de los permisos de trabajo, entre otros. La Convención especifica que no podrán ser objeto de expulsiones colectivas y que únicamente podrán ser expulsadas en cumplimiento a una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley; además, reconoce el

derecho de protección especial de aquellas personas que enfrentan una situación de mayor vulnerabilidad.

Esta Convención es la única que define a una persona como trabajador migratorio, al establecer que “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”, es un trabajador migratorio. Para las personas caracterizadas como trabajadores migratorios, la Convención reconoce su derecho a no ser sujetas de esclavitud o servidumbre, a no realizar trabajos forzados u obligatorios, al que su personalidad jurídica sea reconocida, a regresar a su país de origen, acceder a los tribunales, y su derecho a recibir un trato no menos favorable, en cuanto a remuneración y condiciones de trabajo, que aquel que reciben los nacionales del Estado en donde se emplean. A los familiares de los trabajadores migratorios también se les reconocen todos estos derechos, así como a tener un nombre y nacionalidad, ser registrados y acceder a la educación.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no existe un tratado específico para el tema migratorio; sin embargo, los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como los otros instrumentos que integran el *corpus juris* interamericano de derechos humanos, son derechos que los Estados tienen que respetar y garantizar respecto de toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.

En adición a lo anterior, México ha realizado dos solicitudes de opinión consultiva a la Corte Interamericana: i) la Opinión Consultiva 16/99⁷ del 1 de octubre de 1999 (OC16/99), relativa al derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, y ii) la Opinión Consultiva 18/03⁸ del 17 de septiembre de 2003 (OC18/03), relativa a la condición jurídica y los derechos de las personas migrantes indocumentadas.

Dichas Opiniones Consultivas son fundamentales para el tema migratorio puesto que reconocen el derecho a la igualdad como una norma de *jus cogens*, exponen los elementos necesarios en materia de debido proceso de personas migrantes, destacan la importancia del derecho a la asistencia consular y el reconocimiento de que, independientemente de su situación migratoria, las personas tienen derecho a condiciones dignas de trabajo de la misma manera que cualquier nacional. Con excepción de la asistencia consular en el caso de personas refugiadas y apátridas, algunos de los principios enunciados en ambas opiniones consultivas resultan también aplicables por analogía a las personas sujetas de protección internacional. Por otro lado, la CIDH estableció un importante precedente en el caso Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz contra México.⁹ Al resolver la petición, la Comisión concluyó que dichas personas fueron privadas arbitrariamente de su libertad y expulsadas en forma

7 Corte IDH, *Opinión Consultiva 16/99: El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, <http://www.derhumanos.com.ar/opiniones%20consultivas/opinion%20consultiva%2016.htm>, fecha de consulta: 6 de enero de 2012.

8 Corte IDH, *Opinión Consultiva 18/03: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf, fecha de consulta: 6 de enero de 2012.

9 CIDH, *Informe de Fondo N° 49/99, Caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (México)*, 13 de abril de 1999, <http://www.cidh.org/annualrep/98span/fondo/mexico%2011.610.htm>, fecha de consulta: 6 de enero de 2012.

sumaria de México, sin derecho a la garantía de audiencia y en violación a su derecho de circulación y residencia; que el arresto y la expulsión se efectuaron en violación a su integridad física, y que el Estado Mexicano es responsable por la violación de la libertad de asociación y la libertad de conciencia y religión.

Caso Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izar Elroz contra México.

Los sacerdotes católicos Loren Laroye Riebe Star, de nacionalidad estadounidense, el Rev. Jorge Alberto Barón Guttlein, de nacionalidad argentina, y el Rev. Rodolfo Izal Elorz, de nacionalidad española, denunciaron al gobierno mexicano de haberles expulsado por "realizar actividades no permitidas por su status migratorio" y por no haberles respetado el debido proceso.

La CIDH concluyó que los religiosos fueron privados arbitrariamente de su libertad y expulsados en forma sumaria de México, sin derecho a la garantía de audiencia y en violación de su derecho de circulación y de residencia. El juicio de amparo promovido posteriormente por los representantes de los extranjeros expulsados careció de efectividad para protegerlos contra los actos violatorios mencionados. El arresto y la expulsión se efectuaron en violación a la integridad física de los mencionados sacerdotes, y del derecho a la protección de su honra y dignidad. Como resultado del proceder arbitrario de las autoridades, el Estado Mexicano resultó igualmente responsable de la violación de la libertad de conciencia y de religión, así como de la libertad de asociación a que tienen derecho los sacerdotes.

CIDH, Informe de Fondo N° 49/99, Caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (México), 13 de abril de 1999. Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/98span/fondo/mexico%2011.610.htm>

"La privación de la libertad es cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados, y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas".

CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Disposición General.

Respecto a la detención en estaciones migratorias, aportan elementos sustanciales el Informe de Admisibilidad y Fondo de la CIDH en el caso de *Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel) contra los Estados Unidos de América*,¹⁰ así como las sentencias de la Corte IDH en el caso de Vélez Looor contra Panamá¹¹ y en el caso de Nadege Dorzema y otros contra República Dominicana.¹²

Al referirse a la excepcionalidad de la detención migratoria, desde el caso *Rafael Ferrer-Mazorra y otros vs. Estados Unidos de América*, la Comisión sostuvo que se debe partir de una presunción de libertad y no de una presunción de detención, en donde la detención migratoria sea la excepción y se justifique sólo cuando ésta sea legal y no arbitraria.¹³

Rafael Ferrer-Mazorra y otros (los Cubanos del Mariel) contra los Estados Unidos de América.

La petición fue interpuesta en nombre de nacionales de la República de Cuba que formaban parte de la "Flotilla Libertad" del Mariel que se dirigió a los Estados Unidos en 1980. En momentos de interponerse la petición, en abril de 1987, se decía que unos 3,000 cubanos habían sido detenidos en los Estados Unidos por su ingreso irregular al país. En la petición original, los representantes de los peticionarios se proponían iniciar la acción de petición en nombre de unos 335 de estos cubanos, bajo el nombre de Rafael Ferrer-Mazorra y otros, detenidos en diez centros de detención federales, estatales o locales de Estados Unidos.

Se concluyó que el Estado era responsable de la violación de los artículos I, II, XVII, XVIII y XXV de la Declaración, en relación con la privación de libertad de los peticionarios. Asimismo, se solicitó al Estado que ofreciera algunas actividades mínimas de desarrollo personal, permitiéndoles utilizar su tiempo en forma constructiva y dándoles medios para mejorar sus circunstancias personales con miras a ser puestos en libertad.

CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01, Caso 9903, Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel) (Estados Unidos de América). 4 de abril de 2001.

10 Corte IDH, *Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01, Caso 9903, Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel) (Estados Unidos de América)*. 4 de abril de 2001, párrs. 216-219.

11 Corte IDH, *Caso Vélez Looor vs. Panamá*, 23 de noviembre de 2010, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp.pdf, fecha de consulta: 6 de enero de 2012.

12 Corte IDH, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, 24 de octubre de 2012, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf, fecha de consulta: 13 de febrero de 2013.

13 Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01, Caso 9903, Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel) (Estados Unidos de América), op. cit, párrs. 216-219.

Por su parte, en la sentencia del caso Vélez Loor contra Panamá, la Corte IDH estableció estándares mínimos para la privación de la libertad por razones migratorias, como el que la misma se realice de conformidad con el derecho a la libertad personal y sus garantías específicas, así como ajustada a los principios de excepcionalidad de la detención y de necesidad, proporcionalidad e idoneidad de la medida en cada caso. Finalmente, en el caso Nadege Dorzema, la Corte IDH reafirma su jurisprudencia en la materia al estudiar la arbitrariedad de la privación de la libertad.

Caso Vélez Loor contra Panamá.

Jesús Tranquilino Vélez Loor, de nacionalidad ecuatoriana, fue retenido en Panamá por no portar la documentación necesaria para permanecer en dicho país, y llevado a la Cárcel Pública de Panamá. Luego de constatar que había sido deportado anteriormente de Panamá, se resolvió imponerle la pena de dos años de prisión. La resolución no fue notificada al señor Vélez Loor y fue trasladado a un Centro Penitenciario. La Directora Nacional de Migración resolvió dejar sin efecto la pena impuesta, y el señor Vélez Loor fue deportado hacia la República de Ecuador.

La Corte IDH declaró responsable internacionalmente al Estado de Panamá por la violación de los derechos a la libertad personal, garantías judiciales, principio de legalidad e integridad personal, así como por no haber emprendido una investigación sobre los alegados actos de tortura denunciados, y por el incumplimiento de la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia.

Durante el tiempo que el señor Vélez Loor estuvo recluido, el Estado reconoció que existían "entre otros, documentados por las distintas autoridades panameñas, los siguientes problemas: ..., deficiencias de los programas de resocialización y educación". La Corte IDH manifestó que serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central sea la detención obligatoria de las personas migrantes irregulares, sin que las autoridades verifiquen, en cada caso, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vélez Loor vs. Panamá, 23 de noviembre de 2010, disponible en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp.pdf

Caso Nadege Dorezma y otros vs. República Dominicana

El caso se relaciona con el uso excesivo de la fuerza por agentes militares dominicanos en contra de un grupo de haitianos en el que perdieron la vida siete personas y varias más resultaron heridas. Adicionalmente, algunos haitianos fueron expulsados sin las garantías debidas.

Se determinó que en ningún momento durante la privación de libertad las personas fueron informadas sobre las razones y motivos de la misma.

Las detenciones no fueron llevadas a cabo con la finalidad de realizar un procedimiento capaz de determinar las circunstancias y estatus jurídicos de las personas detenidas, o para realizar un procedimiento migratorio formal con vistas a su deportación o expulsión, lo que las convirtió en detenciones con fines ilegítimos y por lo tanto, arbitrarias.

La Corte encontró que, en vista de la expulsión expedita, las víctimas migrantes carecieron de toda oportunidad para accionar un recurso adecuado que tutelara la legalidad de la detención, por lo que concluyó que el Estado violó el derecho a la libertad personal.

Resolvió también que el Estado es internacionalmente responsable por la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, de circulación, y a la protección judicial, así como por el incumplimiento de los deberes de adecuar su derecho interno y de no discriminar.

Corte IDH, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, 24 de octubre de 2012, disponible en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf

Otro tema importante es el del desplazamiento interno, al respecto resulta importante mencionar los Principios rectores de los desplazados internos, que reconocen derechos y obligaciones para los Estados, como lo es la prohibición de los desplazamientos arbitrarios¹⁴, la protección a los derechos a la vida, dignidad, libertad, seguridad, educación y unidad familiar, la prohibición de ataques u otros actos violentos, así como la obligación de brindar asistencia humanitaria. De la misma manera busca otorgar soluciones duraderas a través del regreso, reasentamiento y reintegración de las personas desplazadas.

Dado que las personas viajan en flujos migratorios mixtos, es necesario recurrir a otros tratados internacionales específicos para ocuparse de las exigencias de casos como la protección internacional de refugiados y personas beneficiarias de protección complementaria, el desplazamiento interno, la apatridia, la trata y el tráfico de personas, y de las necesidades específicas de ciertos grupos como mujeres, indígenas, niños, niñas y adolescentes.

Para cada uno de estos temas y grupos existen diversos tratados internacionales aplicables que deberán revisarse e interpretarse de manera conforme, armónica y sistémica en los casos en donde intervengan personas que, además de ser migrantes o sujetas de protección internacional, cuenten con alguna de estas características o se encuentren en una de las situaciones señaladas anteriormente.

¹⁴ Se profundiza sobre este tema en el principio tendiente a la asistencia humanitaria.

II. CONCEPTOS

Para los efectos del presente apartado del Protocolo se entiende por:

- a. **Autoridad migratoria:** Persona que ejerce la potestad legal expresamente conferida para realizar determinadas funciones y actos de autoridad en materia migratoria.
- b. **Centro de detención administrativa:** Instalación física que establecen las autoridades migratorias para alojar temporalmente a las personas extranjeras que no acrediten su situación migratoria regular, en tanto se resuelve su situación migratoria.
- c. **Condición de estancia:** Situación regular en la que se ubica a una persona extranjera debido a su intención de residencia y, en algunos casos, de la actividad que desarrollará en el país, o bien, de acuerdo a criterios humanitarios o de solidaridad internacional.
- d. **Alternativas a la detención:** Toda legislación, política o práctica que permite a los solicitantes de asilo, refugiados y migrantes residan en la comunidad con libertad de movimiento, mientras que su situación migratoria se resuelve o mientras esperan la deportación o la expulsión del país.
- e. **Deportación:** Acto jurídico administrativo dictado por la autoridad migratoria para hacer abandonar del territorio nacional a la persona extranjera que no reúna los requisitos migratorios para su permanencia en el país. La deportación trae aparejada una restricción para ingresar al país por un tiempo determinado.
- f. **Desplazados internos:** Personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su 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 catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.
- g. **Fundados temores:** Actos y hechos que den o hayan dado lugar a una persecución, y que por su naturaleza, carácter reiterado, o bien, por una acumulación de acciones por parte de un tercero, ponen o podrían poner en riesgo la vida, la libertad o la seguridad de una persona.
- h. **Migración interna:** Movimiento de personas de una región a otra en un mismo país con el propósito de establecer una nueva residencia. Esta migración puede ser temporal o permanente. Los migrantes internos se desplazan en el país pero permanecen en él.

- i. **Migración internacional:** Movimiento de personas que dejan su país de origen o en el que tienen residencia habitual, para establecerse temporal o permanentemente en otro país distinto al suyo. Estas personas para ello han debido atravesar una frontera. Si no es el caso, serían migrantes internos.
- j. **Niño, niña:** Todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.
- k. **Niños y niñas no acompañados:** Quienes han sido separados tanto de sus progenitores como del resto de sus parientes y que no se hallen al cuidado de una persona adulta que, por ley o costumbre, sea el responsable de ellos.
- l. **Niños y niñas separados:** Son aquellos que no se encuentran de manera física con ambos progenitores ni con su previo cuidador -por ley o costumbre, pero no están necesariamente apartados de otros parientes. Puede tratarse, por tanto, de niños acompañados por otros miembros adultos de sus familias.
- m. **Persona apátrida:** Toda persona que no sea considerada como nacional por algún Estado, conforme a su legislación. La ley debe conceder igual trato a las personas que cuenten con una nacionalidad cuando ésta sea inefectiva.
- n. **Persona refugiada:** Se considera como tal a quien:
 - De acuerdo con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados: que “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él”.
 - De acuerdo con la Declaración de Cartagena se incluye también a quienes: “su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.
- o. **Persona refugiada Sur Place:** Persona que no es refugiada al abandonar su país de origen pero que adquiere tal condición posteriormente a raíz de hechos ocurridos en su país durante su ausencia. Los refugiados “sur place” pueden temer de ser perseguidos debido a un cambio en su país de origen, por ejemplo, un golpe de estado, o por actividades políticas realizadas de buena fe en su país de acogida.

- p. **Rechazo:** Determinación adoptada por las autoridades migratorias en los filtros de revisión migratoria ubicados en los lugares destinados al tránsito internacional de personas por tierra, mar y aire, mediante la cual se niega la internación regular de una persona.
- q. **Repatriación voluntaria:** Regreso al país de origen fundado en una decisión de la persona.
- r. **Situación migratoria:** Hipótesis en la que se ubica una persona extranjera en función del cumplimiento o incumplimiento de las disposiciones migratorias para su internación y estancia en el país. Se considera que la persona extranjera tiene situación migratoria regular cuando ha cumplido dichas disposiciones y que tiene situación migratoria irregular cuando haya incumplido con las mismas.
- s. **Soluciones duraderas:** La repatriación voluntaria, la integración local y el reasentamiento para los refugiados y el regreso, reasentamiento y reintegración para las personas desplazadas.
- t. **Tráfico de personas:** Facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio material.
- u. **Trata de personas:** Acción de captar, transportar, trasladar, acoger o recibir personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación.

III. PRINCIPIOS GENERALES PARA LA CONSIDERACIÓN DE LAS Y LOS JUZGADORES EN CASOS QUE SE ENCUENTREN INVOLUCRADAS PERSONAS MIGRANTES Y SUJETAS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

A continuación se enuncian dieciséis principios de carácter general que, de acuerdo con los instrumentos internacionales en la materia, deben ser observados en cualquier momento del proceso de justicia en los que estén involucradas personas migrantes o sujetas de protección internacional.

Los principios aquí señalados buscan presentar lineamientos generales que las y los juzgadores pueden aplicar de manera directa o bien usar como criterio de interpretación de éstos y otros derechos.

1. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

2. PRO PERSONA

3. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE MIGRANTE

4. NO DEVOLUCIÓN

5. UNIDAD FAMILIAR

6. NO REVICTIMIZACIÓN

7. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

8. BENEFICIO DE LA DUDA

9. PRONTITUD Y PRIORIDAD

10. CONFIDENCIALIDAD

11. COORDINACIÓN

12. EXCEPCIONALIDAD EN LA DETENCIÓN

13. PROPORCIONALIDAD, NECESIDAD E IDONEIDAD DE LA DETENCIÓN

14. DIGNIDAD EN LAS CONDICIONES DE DETENCIÓN

15. ASISTENCIA HUMANITARIA

16. ACCESO A LA JUSTICIA CONSIDERANDO LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y SUJETAS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL.

INSTRUMENTO

Artículo 3 de la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (Convención de 1951)*

Artículo 1 de la *Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)*

Artículo 1 de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH)*

Artículo 26 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP)*

Artículo 2.2 de la *Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)*

Artículo 14.2 del *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños*

Artículo 19.2 del *Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementan la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*

Artículo 7 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)*

Artículo 2.2 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESyC)*

Opinión Consultiva (OC) 18/03 y 16/99

PRINCIPIO

1) IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

"La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84).

Establece obligaciones específicas a cargo de los Estados:

- Abstención de realizar acciones que directa o indirectamente creen situaciones de discriminación de jure o de facto, lo que implica la prohibición de emitir leyes o disposiciones, o de favorecer prácticas y actuaciones de funcionarios, que tengan como consecuencia la discriminación de personas.
- Adopción de medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en perjuicio de un determinado grupo de personas. Lo anterior, incluye a particulares que, con tolerancia o aquiescencia del Estado, creen, mantengan o favorezcan prácticas discriminatorias.
- Mandato de hacer distinciones objetivas y razonables sólo cuando estén de acuerdo con los derechos humanos y el principio pro persona.
- Respeto y garantía los derechos humanos, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, incluido el estatus migratorio de las personas.

Implica:

No puede privársele a una persona del goce de sus derechos por una calidad migratoria, lo que incluye los derechos sociales, laborales y el acceso al debido proceso.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

De acuerdo con la OC18/03 la igualdad y no discriminación pertenecen al dominio del jus cogens, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, incluso particulares.

Las personas migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad debido a desigualdades *de jure* (en las mismas leyes) y *de facto* (estructurales).

Aunque puede admitirse que las personas migrantes sean tratadas de forma diferenciada, esta distinción deberá ser razonable, objetiva, proporcional y respetar sus derechos humanos.

No puede privársele a una persona del goce de sus derechos por una calidad migratoria, lo que incluye los derechos laborales, sociales y el acceso al debido proceso.

Se debe reconocer el papel de la perspectiva de género como fundamental en la migración, puesto que son las mujeres migrantes las que, en general, están sujetas a mayores situaciones de vulnerabilidad.

INSTRUMENTO

Artículo 29 de la *CADH*

Artículo 5 del *PIDCyP*

PRINCIPIO

2. PRO PERSONA

El principio pro persona es un criterio en virtud del que se debe aplicar la norma más amplia o la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos, e inversamente, la norma más restrictiva cuando se trata de establecer restricciones a los derechos reconocidos¹⁵. Idéntica decisión debe tomarse en el caso de que una norma tenga diversas interpretaciones jurídicamente aceptables.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

- Que todas las autoridades (de carácter legislativo, ejecutivo o judicial) y de cualquier competencia (constitucional, federal, estatal, municipal) están obligadas a brindar la protección más amplia a cualquier persona en su territorio.
- La obligación de las autoridades de encontrar dentro de la totalidad de las normas la que beneficie de mayor manera a la persona.
- La obligación de las autoridades de interpretar normas de la manera que más beneficie a las personas.
- Dejar de aplicar normas inferiores si son contradictorias a tratados de derechos humanos.

¹⁵ Cfr., Mónica Pinto, El principio pro hómīne. Criterios de hermenéutica y pautas para la regularización de los derechos humanos, página 166. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>. Fecha de consulta: 6 de noviembre de 2013.

INSTRUMENTO

Artículo 29 de la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990 (Convención de 1990)*

Artículos 103 y 24.1 del *PIDESyC*

Artículos 3, párrafo 1, 9, párrafos I y III, 18, párrafo I, 21, párrafo I, 37, párrafo III, 40 párrafo VII, 10 de la *CDN*

Artículo 17 párrafo IV y 19 de la *CADH*

PRINCIPIO

3. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE MIGRANTE

Significa, en términos generales, el bienestar del niño, niña o adolescente, está basado en la dignidad del ser humano, en las características especiales de los niños, niñas y adolescentes y en la necesidad de propiciar su adecuado desarrollo.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

- Encontrar soluciones duraderas (considerar la regularización en el país en que se encuentran, el retorno voluntario a sus países o el reasentamiento a algún otro país en donde tengan familiares) y, en situaciones excepcionales, asegurar su cuidado temporal.
- Garantizar que cualquier niño, niña o adolescente tenga acceso al procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado; se debe tener cuidado cuando el interés superior del niño impone la necesidad de separarlos de sus padres aún en contra de su voluntad.
- Evaluación clara y a fondo sobre su identidad, esto es su nacionalidad, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, crianza, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección (como el que sean solicitantes de asilo o del reconocimiento de la condición de apátrida). Asimismo, se deben tomarse en cuenta diversas circunstancias como la edad, si están acompañados de sus padres, las experiencias que han vivido, el grado de madurez y educación.
- Garantizar su derecho a la educación y a un nivel de vida adecuado acorde con su desarrollo físico y mental. Esto implica que disfruten del derecho a la identidad, el acceso a la salud, tratamientos para enfermedades y rehabilitación para aquellos que son víctimas de cualquier forma de abandono, explotación o abuso; sujetos a tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o víctimas de conflictos armados.

INSTRUMENTO

Artículo 29 de la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990 (Convención de 1990)*

Artículos 103 y 24.1 del *PIDESyC*

Artículos 3, párrafo 1, 9, párrafos I y III, 18, párrafo I, 21, párrafo I, 37, párrafo III, 40 párrafo VII, 10 de la *CDN*

Artículo 17 párrafo IV y 19 de la *CADH*

PRINCIPIO

4. NO DEVOLUCIÓN

Establece la prohibición de llevar a cabo cualquier medida que tenga como efecto devolver a una persona solicitante de asilo o refugiada a las fronteras del territorio donde su vida o libertad puedan verse amenazadas, o donde corra peligro de persecución incluyendo su intercepción, rechazo en frontera o devolución indirecta.

Este principio ha sido considerado como la piedra angular de la protección internacional a personas solicitantes de asilo y refugiadas. Un caso interesante es el de México en donde se ha extendido este principio para las personas beneficiarias de protección complementaria, que son las que no reúnen los requisitos para ser reconocidas como refugiadas pero que su vida, libertad o seguridad corren peligro en su país de origen.

La formulación del derecho de no devolución en la CADH es más amplia, pues el artículo 22.8 prohíbe la expulsión o devolución de una persona extranjera (refugiada o no) a otro país, sea o no el de origen, cuando su derecho a la vida o a la libertad personal estén en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

- No devolver a las personas solicitantes de asilo, refugiadas o beneficiarias de protección complementaria a un lugar donde su vida o su libertad corra peligro a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social u opiniones políticas.
- No impedir que las personas busquen protección en un país mediante la solicitud del reconocimiento de la condición de refugiado, ya que existe la posibilidad de que sean devueltas a un país donde su vida o su libertad corre peligro.
- No negar el acceso al territorio a personas que huyen de la persecución y permitir el acceso a solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado.

INSTRUMENTO

Artículo 16 de la *DUDH*

Artículos 17 y 23 del *PIDCyP*

Artículo 10 del *PIDESyC*

Artículo 17 de la *CADH*

Artículos 9, 10 y 22 de la *CDN*

Artículo 44 de la *Convención de 1990*

Punto B) del *Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas de 28 de julio de 1951*

Opinión Consultiva (OC) 17/2002

PRINCIPIO

5. UNIDAD FAMILIAR

La separación de los niños, niñas y adolescentes de su núcleo familiar únicamente debe realizarse bajo una justificación clara y con una duración temporal; tan pronto lo permitan las circunstancias, éstos o éstas deben ser devueltos a sus progenitores.

A la par del crecimiento de la migración de niños, niñas y adolescentes, ha aumentado el número de los que lo hacen sin el acompañamiento de alguna persona adulta (no acompañadas) y de los que lo hacen sin sus padres o tutores (separados). En estos casos, localizar a la familia es fundamental, a menos que el interés del niño establezca lo contrario.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

- Supervisar y confirmar que los niños, niñas y adolescentes permanezcan preferentemente en libertad, utilizando alternativas a la detención, únicamente cuando éstas no puedan ser utilizadas se procederá a la detención como último recurso.
- Supervisar y confirmar que se dicten alternativas a las detenciones administrativas cuando las personas migrantes y sujetas de protección internacional vengan con niños, niñas y adolescentes para que puedan llevar sus procedimientos administrativos migratorios en libertad.
- Respetar y garantizar el derecho a la unidad familiar de las personas migrantes sujetas de protección internacional que viajan sin sus familias y que han decidido instalarse en algún otro país.
- Respetar la voluntad de las familias de estar juntas en casos de desplazamiento interno, así como facilitar las investigaciones realizadas por los miembros de las

INSTRUMENTO

Capítulo III, Sección tercera y cuarta de las *Reglas de Brasilia*

familias.
PRINCIPIO

6. NO REVICTIMIZACIÓN

La revictimización o victimización secundaria puede ser definida como toda acción u omisión que lesione el estado físico, mental y/o psíquico de la persona víctima.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

- Considerar que las personas migrantes y sujetas de protección internacional pueden haber sido víctimas, testigos u ofendidos de algún delito, o huir de su país de origen porque su vida, seguridad o libertad se encuentren en peligro.
- Evitar la solicitud reiterada e inoficiosa de declaraciones de los hechos, interrogatorios inquisitivos, procesos largos, diligencias innecesarias, entre otras prácticas, para generar que la persona se sienta en un ambiente de confianza y logre apreciar su procedimiento legal como un proceso de redignificación.

INSTRUMENTO

Artículo 11.1 de la *DUDH*

Artículo 14.2 del *PIDCyP*

Artículo 8.2 de la *CADH*

Artículo 18.2 de la *Convención de 1990*

Artículo 40 de la *CDN*

Artículo XXVI de la *DADDH*

PRINCIPIO

7. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Toda persona acusada de haber cometido un delito debe ser considerada inocente, siempre que no se establezca lo contrario, mediante una resolución judicial definitiva.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

- Garantizar a toda persona que no será condenada sin que existan pruebas suficientes y que demuestren su culpabilidad.

INSTRUMENTO

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)

Manual y Directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiados, Ginebra, diciembre de 2011, párrafos 203 y 204

PRINCIPIO

8. BENEFICIO DE LA DUDA

Principio rector de los procedimientos de la determinación de la condición de refugiado, ya que reconoce que es difícil para las personas refugiadas aportar todas las pruebas necesarias para validar o comprobar sus afirmaciones.

Es decir, bajo los estándares de derecho internacional sobre refugiados, la carga de la prueba no recae solamente en el solicitante de asilo, puesto que es

imposible que esta persona, cuya vida, seguridad, libertad o integridad corran peligro, prepare de manera exhaustiva las pruebas que apoyan su caso en el país de acogida.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

- Admitir que las declaraciones de la persona solicitante de asilo son coherentes y verosímiles, cuando no entran en conflicto con la información objetiva recabada y, por tanto, reconocerle la condición de persona refugiada.

INSTRUMENTO

Artículo 16.6 de la *Convención de 1990*

Artículo XVIII de la *DADDH*

Artículo 7 de la *CADH*

PRINCIPIO

9. PRONTITUD Y PRIORIDAD

Adoptar las medidas necesarias para garantizar que las resoluciones judiciales y su ejecución ocurran oportunamente y si retrasos innecesarios.

Estos principios son de especial importancia, pues el tiempo que duran los procedimientos judiciales y administrativos es un factor determinante en la decisión de las personas migrantes y solicitantes de asilo de abandonar la defensa de sus derechos.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

- Que cuando una persona se encuentre en detención o en alguna condición agravante de vulnerabilidad, el asunto debe resolverse de manera expedita.

INSTRUMENTO

Artículo 14 de la *Convención de 1990*

Artículo 12 de la *DUDH*

Artículo V de la *DADDH*

Artículo 11 de la *CADH*, capítulo III, sección 3 y 4 de las *Reglas de Brasilia*

Artículo 17.1 del *PIDCyP*

Artículo 6 del *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*

PRINCIPIO

10. CONFIDENCIALIDAD

No se deben publicar datos personales cuando las personas migrantes y sujetas de protección internacional así lo decidan.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

- Que se prohíba la toma y difusión de fotografías o videos a los medios de comunicación en los supuestos en que puedan afectar la dignidad, la situación emocional o la seguridad de las personas.
- Garantizarla en casos de personas solicitantes de asilo y refugiadas para evitar una amenaza para estas personas y sus familias.
- Proteger la privacidad e identidad de las personas que están en otra situación de vulnerabilidad, como los niños, niñas, adolescentes, víctimas testigos y ofendidos de algún delito para evitar revictimizarlas o que sean identificados por sus agresores.

INSTRUMENTO

Capítulo II, Sección cuarta *Regla 39 de las Reglas de Brasilia*

PRINCIPIO

11. COORDINACIÓN

Comunicación constante entre las instancias competentes en los casos para evitar retrasos y lograr la correcta resolución de los mismos.

Es importante reconocer que los casos de personas migrantes y sujetas de protección internacional involucran a varios países, por lo que la coordinación entre ellos es fundamental para garantizar que las personas no se queden sin un efectivo acceso a la justicia. En casos como desapariciones, ejecuciones extrajudiciales, trata y tráfico de personas, entre otros, es imposible para las personas migrantes llevar directamente sus casos, por lo que es fundamental que se reconozca la calidad de víctimas a las familias y que cuenten con las facilidades necesarias para poder llevar los procedimientos desde sus países de origen.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

- Brindar apoyo a través de otras instituciones como apoyo psicológico, de salud o para actos del registro civil, entre otros.
- Comunicación entre países de origen y de destino para evitar que las personas que se encuentran fuera del país en donde ocurrió la violación a derechos humanos queden en estado de indefensión.

INSTRUMENTO

Artículo 31 de la *Convención de 1951*

PRINCIPIO

12. EXCEPCIONALIDAD EN LA DETENCIÓN

Las prácticas migratorias deben partir de una presunción de libertad, por lo que la detención debe aplicarse como criterio de última ratio.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

- Evitar la detención de personas solicitantes de asilo y refugiadas puesto que es una medida altamente indeseable.
- Que las personas desplazadas no sean recluidas en campamentos, si esto es necesario, no debe ser mayor a la que requieren las circunstancias.
- Abolir progresivamente el uso de centros de detención para personas migrantes y sujetas de protección internacional.
- Estar justificada mediante ley y con fundamento claro.
- Garantizar el derecho al debido proceso, incluida la revisión judicial de la legalidad y la oportunidad de la medida.

INSTRUMENTO

Artículo 31 de la *Convención de 1951*

PRINCIPIO

13. PROPORCIONALIDAD, NECESIDAD E IDONEIDAD DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

La privación de la libertad como medida cautelar y no punitiva debe obedecer también a los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

- Debe realizarse únicamente cuando fuere necesaria, en apego el principio de proporcionalidad y de persecución de un fin legítimo e idóneo.
- Asegurar que se realice durante el menor tiempo posible.

INSTRUMENTO

Normas para el Funcionamiento de Estaciones Migratorias

Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión.

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas

PRINCIPIO

14. DIGNIDAD EN LAS CONDICIONES DE DETENCIÓN

Las personas detenidas en centros de detención deben tratadas con respeto a la dignidad inherente del ser humano.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

- Evitar el hacinamiento.
- Asegurar que la población se encuentre dividida en hombres, mujeres y niños.
- Garantizar los derechos a la alimentación y a la salud.
- Propiciar actividades de recreación.

INSTRUMENTO

Normas para el Funcionamiento de Estaciones Migratorias

Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión.

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas

PRINCIPIO

15. ASISTENCIA HUMANITARIA Y PROTECCIÓN

Los Estados tienen la obligación de proporcionar protección y asistencia humanitaria a las personas desplazadas.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

- La prohibición de ser castigados o perseguidos por formular la solicitud.
- La prohibición del desvío de la asistencia humanitaria.
- Tomar de buena fe la asistencia que brinden organizaciones humanitarias tanto nacionales como internacionales.
- La prohibición de desplazamientos arbitrarios, como los basados en políticas de apartheid, situaciones de conflicto armado, desastres naturales, en casos de proyectos de desarrollo a gran escala y como castigo colectivo.

INSTRUMENTO

Normas para el Funcionamiento de Estaciones Migratorias

Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión.

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas

PRINCIPIO

16. ACCESO A LA JUSTICIA CONSIDERANDO LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y SUJETAS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

Para que exista un acceso a la justicia es necesario que haya un debido proceso legal, que en términos de la Corte IDH se requiere "que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia"¹⁶, de esta manera se desprende la necesidad de que los grupos que se encuentren en situación de vulnerabilidad tengan una protección especial.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

- Resulta fundamental para cualquier impartidor de justicia asegurar los derechos que se detallan a continuación para que las personas migrantes y sujetas de protección internacional tengan un efectivo acceso a la justicia, de la misma manera les corresponde verificar si dentro de cualquier otro procedimiento al que están sujetas se garantizó este derecho.
- Derecho a la información, asistencia legal, defensa pública y derecho a un intérprete.
- Derecho a asistencia consular -y a que se informe sobre ello- así como respecto de la excepción que existe en el caso de las personas que solicitan el reconocimiento de la condición de refugiado.
- Sistemas adecuados de identificación de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad para asegurar que se garanticen sus derechos.

¹⁶ Opinión Consultiva OC-16/99: El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, *Op. cit.*, párrafo 117.

IV. SELECCIÓN DE SENTENCIAS Y BUENAS PRÁCTICAS

Debido a todas las barreras a la justicia a las que las personas migrantes y sujetas de protección internacional se enfrentan, en muy pocos casos los países de la región han tenido oportunidad de pronunciarse.

No obstante, a algunos de nuestros países ya se les han presentado asuntos en los que se ha visto la necesidad de armonizar la normativa de origen internacional y otorgar la protección más amplia para las personas migrantes y sujetas de protección internacional.

A continuación se enlistan claros ejemplos de resoluciones protectoras de derechos humanos de las personas migrantes y sujetas de protección internacional, entre ellas podemos encontrar sentencias que reconocen que no se le puede llamar a una persona “ilegal”, que han utilizado medidas alternativas a la detención para asegurar la mayor protección posible a la persona, resoluciones que reconocen el principio de unidad familiar y el interés superior del niño, así como resoluciones muy interesantes en los temas de asilo y desplazamiento interno.

Si bien son pocos los casos que efectivamente llegan al poder judicial y aún existen muchas acciones que deben realizarse en este tema, tanto de manera local como regional, las siguientes sentencias representan un avance importante en la búsqueda de la protección de los derechos humanos de las personas migrantes y sujetas de protección internacional. Brindan pautas y criterios protectores de sus derechos, apoyan casos concretos y aportan a la discusión en sede judicial, tanto nacional como internacional.

Se seleccionaron 27 sentencias, sobre algunos principios no se encontraron sentencias de aplicación (principios 2,8,9 y 10).

Tabla 1. Sentencias y buenas prácticas por principio que se citan

Principio 1. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN	
Corte IDH	1
Colombia	2
Costa Rica	2
Argentina	1
Principio 2. PRO PERSONA	
Principio 3. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE	
Costa Rica	1
Colombia	1

Principio 4. NO DEVOLUCIÓN	
Costa Rica	3
Principio 5. UNIDAD FAMILIAR	
Costa Rica	1
Principio 6. NO REVICTIMIZACIÓN	
Corte IDH	1
Principio 7. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	
Panamá	1
Principio 8. BENEFICIO DE LA DUDA	
Principio 9. PRONTITUD Y PRIORIDAD	
Principio 10. CONFIDENCIALIDAD	
Principio 11. COORDINACIÓN	
Corte IDH	1
Principio 12. EXCEPCIONALIDAD EN LA DETENCIÓN	
Corte IDH	1
Venezuela	1
Costa Rica	1
República Dominicana	1
Principio 13. PROPORCIONALIDAD, NECESIDAD E IDONEIDAD DE LA DETENCIÓN	
Corte IDH	1
Paraguay	1
El Salvador	1
Principio 14. DIGNIDAD EN LAS CONDICIONES DE DETENCIÓN	
Corte IDH	1
Principio 15. ASISTENCIA HUMANITARIA Y PROTECCIÓN	
Colombia	3
Principio 16. ACCESO A LA JUSTICIA	
Corte IDH	1
Total	27

Tabla 2. Sentencias y buenas prácticas por país que se citan

Costa Rica	8
Corte IDH	7
Colombia	6
República Dominicana	1
Panamá	1
Paraguay	1
El Salvador	1
Argentina	1
Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes	1
Total	27

1

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

CASO QUE LO ILUSTRAS

Incidente de Habeas Corpus. Expediente N° 5--17.559-20.768--2.011. 11 junio 2011. Caso Dai Jianqing, Fed. Paraná. Cámara Federal de Paraná, Provincia de Entre Ríos, Argentina¹⁷. Páginas 5 y 6.

"Este nuevo paradigma, se construye a partir de erigir al "derecho a migrar" como derecho humano -esencial e inalienable de la persona- e impone la consecuente obligación del Estado argentino de garantizarlo sobre la base de los principios de igualdad y universalidad (art. 4 ley 25.871).

Asimismo, corresponde advertir que quien se encuentra en una situación como la de las jóvenes personas de nacionalidad china aquí analizada, sin documentación administrativa idónea que acredite su situación migratoria, no es un extranjero ilegal, sino irregular (al que se le reconocen los mismos derechos que al extranjero regular, salvo la posibilidad de trabajo y alojamiento oneroso, arts. 53 y 55 ley 25.871) y esta distinta manera de calificar situaciones jurídicas no es un mero capricho semántico".

Auto 92/2008, 14 de abril de 2008, Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia¹⁸.

Síntesis de la sentencia:

En la presente providencia, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional adopta medidas comprensivas para la protección de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas por el conflicto armado en el país y la prevención del impacto de género desproporcionado del conflicto armado y del desplazamiento forzado; tales medidas consisten, en síntesis, en (i) órdenes de creación de trece (13) programas específicos para colmar los vacíos existentes en la política pública para la atención del desplazamiento forzado desde la perspectiva de las mujeres, de manera tal que se contrarresten efectivamente los riesgos de género en el conflicto armado y las facetas de género del desplazamiento forzado, (ii) el establecimiento de dos presunciones constitucionales que amparan a las mujeres desplazadas, (iii) la adopción de órdenes individuales de protección concreta para seiscientas (600) mujeres desplazadas en el país, y (iv) la comunicación al Fiscal General de la Nación de numerosos relatos de crímenes sexuales cometidos en el marco del conflicto armado interno colombiano.

17 <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/06/ddhho1.pdf>

18 <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6321>

Expediente:

10-000772-1027-CA, Res: 00400-S1-F-2012, 22 de marzo de 2012, Sala de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica¹⁹.

Resumen de la sentencia:

En Costa Rica se estableció que la circular DG-0907-2009 era contraria a la ley al establecer que los extranjeros cuyas nacionalidad pertenecen al Cuarto Grupo establecido por las Directrices de Ingreso al país (entre las que se encontraba Cuba), que permanezcan en el país con calidad de turistas, no podrán cambiar su categoría migratoria durante ese tiempo. Se determinó que era vacía de contenido puesto que, de acuerdo con la ley, es posible cambiar de categoría migratoria por unidad familiar, independientemente del Grupo al que pertenezca el país.

Sentencia C-1259/01, 29 de noviembre de 2001, Corte Constitucional de Colombia²⁰.

Resumen de la sentencia:

Se declaró inexecutable el artículo 239 del Código de Comercio que establecía que los contratos de representación o agencia celebrados por personas naturales o jurídicas extranjeras, requerían de un domicilio fijo en Colombia. La razón por la que se decidió lo anterior fue que esta limitación no era justificada para personas extranjeras.

Sentencia 10080-08, Sala Constitucional de Costa Rica²¹.

Resumen de la sentencia:

El recurrente sufrió una ruptura craneal resultado de un accidente laboral, por lo que realizó los trámites respectivos ante el Instituto Nacional de Seguros, con la finalidad de incapacitarse durante varios días. Pero cuando quiso retirar el subsidio, el Banco de Costa Rica no lo hizo efectivo en virtud de una circular de la Dirección General de Migración y Extranjería. Dicho documento ordenaba a las instituciones públicas que todo ciudadano extranjero debe contar con una visa vigente al momento de hacer uso de los servicios públicos o privados.

Finalmente en la sentencia se declaró con lugar el recurso, ordenando al Subgerente General del Banco de Costa Rica hacer efectivo el pago del subsidio dispuesto a favor de recurrente.

19 http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=544537&tem1=Direcci%C3%B3n%20General%20de%20Migraci%C3%B3n%20y%20Extranjer%C3%ADa&strTipM=T&IResultado=3&strTem=ReTem

20 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1259-01.htm>

21 http://200.91.68.19:81/cumbre/index.php?option=com_content&view=article&id=11:jurisprudencia-migrantes&catid=36:jurisprudencia-personas&Itemid=78

2

PRINCIPIO PRO PERSONA

3

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE

CASO QUE LO ILUSTRAS

Recurso de apelación. Expediente 15617-09. SE IMPUGNA DEPORTACIÓN DE MADRE DE MENOR COSTARRICENSE. Sala Constitucional, Tribunal de Casación Penal de San Ramón²².

Resumen de la sentencia:

Un menor de edad de nacionalidad costarricense alegó la ilegalidad del intento de deportación de su madre debido a que ella vivía de manera legal en el país pues estaba casada con un nacional. El menor argumentó la violación de su derecho a una familia. El recurso se resolvió favorablemente en atención al interés superior del niño, siendo imperativa la regularización de su madre, así como la abstención de deportarla o separarla de él de cualquier otra forma.

Auto 251/08, 6 de octubre de 2008, Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia²³.

Resumen de la sentencia:

La Corte Constitucional de Colombia declaró que los derechos de los niños, niñas y adolescentes están siendo masivamente desconocidos y que la atención carece de un enfoque integral de atención diferencial a los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento que sea sensible a los riesgos especiales en el marco del conflicto armado.

Entre otras medidas ordena a la autoridad:

- El diseño e implementación de un programa dirigido a prevenir el impacto desproporcionado del desplazamiento forzado en niños, niñas y adolescentes;
- La atención de niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento;
- El diseño y ejecución de proyectos pilotos en distintas ciudades y poblaciones de Colombia destinados a responder a riesgos específicos en el marco del conflicto armado.

Se comunica la sentencia a diversas autoridades y organizaciones de la sociedad civil nacionales e internacionales para garantizar su participación y proteger los derechos de los niños.

²² http://200.91.68.19:81/cumbre/index.php?option=com_content&view=article&id=11:jurisprudencia-migrantes&catid=36:jurisprudencia-personas&Itemid=78

²³ <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6986>

4

NO DEVOLUCIÓN

CASO QUE LO ILUSTRAS

Recurso de Habeas Corpus. Expediente: 10-015719-0007-CO. 21 Diciembre 2010. Carlos Manuel Segura Jiménez a favor de Orlando Morejón Rodríguez. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA., Res. N° 2010021024, San José, Costa Rica²⁴.

Resumen de la sentencia:

Una persona de nacionalidad cubana solicitó asilo en Costa Rica dado que en su país de origen es objeto de persecución política y religiosa, sin embargo no se dio trámite a su solicitud y fue retenido bajo custodia policial en el aeropuerto. El recurso de *habeas corpus* fue declarado con lugar en la última instancia judicial y se ordenó al Jefe del Aeropuerto Internacional, Dirección General de Migración y Extranjería abstenerse de incurrir nuevamente en los hechos que dieron fundamento a este recurso. Se condenó al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios, para liquidar en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo.

Recurso de habeas corpus. Sentencia. 01746. Expediente: 95-001365-0007-CO. 31/03/1995. Sala Constitucional de Costa Rica²⁵.

Resumen de la sentencia:

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica resolvió que la deportación sería contraria a los derechos fundamentales de los amparados, puesto que está pendiente de resolver su petición de asilo y no puede aplicarse sumariamente lo que dispone la Ley General de Migración para casos normales.

Habeas Corpus, Voto 6441-98, Expediente: 98-005689-007-CO-E, Res: 06441-98. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica²⁶.

Resumen de la sentencia:

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica llegó a tres conclusiones esenciales al coincidir una solicitud de extradición de un Estado y una solicitud de asilo de la persona en cuestión:

24 http://200.91.68.20/pj/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=TSS¶m2=5&tem1=migrante&nValor1=1&nValor2=498457¶m7=0&strTipM=T&Resultado=43&strLib=LIB

25 http://200.91.68.20/pj/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=TSS¶m2=1&nValor1=1&nValor2=123676&tem1=Asilo%20pol%EDtico&strTipM=T&Resultado=2&strTem=ReTem

26 <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3161.pdf?view=1>

a) Que en caso de que concurran una solicitud de extradición y una de asilo, no debe resolverse la primera mientras no se defina la procedencia de la segunda;

b) En el caso a que se refiere la hipótesis anterior, la tramitación de una solicitud de asilo político no inhibe al Juez Penal para dictar, en el procedimiento de extradición concurrente, medidas cautelares mínimas y razonables, compatibles o al menos no incompatibles con el deber del Estado de proteger al solicitante de asilo, de acuerdo con lo que sea necesario en cada situación concreta; medidas, eso sí, diversas a la prisión preventiva, destinadas exclusivamente a garantizar la prosecución del procedimiento extraditorio y su resolución final, para el caso de que llegare a denegarse el asilo;

c) Que es deber del Poder Ejecutivo, derivado del principio general de justicia pronta y cumplida, resolver dentro de términos razonables toda solicitud de asilo político para evitar un doble efecto negativo sobre la seguridad jurídica: primero, que la solicitud de asilo se posponga injustificadamente hasta convertirse en un trámite burocrático indefinido, y segundo, que la figura del asilo sea indebidamente utilizada para diferir indefinidamente, también, las solicitudes de extradición.

5

UNIDAD FAMILIAR

CASO QUE LO ILUSTR A

Juvenil Amparo. 26 de Noviembre de 2002. Zhong Guaquan, a favor de Ai Li Zhong y Du Yu Yun. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica²⁷.

Resumen de la sentencia:

El Tribunal Constitucional de Costa Rica admitió que la Constitución otorga una protección del Estado a la familia al proclamarla elemento natural y fundamento de la sociedad. El Tribunal señaló que "el núcleo familiar es básico y primordial para el libre desarrollo de la personalidad de los individuos que lo conforman o integran y, por consiguiente, de todo el conglomerado social. Bajo esta inteligencia, ninguna política pública, instrumento legal o reglamentario o en general, actuación administrativa activa u omisiva puede propender a la desintegración o desmembración de la familia como base esencial de la sociedad, puesto que, de lo contrario se transgrediría []. Resulta lógico que tanto los nacionales como los extranjeros que se encuentran en nuestro territorio, tienen derecho a gozar de la protección especial, por parte del Estado Costarricense".

27 <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/Constitucion%20Politica/Sentencias/2002/02-11230.htm>

6

NO REVICTIMIZACIÓN

CASO QUE LO ILUSTRAS

Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, sentencia de 31 de agosto de 2010²⁸.

Párrafo 180.

"El Tribunal observa con especial preocupación que las autoridades a cargo de la investigación centraron sus esfuerzos en citar a declarar diversas veces a la señora Rosendo Cantú, y no en la obtención y aseguramiento de otras pruebas. La Corte destaca que, en casos de violencia sexual, la investigación debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática cada vez que la víctima recuerda o declara sobre lo ocurrido".

Si bien esta sentencia no aplica específicamente al caso de personas migrantes, idéntica situación ocurre con personas que han enfrentado experiencias traumáticas durante su camino.

28 <http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Internacional/Casos/3.pdf>.

7

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

CASO QUE LO ILUSTRAS

Acción de Habeas Corpus. 1 septiembre 2010. Idis. A. Espinoza a favor de Euclides Morena Mena. Corte Suprema de Justicia de Panamá²⁹.

Resumen de la sentencia:

Un colombiano se encontraba detenido en Panamá mientras esperaba su resolución de residencia definitiva, ya que su madre, de nacionalidad colombiana, residía de manera legal. Fue acusado de la presunta comisión del delito de tráfico de personas, por lo que cancelaron su visa y la solicitud de permanencia definitiva, ordenando su deportación.

La Corte Suprema de Justicia cuestionó la legalidad de la orden de expulsión, exigiendo que las decisiones se ajusten al debido proceso, al orden procesal y constitucional y no se incurra en arbitrariedades que demeriten las competencias y atribuciones que por ley debe desempeñar esa entidad de seguridad pública.

29 <http://www.organojudicial.gob.pa/wp-content/uploads/2011/03/rj2010-09.pdf>

8
9
10

BENEFICIO DE LA DUDA

PRONTITUD Y PRIORIDAD

CONFIDENCIALIDAD

11

COORDINACIÓN

CASO QUE LO ILUSTRÁ

Corte IDH, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, sentencia del 24 de octubre de 2012³⁰.

Párrafo 199

"La Corte ha señalado que del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en la procuración del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en la búsqueda de una debida reparación. En este sentido, la Corte ha señalado que en un caso de ejecución extrajudicial los derechos afectados corresponden a los familiares de la víctima fallecida, quienes son la parte interesada en la búsqueda de justicia y a quienes el Estado debe proveer recursos efectivos para garantizarles el acceso a la justicia, la investigación y, en su caso, la eventual sanción de los responsables y la reparación integral de las consecuencias de las violaciones".

³⁰ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf.

12

NO REVICTIMIZACIÓN

CASO QUE LO ILUSTRAS

Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs Panamá*, sentencia 23 de noviembre de 2010³¹.

Párrafo 171.

"Serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines".

Expediente N°04-0147, *Medida Cautelar*, 2004, *Venezuela*³².

El Defensor del Pueblo de Venezuela denunciaba dos artículos de la Ley de Extranjeros, en tanto vulneraban el artículo 44.1 de la Constitución al habilitar a las autoridades administrativas la detención preventiva a personas migrantes, contra las que se haya dictado un decreto de expulsión, o aquellos que se encuentren en situación irregular con el fin de hacer efectiva su salida del país, o que hubieran entrado al territorio nacional sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley. La Sala Constitucional, luego de considerar los riesgos que podían ocasionarse como consecuencia de detenciones administrativas prolongadas, ordenó a las autoridades administrativas abstenerse de imponer medidas restrictivas de la libertad con fundamento en tales artículos "salvo los supuestos de flagrancia", y dispuso que toda detención requerirá que la autoridad administrativa, a través de los Fiscales del Ministerio Público con competencia en materia de extranjería, solicite previamente, una orden Judicial de detención a un juez competente. Posteriormente, la Ley de Extranjería y Migración del 2004, deroga expresamente los artículos cuestionados de la Ley de Extranjeros de 1937.

³¹ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf.

³² Análisis de Jurisprudencia realizado en el marco del proyecto "Promover el litigio estratégico en defensa de los derechos de las personas migrantes en México y Centroamérica para la incidencia de políticas migratorias", coordinado por I(dh)eas, Litigio Estratégico en Derechos Humanos; Consejería en Proyectos (PCS); Centro de Estudios Legales y Sociales; y la Universidad Nacional de Lanús y que han sido elaborados por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLA) y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

Recurso de Hábeas Corpus. Expediente: 12-005975M0007-CO. 25 Mayo 2012. G. R. O. a favor de L. P. V. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Res. N° 2012007084, Costa Rica³³

Resumen de la sentencia:

Al encontrarse una persona en situación migratoria irregular, se decidió dictar una orden de aprehensión con la finalidad de asegurar su deportación. Así, permaneció 14 meses en detención. Debido a lo anterior, se interpuso un recurso de hábeas corpus y se obtuvo una sentencia favorable que ordenaba al Director General y al Jefe del Centro de Aprehensión Temporal para Extranjeros en Condición Irregular adoptar las medidas necesarias para poner en libertad al tutelado de forma inmediata, sin perjuicio de dictar otra de las medidas cautelares contempladas en la Ley General de Migración y Extranjería. Asimismo, se condenó al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios, para liquidar en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo.

Habeas Corpus, 4 de abril de 1997, No. 3, Suprema Corte de Justicia de República Dominicana³⁴.

Los impetrantes y sus compartes fueron privados de libertad sin haber sido dictada sentencia condenatoria por tribunal competente. De igual forma, en dicho expediente tampoco obró una orden de libertad dictada en favor de los impetrantes, por lo que su mandamiento en prisión resultaba ilegal. Por tales motivos, la Suprema Corte de Justicia declaró regular y válida en cuanto a la forma, la solicitud de mandamiento de hábeas corpus, y en cuanto al fondo, declaró que los mencionados impetrantes están ilegalmente en prisión. Ordenó de tal modo la libertad inmediata de los impetrantes por encontrarse presos ilegalmente.

33 http://200.91.68.20/pj/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=TSS¶m2=1&tem1=migrante&nValor1=1&nValor2=541261¶m7=0&strTipM=T&lResultado=6&strLib=LIB

34 <http://www.suprema.gov.do/sentscij/sentencia.asp?B1=VR&llave=103730003>.

13

NECESIDAD, PROPORCIONALIDAD E IDONEIDAD DE LA DETENCIÓN

CASO QUE LO ILUSTRAS

Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs Panamá*, sentencia 23 de noviembre de 2010³⁵.

Párrafo 171.

"La detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos. Así, las medidas privativas de libertad sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto a los fines mencionados supra y únicamente durante el menor tiempo posible.

Para ello, es esencial que los Estados dispongan de un catálogo de medidas alternativas¹⁸⁵, que puedan resultar efectivas para la consecución de los fines descritos".

Habeas Corpus Reparador, 13 agosto 2002. Tavares B. y Krysan R. Corte Suprema de Justicia de Paraguay³⁶.

Resumen de la sentencia:

La Sala Penal de la Corte Suprema de Paraguay en 2002 consideró imperativo sustituir la detención de brasileños por la adopción de medidas alternativas, sin que ello implique estudiar el fondo de la cuestión. Ordenó, entonces, el arresto domiciliario, bajo estricta vigilancia policial, y estableció mecanismos de control diarios, la obligación de informar de forma diaria al Juzgado y la fianza personal del abogado defensor.

6-2011, 26 de agosto de 2011, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del Salvador³⁷.

El presupuesto básico e imprescindible para restringir el derecho de libertad física es la previsión legal que tome en cuenta los principios de tipicidad, concreción y taxatividad; y para ejecutar dicha restricción, ha de seguirse el procedimiento dispuesto por ley.

Ahora bien, una vez constatada la aludida previsión legal, la adopción de una medida que limite el derecho de libertad física requiere de la satisfacción de

35 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf.

36 <http://www.csj.gov.py/jurisprudencia>.

37 <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/Documento/Documento.aspx?Data=EACkw1CgbVbJge tNjRmGTRnic7B4yYLUvmbosbn/woktrN5GiA7vT4ycOP3Y9+LS8845NeZ54XioVgbaJ/QYdqFboaGTSy+-inO5UskqbJ6dgUYhBU9bhNz7j9phlqEpaKGCaZgBjsUINjP4XRhCOCX2uZxnutDCxxOZZSoZAVMkkoins-7dAlusFSjoiYc5No2A==>

otros elementos, tales como la necesidad de la restricción, la razonabilidad de esta y su proporcionalidad respecto del fin que con ella se persigue. Tomando en cuenta dichos principios se otorgó la libertad de dos cubanos en lo que se resolvían sus procedimientos administrativos migratorios.

14

DIGNIDAD EN LAS CONDICIONES DE LA DETENCIÓN

CASO QUE LO ILUSTRÁ

Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs Panamá*, sentencia 23 de noviembre de 2010³⁸.

Párrafo 198.

"Toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de toda persona que se halle bajo su custodia. Esto implica el deber del Estado de salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos, brindándoles, entre otras cosas, la asistencia médica requerida, y de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención. Su falta de cumplimiento puede resultar en una violación de la prohibición absoluta de aplicar tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En este sentido, los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano".

³⁸ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf.

15

ASISTENCIA HUMANITARIA Y PROTECCIÓN

CASO QUE LO ILUSTRAS

Sentencia T-025/04, 22 de enero de 2004, Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia³⁹.

Resumen de la sentencia:

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional resolvió declarar la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado y el volumen de recursos efectivamente destinados a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales, de otro lado. Debido a esta situación solicita al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia para que verifique la magnitud de la discordancia y diseñe e implemente un plan de acción para superarla dando especial prioridad a la ayuda humanitaria.

Auto 382/10, 10 de diciembre de 2010, Sala Especial de Seguimiento de Sentencia T-025 de 2009 y sus autos complementarios⁴⁰.

Resumen de la sentencia:

La Corte Constitucional de Colombia reconoce que el pueblo Hitnu o Macaguán se encuentra en peligro de ser exterminado cultural y físicamente por causa del conflicto armado interno colombiano y por la falta de atención adecuada por parte de las autoridades que garanticen su seguridad alimentaria, su salud, su integridad física y su vida. De esta manera ordena la aplicación de un programa de intervención y atención en salud, nutrición y seguridad alimentaria y se solicita que se coordine con el programa de asistencia humanitaria de emergencia que se debe prestar a la población desplazada. Otro punto interesante es que contempla la consulta a las comunidades afectadas por el desplazamiento.

39 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>

40 <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7645>

Auto 005/, 26 de enero de 2009, Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia⁴¹.

Resumen de la sentencia:

La Corte Constitucional de Colombia adoptó diversas providencias con objeto de proteger los derechos humanos de las comunidades afro colombianas afectadas por el desplazamiento forzado interno, entre ellas se encuentran la necesidad de un enfoque diferencial que reconozca la diversidad de los desplazados afro descendientes, asegurar la participación de de las comunidades, el establecimiento de mecanismos adecuados de consultas y el respeto del derecho de estos pueblos a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo en la medida que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan de alguna manera.

⁴¹ <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6982>

16

ACCESO A LA JUSTICIA CONSIDERANDO LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y SUJETAS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

CASO QUE LO ILUSTRAS

Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC16/99, 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos⁴².

Párrafo 121.

El derecho a comunicarse con el representante consular contribuye a mejorar considerablemente sus posibilidades de defensa y a que los actos procesales que realice se hagan con apego a la ley y respeto a la dignidad de las personas. Por lo tanto, el derecho a la asistencia consular debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas para brindar a las personas extranjeras un juicio justo.

⁴² http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Folleto Informativo No. 33, (Naciones Unidas, Génova, 2009).
- ACNUR, *Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo*, <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4992fb672>, fecha de consulta: 16 de noviembre de 2012.
- ACNUR, *Los niños refugiados: Directrices sobre Protección y Cuidado*, página 14, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0252>, fecha de consulta: 30 de octubre de 2012.
- ACNUR, *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, mayo 2008, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7126>, fecha de consulta: 25 de noviembre de 2012.
- ACNUR, *Protección de los Refugiados en el derecho internacional, consultas globales del ACNUR sobre Protección Internacional*, http://www.acnur.es/PDF/4ccac1a32_20120511115452.pdf, fecha de consulta: 16 de noviembre de 2012 página 218.
- ACNUR y el Instituto de Posgrado de Estudios Internacionales de Ginebra, 8- 9 de noviembre de 2001, *Unidad de la Familia, Consultas Globales sobre la Protección Internacional*, http://www.es.refugeelawreader.org/index.php?option=com_content&view=article&id=132&Itemid=103. Fecha de consulta: 3 de octubre de 2012.
- Análisis de Jurisprudencia realizado en el marco del proyecto “Promover el litigio estratégico en defensa de los derechos de las personas migrantes en México y Centroamérica para la incidencia de políticas migratorias”, coordinado por I(dh)eas, Litigio Estratégico en Derechos Humanos; Consejería en Proyectos (PCS); Centro de Estudios Legales y Sociales; y la Universidad Nacional de Lanús y que han sido elaborados por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLA) y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).
- Asamblea General de Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Francois Crépeau, 2 de abril de 2012, <http://daccess-dds.ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/125/99/PDF/G1212599.pdf?OpenElement>, fecha de consulta: 6 de enero de 2012.

- Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Informe Especial sobre Secuestro de Migrantes en México*, 22 de febrero de 2011, http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/informes/especiales/2011_secigrantes.pdf, página 27, fecha de consulta: 18 de febrero de 2013.
- Consejo Económico y Social de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 54° período de sesiones, E/CN.4/1998/53/Add.2, Intensificación de la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de trabajo en la Comisión Derechos Humanos, éxodos en masa y personas desplazadas, *Principios Rectores de los desplazamientos internos*, 11 de febrero de 1998, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0022>, fecha de consulta: 5 de noviembre de 2013.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos *Caso Trujillo Oroza – reparaciones*, párr. 61; *Caso Bámaca Velásquez – reparaciones*, párr. 39; *Caso Cantoral Benavides – reparaciones*, párr. 41; *Caso Durand y Ugarte – reparaciones*, párr. 25; *Caso Barrios Altos – reparaciones*, párr. 25; *Caso Velásquez Rodríguez – indemnización compensatoria*, párr. 25 apud, Nash Rojas, Claudio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, 2ª edición, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- Gazauhi Espinoza, Rodrigo A. *Elementos para la Comprensión del Derecho de Acceso a la Justicia*, <http://lp.udabol.edu.bo/revista/documentos/Elementos.pdf>, página 2, fecha de consulta: 26 de noviembre de 2012.
- Informe Anual 1991, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Capítulo V, Situación de los Haitianos en República Dominicana*.
- Instituto Interamericano del Niño, *Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil*, *Directrices de Riad*, Universidad de Gante, Centro de derechos de los niños, Resolución 45/112, 14 de diciembre de 1990, 68ª sesión plenaria.
- Coria Márquez, Elba Yanet, *Retos y oportunidades en la construcción de un acceso a la justicia incluyente para las mujeres migrantes que viven violencia*, ensayo ganador del segundo lugar del primer concurso de ensayo “Género y Justicia”.
- OEA/Ser.L/V/II.81 Doc. 6 rev. 1, 14 febrero 1992; CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*.
- OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2000, párr. 6; CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 octubre 2002, párr. 377; CIDH, *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*.

- OEA/Ser.L/V/II.106 Doc.40 rev., 28 de febrero de 2000, párr. 166; CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000: Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*.
- Organización Internacional para las Migraciones, *Hechos y cifras*, <http://www.iom.int/cms/es/sites/iom/home/about-migration/facts--figures-1.html>, fecha de consulta: 19 de febrero de 2013.
- Organización Internacional para las Migraciones, *Migración irregular y flujos migratorios mixtos: Enfoque de la OIM*, nonagésima octava reunión, 19 de octubre de 2009, http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/main/site/policy_and_research/policy_documents/MC-INF-297-Flujos-Migratorios-Mixtos_ES.pdf, fecha de consulta 18 de febrero de 2013.
- Paspalanova, Mila, *La vulnerabilidad de las Mujeres Migrantes un fenómeno poco reconocido* (México: Fontamara 2010), pp. 235 – 261.
- Suárez Bustamante, Gina Marcela, *El rol del psicólogo jurídico en la revictimización ejercida por las instituciones del sistema, hacia la población víctima del desplazamiento forzado interno*, Asociación Latinoamericana de Psicología Jurídica y Forense (23 de octubre de 2011), <http://psicologiajuridica.org/archives/2074>, consultado en noviembre 27, 2012.

CASOS ANTE LA CIDH Y LA CORTE IDH, ASÍ COMO OBSERVACIONES GENERALES

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loren Laroye Riebe Star vs México*, sentencia de 13 de abril de 1999, <http://cidh.org/annualrep/98eng/Merits/Mexico%2011610.htm>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso No. 12.271, *Benito Tide Méndez y otros (República Dominicana)*. 29 de marzo de 2012, párr. 260.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01, Caso 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel) (Estados Unidos de América)*. 4 de abril de 2001, párrs. 216-219.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Asunto Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de 18 de agosto de 2000.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, 2 de febrero de 2001, <http://www.mire.gob.pa/sites/default/files/documentos/derechos-humanos/Caso-Baena-Ricardo-Fondo-Reparaciones-y-costas-2-de-febrero-de-2001.pdf>, párrafo 124, fecha de consulta: 17 de febrero de 2013.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, 24 de octubre de 2012, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf, fecha de consulta: 13 de febrero de 2013.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 29 de julio de 1988, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf, fecha de consulta: 10 de febrero de 2013.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, sentencia de 23 de noviembre de 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-4/84, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, solicitada por el gobierno de Costa Rica, 19 de enero de 1984, Párrafo 55.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-16/99: El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-17/2002* de 28 de agosto de 2002 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 56.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-18/03: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.
- Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Comité de los Derechos del Niño, 39º período de sesiones 2005.
- Observación General Nro. 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 22º período de sesiones, año 2000.

BUENAS PRÁCTICAS INTERNACIONALES

ARGENTINA

- Incidente de Habeas Corpus. Expediente N° 5--17.559--20.768--2.011. 11 junio 2011. Caso Dai Jianqing, Fed. Paraná. Cámara Federal de Paraná, Provincia de Entre Ríos, Argentina. Disponible en <http://www.cij.gov.ar>.

COLOMBIA

- Auto 251/08, 6 de octubre de 2008, Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia Disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6986>.
- Auto 92/2008, 14 de abril de 2008, Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia. Disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6321>.
- Sentencia C-1259/01, 29 de noviembre de 2001, Corte Constitucional de Colombia. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1259-01.htm>.

COSTA RICA

- Expediente: 10-000772-1027-CA, Res: 00400-S1-F-2012, 22 de marzo de 2012, Sala de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Disponible en http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=544537&tem1=Dircci%C3%B3n%20General%20de%20Migraci%C3%B3n%20y%20Extranjer%C3%ADa&strTipM=T&lResultado=3&strTem=ReTem.
- Juvenil Amparo. 26 de Noviembre de 2002. Zhong Guaquan, a favor de Ai Li Zhong y Du Yu Yun. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Disponible en <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/Constitucion%20Politica/Sentencias/2002/02-11230.htm>.
- Recurso de apelación. Expediente 15617-09. SE IMPUGNA DEPORTACIÓN DE MADRE DE MENOR COSTARRICENSE. Sala Constitucional, Tribunal de Casación Penal de San Ramón.
- Recurso de habeas Corpus, Voto 6441-98, Expediente: 98-005689-007-CO-E, Res: 06441-98. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3161.pdf?view=1>.

- Recurso de habeas corpus. Sentencia. 01746 Expediente: 95-001365-0007-CO. 31/03/1995. Sala Constitucional de Costa Rica. Disponible en http://200.91.68.20/pj/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=TSS¶m2=1&nValor1=1&nValor2=123676&tem1=Asilo%20polo%EDtico&strTipM=T&IResultado=2&strTem=ReTem.
- Recurso de Habeas Corpus, Expediente: 10-015719-0007-CO. 21 Diciembre 2010. Carlos Manuel Segura Jiménez a favor de Orlando Morejón Rodríguez. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA., Res. N° 2010021024, San José, Costa Rica, http://200.91.68.20/pj/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=TSS¶m2=5&tem1=migrante&nValor1=1&nValor2=498457¶m7=0&strTipM=T&IResultado=43&strLib=LIB.
- Recurso de Hábeas Corpus. Expediente: 12-005975M0007-CO. 25 Mayo 2012. G. R. O. a favor de L. P. V. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Res. N° 2012007084, Costa Rica.
- Sentencia 10080-08, Sala Constitucional de Costa Rica. Disponible en http://200.91.68.19:81/cumbre/index.php?option=com_content&view=article&id=11:jurisprudencia-migrantes&catid=36:jurisprudencia-personas&Itemid=78.

COLOMBIA

- Auto 005/, 26 de enero de 2009, Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia. Disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6982>.
- Auto 382/10, 10 de diciembre de 2010, Sala Especial de Seguimiento de Sentencia T-025 de 2009 y sus autos complementarios. Disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7645>.
- Sentencia T-025/04, 22 de enero de 2004, Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>.

EL SALVADOR

- 6-2011, 26 de agosto de 2011, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del Salvador. Disponible en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/Documento/Documento.aspx?Data=EACkwiCgbVbJgetNjrMGTRnic7B4yYLUvmb0SbN/woktrN5GiA7vT4ycOP3Y9+LS8845NeZ54XioVgbaJ/QYdqFboaGTSy+inO5UskqbJ-6dgUYhBU9bhNz7j9phlqEpaKGcAZgBjsUINjP4XRhCOCX2uZxnutDCxxOZZSoZAVMkkoins7dAlusFSjoiYC5No2A==>

PANAMÁ

- Acción de Habeas Corpus. 1 septiembre 2010. Idis. A. Espinoza a favor de Euclides Morena Mena. Corte Suprema de Justicia de Panamá. Disponible en <http://www.organojudicial.gob.pa/wp-content/uploads/2011/03/rj2010-09.pdf>.

PARAGUAY

- Habeas Corpus Reparador, 13 agosto 2002. Tavares B. y Krysan R. Corte Suprema de Justicia de Paraguay. Disponible en <http://www.csj.gov.py/jurisprudencia>.

REPÚBLICA DOMINICANA

- Habeas Corpus, 4 de abril de 1997, No. 3, Suprema Corte de Justicia de República Dominicana. Disponible en <http://www.suprema.gov.do/sentscj/sentencia.asp?B1=VR&llave=103730003>.

VENEZUELA

- Expediente N° 04-0147, Medida Cautelar, 2004, Venezuela, Análisis de Jurisprudencia realizado en el marco del proyecto “Promover el litigio estratégico en defensa de los derechos de las personas migrantes en México y Centroamérica para la incidencia de políticas migratorias”, coordinado por I(dh)reas, Litigio Estratégico en Derechos Humanos; Consejería en Proyectos (PCS); Centro de Estudios Legales y Sociales; y la Universidad Nacional de Lanús y que han sido elaborados por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLA) y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

ORDENAMIENTO JURÍDICO DE ORIGEN INTERNACIONAL

- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares.
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.
- Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados.
- Declaración de Cartagena sobre Refugiados.
- Convención sobre el Estatuto de los Apátridas.
- Convención para Reducir los casos de Apatridia.
- Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

- Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Convenio sobre los trabajadores migrantes. Convenio (N. 143) sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes OIT 1975.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. Resolución 45/113, ONU 1990.
- Principios básicos para el tratamiento de los reclusos.
- Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.
- Principios rectores de los Desplazamientos internos.
- Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.
- Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares.

Apartado sobre personas con discapacidad



ÍNDICE

I. SOBRE EL PROTOCOLO	231
1. CONTEXTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	
2. LAS RAZONES	
3. LA FINALIDAD	
4. MODELOS DE ABORDAJE DE LA DISCAPACIDAD	
5. CONCEPTOS	
6. MARCO JURÍDICO	
7. DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SUS IMPLICACIONES EN UN PROCESO JURÍDICO	

II. PRINCIPIOS GENERALES PARA LA CONSIDERACIÓN DE LAS Y LOS JUZGADORES	267
---	------------

III. SENTENCIAS RELEVANTES RELACIONADAS CON LOS PRINCIPIOS	306
---	------------

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	338
-------------------------------	------------



I. SOBRE EL PROTOCOLO

1. CONTEXTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas, a nivel mundial existen aproximadamente 650 millones de personas con discapacidad; y si se toma en cuenta a sus familiares, el número asciende a 2000 millones, casi la tercera parte de la población mundial.¹

Las personas con discapacidad son un grupo de población que tradicionalmente ha sido estigmatizado, rechazado por la sociedad y objeto de múltiples discriminaciones. Tales circunstancias las han colocado en situaciones de desventaja y exclusión social, debido, en gran parte, a que su condición de discapacidad, a juicio de la mayoría, se aleja de los estándares considerados “normales”, que califican como diferentes a las personas con algún tipo de *diversidad funcional*,² y las condena a una existencia vinculada a la institucionalización, medicación y sometimiento, propiciando un desconocimiento de sus derechos, el ejercicio de los mismos en desigualdad de condiciones, y violación o vulneración constante de ellos.

Lo anterior tiene su origen en las diversas barreras actitudinales, culturales y físicas que la sociedad impone a las personas con discapacidad, consciente o inconscientemente, pues en razón de su ausencia en los distintos escenarios de carácter público y privado, se genera la idea de que no forman parte de la sociedad, y lo más grave, que no son capaces de ejercer sus derechos, ni de gozar de la autonomía y libertad para tomar sus propias decisiones.

En otras palabras, las barreras del contexto en el que se desenvuelven las personas con discapacidad constituyen el principal obstáculo para que ellas puedan gozar y ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad, y en esa medida, participar y ser incluidas en la sociedad.

Una concepción que plasma de manera singular la percepción negativa y prejuiciosa que se tiene de las personas con discapacidad, y que propicia su desvalorización social, es la que la experta Agustina Palacios emplea en una de sus obras:

“[...] las personas con discapacidad son vistas como desafortunadas porque son incapaces de disfrutar de los beneficios sociales y materiales de la sociedad contemporánea. Ello incluye la oportunidad de casarse, de acceder a la posibilidad de ser padres y madres, y cualquier interacción social. La percepción de las personas con discapacidad

¹ Información consultada en: <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=547>, el 17 de diciembre de 2013.

² Siguiendo el criterio abordado por la autora Agustina Palacios, respecto al término “deficiencias”, se hace la aclaración que en el presente Protocolo se empleará el vocablo *diversidades funcionales*, toda vez que el primero llega a ser considerado como discriminatorio por la significación del mismo, en PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Colección Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) No. 36, Ediciones Cinca, Madrid, 2008, pp. 122. La anterior aclaración se realiza sin menoscabo de que la propia Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad emplea la terminología “deficiencias”.

como inútiles surge de su falta de compromiso en las actividades económicas [...]. Como consecuencia de su fracaso en ser normales ya sea en su apariencia o en el control sobre sus mentes, son apartadas bajo el rótulo de diferentes. De este modo [...] el nivel y la forma de prejuicio contra las personas con discapacidad llega a ser *opresivo* [...]”.³

Las personas con discapacidad son marginadas, lo cual trae implícito “desventajas materiales, exclusión de la división del trabajo, segregación institucional, y negación de derechos ciudadanos [...]”.⁴ La carencia de poder, se manifiesta en la ausencia de autonomía e independencia en la toma de sus propias decisiones, participando en ellas terceras personas ajenas a sus intereses.

Dicha situación de opresión y desventaja social ha sido reconocida por la propia Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁵ al señalar en el inciso y) de su Preámbulo que la misma “[...] contribuirá significativamente a paliar la profunda desventaja social de las personas con discapacidad y promoverá su participación, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural [...]”.

Sin perder de vista la heterogeneidad que caracteriza a las personas con discapacidad, ya sea por los diversos tipos de discapacidad que existen (física, intelectual, sensorial y mental o psicosocial), o incluso las combinaciones de éstas, es preciso mencionar que el género, cómo en otros ámbitos de la vida, también ha sido un elemento causante o agravante de las situaciones de desventaja social y exclusión de las personas con discapacidad, en particular, de las mujeres, pues es común que no se tomen en cuenta sus necesidades particulares en determinados ámbitos.

Un ejemplo es en la atención de situaciones de violencia familiar, en dónde suelen no existir guías o protocolos para casos de mujeres con discapacidad,⁶ o bien, los sistemas de apoyo personal, que sin tomar en cuenta la existencia de mujeres con discapacidad que se dedican primordialmente a actividades del hogar o del cuidado de hijas e hijos, están diseñados exclusivamente para brindar asistencia en sectores relacionados con actividades de carácter económico.⁷

Es por ello que resulta necesaria la existencia de mecanismos, en todos los ámbitos y entornos, para que las personas con discapacidad puedan mejorar sus condiciones de vida, y en general, sean reconocidas como personas titulares de derechos humanos y como partícipes de la sociedad.

3 *Ibidem*, pp. 176.

4 *Ibidem*, pp. 171.

5 Instrumento internacional que cambió la forma de entender a la discapacidad (tal como se explicará más adelante en los siguientes apartados, dejando de entender a la discapacidad como una enfermedad, y concibiéndola como una cuestión de derechos humanos). Adoptado el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Firmado por México el 30 de marzo de 2007, y ratificado por el Senado el 27 de septiembre de 2007. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 02 de mayo de 2008 y en vigor al día siguiente.

6 PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad...* Op. cit., pp. 184.

7 *Ídem*.

2. LAS RAZONES

El presente Protocolo tiene como finalidad sugerir las directrices o lineamientos a seguir, por parte de las y los juzgadores, en aquellos casos que involucren a personas con discapacidad.

Teniendo como objetivo principal promover el respeto de los derechos que les han sido reconocidos en diversos instrumentos de índole internacional, en el entendido de que su *exigibilidad y justiciabilidad* es fundamental para reconocer y aplicar el modelo social y de derechos humanos sobre la discapacidad, tal como lo dispone la CDPD.

Atendiendo a la especialidad del público al que se dirige el presente Protocolo, es decir, las y los jueces, el mismo centrará su atención en el derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad (además de que es un derecho exigible directamente a las y los juzgadores), señalando con especial énfasis las medidas transformativas que deben adoptarse, ya sean culturales, actitudinales, en la infraestructura física, o en el contenido de los procesos y decisiones de las autoridades, para que sea ejercido en igualdad de condiciones que el resto de la población sin discapacidad, lo que dará pauta a que gocen y ejerzan plenamente todos sus demás derechos.

Lo anterior, bajo el entendido de dos premisas fundamentales que permean el contenido de todo el Protocolo y son, que la *discapacidad* es definida tanto por el contexto que rodea a la persona así como por la presencia de una diversidad funcional,⁸ y que esta última puede llegar a tener un origen variado, ya sea por enfermedad, debido a un accidente, a una cuestión hereditaria, o por la edad, por lo que todas las personas debemos estar conscientes de que en algún momento de nuestra vida, y por causas diversas, podemos llegar a presentar una diversidad funcional de tipo físico, mental, intelectual o sensorial, o una multiplicidad de ellas.

Formulada esa acotación, se enfatiza que al Poder Judicial le corresponde la doble función de garantizar un acceso pleno a la justicia, en apego al cumplimiento de las garantías del debido proceso judicial, y, en su caso, de restituir a las personas en el ejercicio de sus derechos cuando les han sido violentados, ya que no se debe olvidar que “[...] el acceso a la justicia es un derecho en sí mismo, y a su vez, un medio que permite a las personas restablecer el ejercicio de aquellos derechos que les hubiesen sido desconocidos o quebrantados”.⁹

Esta última circunstancia cobra especial relevancia tratándose de las personas con discapacidad, pues aun cuando la Convención constituye un parte-aguas en la reivindicación de sus derechos, no basta su reconocimiento en un ordenamiento jurídico para que en la práctica aquellos sean efectivamente ejercidos y respetados,¹⁰ sobre todo cuando en el

8 Situación que será explicada páginas más adelante, en el apartado 5. Conceptos, en específico el de *discapacidad*.

9 *Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad. Propuestas para un trato adecuado*, Colección de Documentos de Política n° 2, Área Justicia, Eurosocial, Programa para la Cohesión Social en América Latina, Buenos Aires, octubre 2013, pp. 14.

10 Se remite al apartado anterior que expone el contexto en el que se desenvuelven las personas con discapacidad y las barreras que enfrentan en su vida cotidiana.

caso del acceso a la justicia han enfrentado situaciones concretas de desventaja histórica y exclusión sistemática debido a diversos factores:

- La falta de conocimiento en el ámbito judicial sobre el tema de la discapacidad y, por consiguiente, la poca o nula sensibilización y toma de conciencia respecto a quienes tienen dicha condición de vida.
- La ausencia o escaso reconocimiento de las personas con discapacidad como titulares de derechos.
- La falta de accesibilidad en la infraestructura física y en el entorno de las comunicaciones y de la información de los sistemas de justicia, y
- La ausencia de aplicación de los instrumentos internacionales de la materia en los procesos judiciales en los que intervienen personas con discapacidad.¹¹

Por ello, le corresponde al Poder Judicial adoptar acciones encaminadas a garantizar que los recursos disponibles para la *justiciabilidad* de los derechos realmente sean efectivos en la práctica, con la finalidad de que el derecho de acceso a la justicia sea ejercido bajo estándares óptimos de eficacia, tomando en consideración las necesidades particulares y concretas de las personas con discapacidad.

Al respecto, cobra relevancia señalar las tres dimensiones que de acuerdo con Francisco Bariffi se le pueden atribuir al derecho de acceso a la justicia previsto en el artículo 13 de la CDPD, toda vez que cada una de ellas responde a las diversas necesidades de las personas con discapacidad en el ejercicio de ese derecho.

Tales dimensiones son la legal, física y comunicacional. La primera de ellas se refiere a que las personas con discapacidad puedan participar, sin importar la calidad con la que lo hagan, en los procesos judiciales por derecho propio. La segunda dimensión se relaciona con el hecho de que todas las instalaciones judiciales sean accesibles. Y la tercera, establece que cualquier información que se proporcione a las personas con discapacidad también sea accesible y se presente en medios alternativos de comunicación, como por ejemplo: Lengua de Señas, en Sistema de Escritura Braille, en formatos digitales, o en un texto de fácil lectura y comprensión, entre otros.¹²

En otras palabras, además de garantizar el respeto del derecho de acceso a la justicia, debe existir la garantía de que éste podrá ser ejercido por todas las personas, sin importar su condición, generando las acciones propicias para ello.

Al respecto, una tesis jurisprudencial de diciembre de 2012 de un Tribunal Colegiado de Circuito en México, al pronunciarse sobre el derecho de acceso a la justicia ha establecido que:

¹¹ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL, *Informe especial sobre la situación de los derechos humanos de las personas con discapacidad en el Distrito Federal 2007-2008*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), México, 2008, pp. 87.

¹² *Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad... Op. cit.*, pp. 15.

“[...] no basta con la existencia formal de un recurso, sino que éste debe ser efectivo; es decir, capaz de producir resultados o respuestas y tener plena eficacia restitutoria ante la violación de derechos alegada; [...] Por tanto, **los órganos jurisdiccionales deben evitar, en todo momento, prácticas que tiendan a denegar o limitar el referido derecho de acceso a la justicia**”.¹³

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), en la sentencia del caso *Ximenes Lopes vs Brasil* de 4 de julio de 2006,¹⁴ misma que constituye un precedente obligatorio a nivel interamericano en el tema de las personas con discapacidad:

“[...] No basta con la existencia formal de los recursos, sino que éstos deben ser efectivos, es decir, deben ser capaces de producir resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] [...]”.

Por otra parte, también es importante señalar el uso del derecho internacional en la materia, con la finalidad de incorporar en la práctica y en todas las actuaciones judiciales, el contenido, de entre otras, la CDPD.

Sirva como referente lo señalado por el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad que, en concordancia con el artículo 13 de la CDPD, estableció en relación con el tema de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que un aspecto primordial es el de capacitar al público en general, haciendo especial énfasis en las y los operadores del sistema judicial, así como en aquellas personas que practican la abogacía, con la finalidad de que se vayan adentrando en las consideraciones y problemáticas que este tema plantea.^{15/16}

Por tanto, se pone a disposición el presente *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad*, con la finalidad de que sirva como una herramienta para las y los jueces en su tarea diaria de impartición de justicia, dando pauta a la implementación de otras adecuaciones para garantizar el derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad.

13 El resaltado es propio. Tesis: “ACCESO A LA JUSTICIA. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEBEN EVITAR, EN TDODO MOMENTO, PRÁCTICAS QUE TIENDAN A DENEGAR O LIMITAR ESE DERECHO”; [J]; 10ª Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XV, México, Diciembre de 2012, Tomo 2, página 1053.

14 Párrafo 192.

15 Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, sobre la necesidad de interpretar el artículo 1.2, inciso b) in fine, de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

16 Dar a conocer el contenido de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo ha sido una recomendación, que el Comité derivado de esa Convención, ha sugerido a España, señalando que dicho conocimiento se particularice en el caso de la judicatura y de la abogacía. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad emitidas a España, acerca del examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención, aprobadas en su sexto período de sesiones, CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011, párrafo 26.

3. LA FINALIDAD

El presente Protocolo parte del reconocimiento de que al Poder Judicial, como a los demás Poderes, le compete la garantía de los derechos humanos de las personas en general, y de las personas con discapacidad en particular, así como la interpretación de las disposiciones en materia de derechos humanos, estableciendo el alcance que tendrán, la forma en que deberán aplicarse, y su relación entre ellas.

Por lo tanto, considerando que su tarea principal consiste en resolver toda controversia que se someta a su consideración, aplicando la norma jurídica al caso en concreto, es menester señalar que las y los jueces no pueden desarrollarla a partir de una concepción ajena a los derechos humanos, sino que deben llevarla a cabo garantizando en todas sus actuaciones la mayor protección de las personas y de sus derechos, tal como lo dispone la norma constitucional, en su artículo primero.

De esta manera, mediante el presente Protocolo se busca contribuir a la disminución de las barreras a las que se enfrentan continuamente las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos, derivadas del contexto político, jurídico, cultural y económico en el que viven, como lo son las barreras actitudinales (prejuicios y discriminación social e institucional), las barreras físicas y comunicacionales (en la infraestructura urbana, en los espacios públicos y privados) y la falta de toma de conciencia por parte de las autoridades respecto de la discapacidad.

En consecuencia, este Protocolo pretende aportar una serie de consideraciones que engloban elementos técnicos y jurídicos, fundamentados en el *principio pro persona*, contribuyendo de esa forma a garantizar, que el derecho de acceso a la justicia, pueda ser ejercido por las personas con discapacidad atendiendo a sus necesidades concretas.

Para ello, se hace uso de los conceptos de *discapacidad* y *persona con discapacidad*, que a su vez parten del reconocimiento de la dignidad de las personas, y de las normas jurídicas de origen internacional aplicables a la materia.

Asimismo, un eje fundamental que guía el contenido de este Protocolo lo es el del respeto a la autonomía de las personas con discapacidad y su derecho a participar en la toma de decisiones que directamente les afecten. En otras palabras, el reconocimiento de su capacidad jurídica, mismo que cobra especial relevancia en la actualidad toda vez que cuestiona los pilares fundamentales sobre esta materia, basados en un modelo de sustitución en la toma de decisiones, obligando a los órganos jurisdiccionales a tener presente los nuevos parámetros en la determinación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, y a reemplazar así, ese modelo sustitutivo, por un modelo de apoyos en la toma de decisiones.

En consecuencia, la titularidad de derechos por parte de las personas con discapacidad coloca a quienes imparten justicia ante la necesidad de que existan interpretaciones

judiciales que rebasen la visión de la discapacidad como una enfermedad, eliminando la adopción de acciones asistencialistas, tutelares o de dependencia de terceras personas. Es preciso que el sistema jurídico vigente responda, desde un lenguaje de derechos humanos, a la problemática de la falta de *justiciabilidad* de los derechos de las personas con discapacidad.

De este modo, otros de los principios en los que se fundamenta este Protocolo, derivados del orden jurídico nacional e internacional en la materia, además de la implementación del modelo social y de derechos humanos de la discapacidad, o el de respeto por la autonomía y libertad en la toma de decisiones, son:

- El de mayor protección a la persona con discapacidad.
- El de igualdad y no discriminación.
- El de igualdad entre la mujer y el hombre.
- El de accesibilidad.
- El de respeto por la diferencia, y aceptación de la discapacidad como parte de la diversidad y condición humanas.
- El de participación e inclusión plenas y efectivas en la comunidad, y
- El de protección de las y los niños con discapacidad.

Además de que otros factores como el género, la edad o el origen étnico, sólo por citar algunos elementos, influyen significativamente en la forma en como las personas con discapacidad gozan y ejercen sus derechos.¹⁷

Por consiguiente, el presente Protocolo no tiene como intención proveer un formato para casos sobre personas con discapacidad, sino ofrecer a las y los jueces, herramientas de interpretación jurídica que garanticen de mejor manera la protección de los derechos de aquellas personas.

De igual forma se exponen una serie de precedentes regionales, así como buenas prácticas, que ejemplifican la forma en que los tribunales, dentro de sus jurisdicciones internas, y la propia Corte IDH, han resuelto casos en los que participa una persona con discapacidad, respetando y protegiendo sus derechos humanos.

Cabe aclarar que el presente Protocolo tiene su antecedente en el *Protocolo nacional de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad*, elaborado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, teniendo la certeza de que servirá como una guía u orientación para la conformación del presente Protocolo Iberoamericano.

¹⁷ Tan sólo en el caso de las mujeres es de destacarse que el movimiento de la discapacidad tradicionalmente ha enfocado sus esfuerzos en un grupo homogéneo, sin considerar que ellas son un sector que vive de manera diferente la *discapacidad*, siendo objeto de múltiples formas de discriminación. CARIGNANO, F., PALACIOS, A., dirigido por ROSALES, P.O., *Discapacidad, Justicia y Estado: acceso a la justicia de personas con discapacidad*, Infojus, Buenos Aires, 2012, pp. 42.

4. MODELOS DE ABORDAJE DE LA DISCAPACIDAD

A lo largo de la historia han surgido diversas explicaciones en torno a lo qué es la *discapacidad* y cómo la sociedad y el Derecho responden a la misma, transitando de concepciones que promovían el exterminio y la exclusión de las personas con discapacidad, el proteccionismo o paternalismo de las mismas, hasta llegar a una etapa en la que se disocia a la discapacidad del término *enfermedad*, siendo imposible entender aquella si no se vincula con los derechos humanos de la persona y el reconocimiento de su dignidad y autonomía.

Es por ello que resulta primordial exponer brevemente los modelos que han derivado de las diferentes concepciones sobre el tema, para estar en posibilidad de entender tanto los conceptos, como el marco normativo que se expondrá más adelante, y a partir de los cuales se fundamenta el presente Protocolo, toda vez que se parte del postulado del reconocimiento de las personas con discapacidad como seres humanos, con igualdad de derechos que las personas sin discapacidad.

■ **Modelo de prescindencia.**¹⁸ Grecia / Roma / Edad Media

Este modelo fundamentaba la causa de la discapacidad en un motivo religioso (ya fuera por un pecado cometido por los padres, o por un enojo de los dioses), y consideraba a las personas con discapacidad como innecesarias, toda vez que no tenían nada que aportar a la sociedad, y más bien eran vistas como una carga para sus familias, por lo que era necesario prescindir de ellas. Un medio empleado era el infanticidio de niños y niñas con discapacidad, y en el caso de las personas adultas, simplemente se les marginaba o excluía.

■ **Modelo médico-rehabilitador.**¹⁹ Comienzos del siglo XX.

Este modelo consideraba que la causa de la discapacidad no era cuestión religiosa sino de carácter médico, es decir, una diversidad funcional física, psíquica o sensorial que traía como consecuencia que las personas con limitaciones fueran vistas como *personas rotas* o *enfermas*, teniendo que ser *rehabilitadas* y *normalizadas* para integrarlas a la sociedad.

De esta manera la discapacidad es entendida como una enfermedad, y la persona con discapacidad es vista en su individualidad, pues ella es la causante del problema y quien tiene que adecuarse a la sociedad misma a través de *medidas normalizadoras* enfocadas principalmente en el ámbito de la salud (medicación, institucionalización).

“La discapacidad implicaba una tragedia personal para las personas afectadas y *un problema* para el resto de la sociedad”.²⁰ Y establecía “una presunción de inferioridad biológica o fisiológica de las personas con discapacidad, destacando la pérdida o las discapacidades personales, y contribuyendo al modelo de dependencia”.²¹

¹⁸ GONZÁLEZ RAMOS, A.K., *Capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2010, pp. 14.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 14 y 15.

²⁰ PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad...* *Op. cit.*, pp. 106.

²¹ *Ibidem*, pp. 174.

Este modelo surgió a comienzos del siglo XX con las personas que resultaron afectadas de por vida en la Primera Guerra Mundial, generando un sistema de servicios como una medida para compensarlas.

Posteriormente, en la década de los años sesenta, dichas medidas se aplicaron a todas las personas con diversidades funcionales, sin importar el origen de éstas, enfocándose principalmente a la educación especial, al trabajo protegido, a la rehabilitación médica, a las cuotas laborales y a un sinfín de servicios de asistencia, en lugar de propiciar los mecanismos para que las personas con discapacidad directamente pudieran participar en la sociedad.

■ Modelo social²²

Este modelo surgió en Inglaterra y en los Estados Unidos de América a finales de la década de los sesenta y principios de los años setenta, con el denominado *movimiento de vida independiente*, promovido por las organizaciones de la sociedad civil de personas con discapacidad, a partir del cual se replantearon las causas que originaban la discapacidad, es decir, las barreras físicas y actitudinales de la sociedad en su conjunto (en lugar de las diversidades funcionales de las personas), que generaban, inaccesibilidad a los edificios, al transporte, a la infraestructura urbana y a los servicios, las conductas discriminatorias y la repetición de estereotipos en contra de las personas con discapacidad, entre otros elementos.

De este modo, las personas con discapacidad comenzaron a reivindicar el lugar que ocupan en la sociedad, combatiendo la percepción de ser ciudadanos de segunda clase, o bien, la de un grupo vulnerable al que resultaba necesario proteger, asistir, institucionalizar y medicar, asentando que eran ellas mismas, y no terceras personas (ya fueran médicos, familiares o instituciones) las que mejor conocían sus necesidades, así como los medios para satisfacerlas.

Fue así como se establecieron “algunos de los nuevos principios que les iban a guiar: independencia,²³ autosuficiencia, transversalidad –y sobre todo- el enfoque de la discapacidad como un problema social”.²⁴

En consecuencia, el modelo social sentó sus bases a partir de diversos presupuestos fundamentales:

- Que la discapacidad no tiene un origen en las limitaciones o diversidades funcionales de la persona, sino en las limitantes que la propia sociedad genera, debido a las barreras que impone a las personas con discapacidad para el desarrollo de sus vidas, ya sean culturales, actitudinales, físicas, entre otras. Por consiguiente, establece una disociación entre los conceptos de *diversidades funcionales* y *discapacidad*.

²² *Ibidem*, pp. 103-122.

²³ Cabe aclarar que la independencia comenzó a ser entendida como la capacidad de las personas con discapacidad de tomar sus propias decisiones, de poder tener el control de sus vidas, y no, como la cantidad de acciones que podían llevar a cabo sin asistencia (como era explicada por el modelo médico-rehabilitador). *Ibidem*, pp. 113 y ss.

²⁴ *Ibidem*, pp. 113.

- Que todas las personas son iguales en dignidad y derechos, independientemente de su diversidad física, mental, sensorial o intelectual; es decir, independientemente de sus diferencias, pues las mismas forman parte de la *diversidad humana*.
- Que las personas con discapacidad, como parte de la diversidad humana, deben ser incluidas en la comunidad reconociéndoles una participación plena y efectiva, toda vez que contribuyen a la misma, en igual medida que las personas sin discapacidad.
- Que las personas con discapacidad tienen plena autonomía e independencia en la toma de sus propias decisiones. Elemento primordial si se considera que el modelo social tuvo su origen en el movimiento de vida independiente.
- Que la discapacidad comienza a ser considerada como una cuestión de derechos humanos, y no como una enfermedad.

De esta forma, a diferencia del modelo que se centraba en la *rehabilitación* o *normalización* de la persona, la solución aportada por el modelo social se ha enfocado en *corregir o rehabilitar* a la sociedad misma, para eliminar las barreras de cualquier entorno, con la finalidad de lograr la inclusión y participación de las personas con discapacidad en todas las etapas de la vida en comunidad, reconociendo y tomando en cuenta sus diferencias y su diversidad.²⁵

En específico, se ha enfatizado la atención en las barreras que se traducen en la inaccessibilidad a edificios, a la infraestructura urbana, al transporte, a los medios de comunicación e información, a los servicios sociales y gubernamentales, a aquellas que niegan posibilidades de ofertas de trabajo no protegido y acceso a sistemas de educación inclusivos, o bien, a las que propician la reproducción de estereotipos e imágenes negativas acerca de las personas con discapacidad, sólo por citar algunas de ellas, y que conllevan una escasa visibilidad como integrantes de la sociedad, lo que repercute en su devaluación como personas.

Se puede decir que con el modelo social se ha transitado de una concepción integradora a una inclusiva de las personas con discapacidad; de ser meramente aceptadas y toleradas (pero vistas en el fondo como algo diferente y negativo), se ha avanzado a que las personas con discapacidad sean reconocidas como parte de la diversidad humana y esté ausente una valoración prejuiciosa acerca de ellas.

²⁵ En el modelo social “se resalta la importancia de que el fenómeno de la discapacidad sea abordado desde un enfoque holístico. Así, el ocio, la cultura, los deportes, entre otras, son actividades que permiten que las personas con discapacidad puedan participar en la vida social, a la vez que desarrollar sus inquietudes [...]”. Nota a pie de página 199. *Ibidem*, pp. 105.

■ **Modelo de derechos humanos**²⁶

Tomando como punto de partida el modelo social, este nuevo modelo reconoce a las personas con discapacidad como titulares de derechos.

Por ello, se promueve que las personas con discapacidad efectivamente los ejerzan en igualdad de condiciones que el resto de la población y sin discriminación alguna, reiterando su dignidad, así como el respeto por la diferencia que implica la discapacidad, lo cual conlleva la ausencia de conductas orientadas a la reproducción de estereotipos y a la exclusión y desventaja social de las personas con discapacidad.

Además de que se promueve su inclusión y participación plena y efectiva en la sociedad, toda vez que sus necesidades y requerimientos son atendidos por la comunidad.

26 INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, Derechos de las personas con discapacidad, Módulo 6, Serie Módulos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, C.R., 2007, pp. 14.

5. CONCEPTOS

Una vez explicadas las diversas concepciones que a lo largo de la historia han existido respecto de la discapacidad, se procederá a la exposición de los conceptos más representativos de la temática que nos ocupa, con la finalidad de que las y los jueces, principal audiencia a la que se dirige este Protocolo, partan de criterios uniformes por lo que al abordaje de la discapacidad respecta.

■ Concepto de discapacidad

Comúnmente ha existido una complejidad acerca de aportar significados o definiciones acerca de lo que debe entenderse por los términos *discapacidad* y *personas con discapacidad*, sobre todo considerando la explicación anterior acerca de los diversos modelos de abordaje.

Sin perjuicio de ello, el presente Protocolo, con la finalidad de evitar confusiones y ambigüedades respecto al tema que nos ocupa, expondrá una breve explicación acerca de lo que actualmente engloban ambos términos, **sin perder de vista el enfoque del modelo social, del cual parten ambas concepciones.**

Para ello, es preciso hacer una referencia a las Clasificaciones Internacionales desarrolladas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) al respecto de la discapacidad, ya que la primera de ellas, la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM) elaborada en 1980, apartándose de la concepción actual, y refrendando los postulados de un modelo médico-rehabilitador, consideraba que la discapacidad y la minusvalía provenían directamente de las diversidades funcionales de las personas, que a su vez, eran causadas por una enfermedad.

Para la CIDDM, la diversidad funcional (o deficiencia, que era el término empleado por ella) constituía “[...] toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica [...]”. La discapacidad “toda restricción o ausencia (debido a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para cualquier ser humano [...]”. Y la minusvalía “[...] toda situación desventajosa, para una persona concreta, producto de una deficiencia o una discapacidad, que supone una limitación o un impedimento, en el desempeño de un determinado rol [...]” social.²⁷

Por consiguiente, al ser una clasificación que vinculaba a la discapacidad con una enfermedad, comenzó a ser objeto de diferentes cuestionamientos, sobre todo por parte de las propias personas con discapacidad, las que tiempo atrás ya habían iniciado el movimiento de vida independiente, que entre otras causas, pugnaba en contra del modelo médico-rehabilitador.

²⁷ CACÉRES RODRÍGUEZ, C., *Sobre el concepto de discapacidad. Una revisión de las propuestas de la OMS*, [en línea] *Auditio: Revista Electrónica de Audiología*, volumen 2 (3), noviembre 2004, pp. 74 a 77. <http://www.auditio.com/revista/pdf/vol2/3/020304.pdf>, consultado el 20 de diciembre de 2013.

De esta manera, la CIDDM sufrió una revisión, y en mayo de 2001 la Asamblea General de la OMS aprobó la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), a partir de la cual se percibió a la discapacidad desde una visión universal, y en la que se explicó la relación entre el funcionamiento humano y la discapacidad, como el resultado “de la interacción de las características del individuo con el entorno y el contexto social”.²⁸

En otras palabras, se concibió a la discapacidad a partir de la unión entre la visión médica y la social, pues ninguna de ellas en su individualidad era capaz, de acuerdo con la CIF, de aportar una explicación de la misma. A la par que dicha interrelación dio pauta para la identificación de los distintos elementos que componen la discapacidad tal cual como se ha conceptualizado actualmente: interacción entre las diversidades funcionales y las limitantes o barreras sociales.²⁹

De esta manera, retomando la explicación y los postulados del modelo social, el término discapacidad se construyó a partir de una concepción muy particular, estableciendo una clara disociación entre las diversidades funcionales y el entorno social y ambiental. Así, la raíz del problema dejó de ser la persona, y ahora lo es la sociedad, que no es capaz de tomar en cuenta y satisfacer las necesidades de todas las personas.

Por lo tanto, una cuestión es la diversidad funcional o deficiencia, entendida como la “[...] característica de la persona consistente en un órgano, una función o un mecanismo del cuerpo o de la mente que no funciona, o que no funciona de igual manera que en la mayoría de las personas”, y otra “[...] los factores sociales que restringen, limitan o impiden a las personas con diversidad funcional, vivir una vida en sociedad”, es decir, la discapacidad.³⁰

Tales criterios son los que han sido retomados por la CDPD, que si bien es omisa en brindar una definición de *discapacidad*, aporta una concepción que abarca tales elementos, **distinguiendo entre las diversidades funcionales y el entorno** y señalando la consecuencia derivada de la interacción entre ambos, es decir, **la falta de participación plena y efectiva en la sociedad por parte de las personas con discapacidad**, colocándolas en un plano de desigualdad.

DISCAPACIDAD
inciso e), Preámbulo de la CDPD

“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 que las demás”.³¹

28 JIMÉNEZ LARA, A., *Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes*, en DE LORENZO, R., y PÉREZ BUENO, L.C. (Directores), *Tratado sobre Discapacidad*, editorial Arazandi, Pamplona, 2007, pp. 201.

29 PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad...* Op. cit., pp. 235.

30 *Ibidem*, pp. 123.

31 El resaltado es propio.

Acerca de este término la CDPD destaca un elemento muy característico, consistente en que es un concepto que evoluciona de acuerdo a la cultura y la época, por lo que es un vocablo que podría modificarse.

De esta manera, de forma sintética, se puede decir que los elementos que conforman la *discapacidad* son 3:

- Una diversidad funcional.³²
- El entorno o contexto que rodea a la persona con diversidad funcional,³³ y
- La interacción de ambos elementos (1 y 2), que trae como resultado que la persona con discapacidad participe plenamente en la sociedad.

Algunos ejemplos que podrían ayudar a clarificar los elementos que componen a la discapacidad son los siguientes: “una incapacidad para caminar es una deficiencia [diversidad funcional], mientras que una incapacidad para entrar a un edificio debido a que la entrada consiste en una serie de escalones [entorno] es una discapacidad. Una incapacidad de hablar es una deficiencia [diversidad funcional] pero la incapacidad para comunicarse porque las ayudas técnicas no están disponibles [entorno] es una discapacidad. Una incapacidad para moverse es una deficiencia [diversidad funcional] pero la incapacidad para salir de la cama debido a la falta de disponibilidad de ayuda apropiada [entorno] es una discapacidad”.³⁴

Sin embargo, cabe aclarar que en algunas circunstancias, aun cuando exista una diversidad funcional, no es factible señalar que se está en presencia de una discapacidad, debido a que no se reúnen el resto de los elementos. Un caso que sirve para ejemplificar esta cuestión lo es una persona que tiene miopía. Es decir, evidentemente esa persona tiene una diversidad funcional de tipo sensorial, pues afecta su visión, pero el uso de lentes impide que enfrente las barreras impuestas por el entorno, y por lo tanto, no limitan su participación en la sociedad.³⁵

Como una reflexión importante en el tema de la discapacidad, y vinculado estrechamente con el concepto imperante de la misma, en la cual se sobreponen las barreras de tipo social, físico y actitudinal, a las diversidades funcionales de las personas, es importante no perder de vista este último elemento y lo que implica para las personas que la tienen, pues en muchas ocasiones, aun cuando dejen de existir los obstáculos y las barreras que producen la discapacidad, “la lucha personal relacionada con la diversidad funcional seguirá presente [...]”. Resultaría imposible no vincularla, o partir de la idea de que en el modelo social son irrelevantes las diversidades funcionales.³⁶

32 En este punto se retoma lo señalado al inicio del presente Protocolo (en el apartado 2. Las razones, del Capítulo I. Sobre el Protocolo), en el sentido de que las diversidades funcionales que una persona puede llegar a tener se originan de diversas maneras, ya que pueden devenir de una enfermedad, de un accidente, de forma hereditaria, o por la edad. Por lo que todas las personas deben estar conscientes de que en algún momento de su vida podría presentar una diversidad funcional física, mental, intelectual, sensorial, o la combinación de algunas de ellas.

33 El entorno que es donde se generan las barreras que pueden llegar a ser físicas, actitudinales, culturales, legales, entre otras.

34 PALACIOS, A., *El Modelo social de la discapacidad...*, *Op. cit.*, pp. 123 y 124.

35 *Ibidem*, pp. 340.

36 *Ibidem*, pp. 185.

Es decir, si bien el modelo social parte del reconocimiento de que lo importante es rehabilitar a la sociedad misma y no a la persona, esto no constituye un obstáculo o limitante para dejar de lado las experiencias personales y subjetivas de las personas con discapacidad, pues si aquellas logran integrarse al abordaje social, se fortalecerán los elementos para combatir la discapacidad. El no tomarlas en cuenta provocaría una exposición parcial del tema y soluciones a medias, retomando el presupuesto de que ambos elementos interactúan.³⁷

■ Tipos de discapacidad

Una vez que se ha precisado lo que debe entenderse por *discapacidad*, es necesario indicar que la misma puede ser de diversos tipos, atendiendo al tipo de diversidad funcional de que se trate. Inclusive, una persona puede presentar no sólo una, sino varios tipos de discapacidad a la vez (*discapacidad múltiple*), como ocurre con las personas con una diversidad funcional en el intelecto, que les puede provocar una de tipo intelectual, motriz y hasta sensorial.

Al respecto, el Reglamento de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, vigente en México,³⁸ en su artículo 2, fracciones III, IV, V y VI, contempla esos tipos de discapacidad, y aporta un significado de lo que se entiende por cada una de ellas, destacando en su conceptualización la interacción entre las diversidades funcionales y el entorno. Es por ello que se emplean tales definiciones, con la finalidad de que sirvan como marco conceptual de referencia.

- **Discapacidad Física** (motriz o motora): Es la secuela o malformación que deriva de una afección en el sistema neuromuscular a nivel central o periférico, dando como resultado alteraciones en el control del movimiento y la postura [*diversidad funcional*], y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.
- **Discapacidad Mental** (psicosocial): A la alteración o deficiencia en el sistema neuronal de una persona, que aunado a una sucesión de hechos que no puede manejar, detona un cambio en su comportamiento que dificulta su pleno desarrollo y convivencia social [*diversidad funcional*], y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.³⁹

37 “Para muchas personas con discapacidad, la experiencia de sus cuerpos —y no sólo las barreras discapacitantes, como la imposibilidad de acceder a los medios de transporte público— dificulta su participación política. Por ejemplo, la energía limitada de una persona puede reducir su capacidad para asistir a reuniones y otros acontecimientos. Si no se reconocen estas circunstancias, es improbable que se busquen formas alternativas de participación”. *Ibidem*, pp. 186.

38 Dicha ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de mayo de 2011, mientras que el Reglamento de la misma fue publicado el 30 de noviembre de 2012, en dicho órgano de difusión.

39 Una referencia que puede ser de utilidad para definir este tipo de discapacidad es la contenida en la *Ley de Salud Mental Argentina*, No. 26.657, la cual establece en su artículo 3 lo siguiente: “En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona”.

- **Discapacidad Intelectual:** Se caracteriza por limitaciones significativas tanto en la estructura del pensamiento razonado, como en la conducta adaptativa de la persona [*diversidad funcional*], y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.
- **Discapacidad Sensorial:** Es la deficiencia estructural o funcional de los órganos de la visión, audición, tacto, olfato y gusto, así como de las estructuras y funciones asociadas a cada uno de ellos [*diversidad funcional*], y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

La determinación de la existencia de una discapacidad y el tipo de la misma dependerán de la valoración de un equipo interdisciplinario, conformado por especialistas en diversas ramas del conocimiento, no sólo de la medicina o psiquiatría, sino también por especialistas en derecho, trabajo social, psicología, sociología, entre otros.⁴⁰

■ Concepto de persona con discapacidad

Otro concepto que se relaciona estrechamente con el propio de *discapacidad* es el de *persona con discapacidad*, el cual ha sido incluido en el texto de la CDPD, y que al igual que el primero, parte también del reconocimiento de un modelo social y de derechos humanos, por lo que en su construcción existe una vinculación entre las diversidades funcionales de las personas y las barreras impuestas por el entorno.

PERSONA CON DISCAPACIDAD artículo 1, párrafo 1 de la CDPD

“Las personas con discapacidad incluyen aquellas que tengan *deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo* que, al *interactuar con diversas barreras*, pueden **impedir su participación plena y efectiva en la sociedad**, en igualdad de condiciones que las demás”.

De esta manera, la CDPD más que definir a las *personas con discapacidad* indica quienes pueden quedar incluidas en ese término.

Por lo tanto, existe una persona con discapacidad cuando:

- Está presente una *diversidad funcional* (es decir, una deficiencia en términos de la CDPD), sea física, sensorial, mental o intelectual.

⁴⁰ Sobre este tema se ahondará en el Capítulo II, en particular en el “Principio 1. Abordaje de la discapacidad desde el modelo social y de derechos humanos”.

- La diversidad funcional sea de *largo plazo*.⁴¹
- Y al interactuar esa diversidad funcional con las *barreras en el entorno*, impida la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la sociedad en igualdad de condiciones que las demás.

En ese sentido el nivel de participación de una persona con discapacidad será medible atendiendo al grado de goce y ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad, una vez que se hayan eliminado los obstáculos y barreras derivadas del entorno o el contexto en el que se desenvuelve.

Sobre el concepto de *persona con discapacidad* es necesario recalcar que la CDPD aporta un mínimo de referencia en la materia, pues cada Estado parte, atendiendo a su orden jurídico interno, puede considerar mayores elementos en favor de una definición más amplia y protectora de las personas con discapacidad.

■ Discriminación por motivos de discapacidad

Un concepto esencial en el tema de la discapacidad es el de *discriminación por motivos de discapacidad*. La CDPD lo define de la siguiente manera:

DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE DISCAPACIDAD artículo 2, párrafo 4 de la CDPD

“Por discriminación por motivos de discapacidad se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

En ese sentido cabe destacar que “[...] el marco protector de la Convención en cuanto a la no discriminación no se restringe a las personas con discapacidad, sino que, como se ha mencionado, al poner el acento sobre el fenómeno de la discriminación se abre la protección a personas que, sin tener ellas mismas una discapacidad, sufren la discriminación por dicho motivo”.⁴²

⁴¹ Durante las negociaciones de los trabajos preparatorios de la Convención, el factor tiempo de las diversidades funcionales fue una cuestión que suscitó mucho interés, llegándose a proponer que en la definición se incluyera no sólo a las diversidades funcionales de largo, sino también a las de corto plazo. Sin embargo, en el concepto final adoptado por la CDPD se decidió hacer alusión de manera exclusiva a las discapacidades de largo plazo. PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad...*, *Op. cit.*, pp. 348.

Sin perjuicio de ello, se manifiesta que esa cuestión, junto a cualquier otra inconformidad que pudiera ser alegada en relación al concepto de *persona con discapacidad*, se resuelve atendiendo a la misma definición, ya que al hacer explícito el término “incluyen”, enfatiza el carácter abierto de la misma, estableciendo la posibilidad de contemplar en ella cualquier otra situación o personas que puedan estar protegidas por el derecho interno de cada Estado parte. En otras palabras, la definición propuesta por la CDPD es un *piso mínimo* a partir del cual se puede construir y aplicar una definición más amplia que proteja en mayor medida a las personas con discapacidad. *Ibidem*, pp. 349.

⁴² *Idem*.

Tal es el caso de aquellos supuestos en los que se discrimina “sobre la base de” o “por motivo de” discapacidad, o en otros términos “discapacidad percibida” o “imputada”, que sucede cuando las personas, *sin tener* una diversidad funcional en la realidad, son *percibidas* por la sociedad *como si la tuvieran* (percepciones subjetivas), enfrentándose a actitudes discriminatorias.⁴³

Un ejemplo de discriminación sobre la base de discapacidad sería el de una persona con una deformidad en el rostro, que si bien en principio no le genera alguna diversidad funcional, puede llegar a ser por las personas que le rodean como una persona con discapacidad, debido a las actitudes negativas o prejuiciosas en su contra. O el caso de personas que se encuentran trabajando, o están vinculadas de algún modo con personas con discapacidad, y que en razón de ello, llegan a ser discriminadas.⁴⁴

43 *Ibidem*, pp. 325 y 346.

44 *Ibidem*, pp. 325 y 328. Al respecto, la Corte Suprema de Canadá ha comenzado a tomar en cuenta, dentro de la definición de discapacidad, la inclusión de percepciones subjetivas, sosteniendo que “[...] de hecho, una persona puede no tener otras limitaciones en las actividades de la vida diaria que aquellas creadas por los prejuicios y estereotipos”. *Ibidem*, pp. 326 y 327.

6. MARCO JURÍDICO

Una vez expuestos los diversos modelos explicativos de la discapacidad, y subrayando que actualmente es el modelo social y de derechos humanos el dominante en el tema, es preciso delimitar el marco jurídico vigente en la materia en el ámbito internacional, con el propósito de encuadrar en él los principios y consideraciones del presente Protocolo.

Internacionalmente, son diversos los instrumentos, tanto del sistema universal como regional, en los cuales se pueden ubicar normas jurídicas aplicables a las personas con discapacidad, ya sea que se trate de ordenamientos generales de derechos humanos, o bien, específicos sobre el tema.

Por lo que respecta al sistema universal, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 2, párrafo 1), como los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2, párrafo 1), y Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2, párrafo 2), aun cuando son tratados de carácter general, sus disposiciones resultan aplicables a las personas con discapacidad, al señalar cada uno de ellos que está prohibido establecer distinciones entre las personas en el ejercicio de los derechos que ellos prevén, y entre cuyas distinciones, es posible incluir la condición de discapacidad.

En el sistema regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 1, párrafo 1) y su Protocolo Adicional sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 3), al igual que en los casos anteriores, siendo tratados internacionales de derechos humanos de carácter general, dan pauta a incluir a la discapacidad entre los motivos por los cuales se prohíbe establecer distinciones en el ejercicio de los derechos que ellos prevén.

Por su parte, en cuanto a tratados internacionales específicos en el tema de la discapacidad, se menciona la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad,⁴⁵ que hasta hace poco tiempo era el único tratado vinculante en la materia. Sin embargo, atendiendo a su contenido, es preciso señalar que la misma ha sido superada por la CDPD, la cual, como se ha mencionado, fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2006.⁴⁶

La CDPD constituye actualmente el principal instrumento internacional de carácter vinculante por lo que a la discapacidad respecta, en el que además de reconocer los derechos de las personas con discapacidad, se establecen una serie de medidas que se deben instrumentar para que éstas los puedan ejercer en igualdad de condiciones que las demás personas, asegurando de ese modo su participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.

45 Adoptada el 07 de junio de 1999 por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Firmada por México el 08 de junio de 1999 y aprobada por el Senado el 26 de abril de 2000. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de marzo de 2001.

46 Adoptada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Firmada por México el 30 de marzo de 2007, y aprobada por el Senado el 27 de septiembre de 2007. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 02 de mayo de 2008 y en vigor al día siguiente.

La Convención establece un cambio de paradigma, considerando a la discapacidad como una cuestión de derechos humanos y no como una enfermedad o carga (como lo hacía el modelo médico-rehabilitador), por lo que destaca la eliminación de barreras, tanto físicas como sociales, para el efectivo goce y ejercicio de los derechos.

Atendiendo a que el propósito de la CDPD es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, la misma lleva a cabo el reconocimiento de éstos, agrupándolos en lo que la experta Agustina Palacios ha clasificado cinco grupos diversos: derechos de igualdad, derechos de protección en situaciones de especial vulnerabilidad, derechos de libertad y autonomía personal, derechos de participación, y derechos sociales básicos.⁴⁷

Por otra parte, además de los tratados internacionales reseñados, diversos Comités creados por aquellos, han emitido diversas Observaciones acerca de las personas con discapacidad, como es el caso de la Observación General Núm. 5 sobre Personas con Discapacidad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Observación General Núm. 9 sobre los Derechos de los Niños con Discapacidad del Comité sobre los Derechos del Niño, las cuales sirven de guía para los Estados en la regulación de aspectos concretos de la vida de las personas con discapacidad.

47 PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad...*, Op. cit., pp. 282.

7. DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SUS IMPLICACIONES EN UN PROCESO JURÍDICO

Atendiendo al objetivo perseguido por el presente Protocolo, se aclara que los derechos a los cuales se hará referencia en el apartado siguiente son los relativos a los de igualdad, libertad y autonomía personal, y de participación, por ser ellos los más representativos del modelo social de la discapacidad, y los que con mayor énfasis se encuentran vinculados con el derecho de acceso a la justicia, primordial derecho bajo análisis en este trabajo, atendiendo a los principios desarrollados en el siguiente capítulo.

■ Derecho a la igualdad y a la no discriminación

La igualdad y no discriminación son conceptos que pueden ser entendidos tanto como un principio como un derecho. Como derecho, encuentran su fundamento en el ámbito internacional, tanto en el sistema universal como en el interamericano de derechos humanos, así como en tratados internacionales de carácter general y aquellos específicos en la materia.

Tomando como base los tratados internacionales de derechos humanos en general, el derecho a la igualdad y a la no discriminación tiene su fundamento, en el sistema universal, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 1 y 7), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2, párrafo 1; 3 y 26) y en el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2, párrafo 2, y 3). Por su parte, en el sistema regional, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1, párrafo 1, y 24), así como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (artículo 3), los reconocen.

Por el contrario, si se parte del fundamento en tratados internacionales en materia de personas con discapacidad, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad reconoce el derecho a la no discriminación en su artículo 2, mientras que la CDPD lo hace en su artículo 5, sin dejar de mencionar que como principio, la igualdad y no discriminación está previsto en su artículo 3.

Señalado su fundamento jurídico, es de precisarse que, referirse al derecho a la igualdad y a la no discriminación implica necesariamente enmarcarlo dentro del ámbito de las diferencias entre las personas.

Así, en el caso de las personas con discapacidad (y bajo la óptica del modelo social y de derechos humanos que se orientan en reconocer las diferencias como parte de la diversidad humana), el respeto de su derecho a la igualdad y no discriminación implica la instrumentación de “acciones y no meramente abstenciones”.⁴⁸

48 PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad:..., Op. cit.*, pp. 168.

Es decir, conlleva la aceptación de las diferencias derivadas de la discapacidad (igualdad)⁴⁹, el reconocimiento de que tales diferencias no sean valoradas desde un punto de vista negativo (prohibición de discriminar), y que a la vez, se adopten medidas que compensen la desigualdad enfrentada por las personas con discapacidad en el goce y ejercicio de sus derechos a consecuencia de las diferencias (igualdad de oportunidades).⁵⁰

En ese orden de ideas, se parte del hecho de que todas las personas deben tener un trato igualitario en la ley sin distinción alguna, es decir, sin importar si tienen o no discapacidad. Esto se conoce como *igualdad formal*.

IGUALDAD FORMAL

“La igualdad formal implica que la ley en su texto proteja a todas las personas sin distinción, y requiere que esta protección sea igualmente accesible para todas las personas en la situación descrita por la norma jurídica mediante los actos de aplicación individuales de esta ley”.⁵¹

Igualdad que toma como referencia el principio de tratar igual a los *iguales* y *desigual a los desiguales*, por lo que el derecho de igual protección de la ley significa que ésta no puede ser aplicada de manera distinta a personas en situaciones similares e, igualmente, que no puede ser aplicada de forma idéntica a personas en situaciones diferentes.⁵²

Sin embargo, el hecho de que un ordenamiento jurídico contemple una disposición que ordene una igualdad entre todas las personas, no implica, necesariamente, que en la práctica se lleve a cabo. La “igualdad como norma no suprime la desigualdad como hecho”.⁵³

De esta forma puede decirse que “la igualdad formal no asegura el reconocimiento de las necesidades específicas y concretas de los que de hecho son “diferentes” como es el caso de las personas con discapacidad”.⁵⁴

49 Un significado genérico de la igualdad consiste en el cumplimiento de la exigencia de un igual reconocimiento y satisfacción de los derechos. Cuando se habla de igualdad, necesariamente implica hablar de diversidad, y por lo tanto, de “cuando se está justificado tratar de manera igual a los seres humanos y cuando está justificado tratarlos de manera diferente”. DE ASÍS, R., CAMPOY, I., BENGOCHEA, M. A. Derecho a la igualdad y a la diferencia: *Análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva*, en DE LORENZO, R., Y PÉREZ BUENO, L.C. (Directores), *Tratado sobre Discapacidad*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 115.

50 PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad:...*, *Op. cit.*, pp. 168.

51 Información obtenida de la página de Internet <http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?article46>, el 23 de diciembre de 2013.

52 *Ídem*.

53 PALACIOS, A., *El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables*, en CAMPOY CERVERA, I. (Ed), *Op. cit.*, pp. 193.

54 COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL, *Op. cit.*, pp. 47.

Por lo tanto, para lograr que esa igualdad formal se traduzca en una *igualdad material*,

IGUALDAD MATERIAL O DE HECHO

La igualdad material o de hecho “supone la modificación de las circunstancias que impiden a las personas el ejercicio pleno de los derechos y el acceso a las oportunidades a través de medidas estructurales, legales o de política pública”.⁵⁵

Las personas con discapacidad requieren que a su favor se implemente una igualdad estructural. Es decir, que se lleven a cabo medidas que transformen el entorno para que efectivamente puedan ejercer sus derechos y modifiquen la situación de desventaja social en la que se encuentran,⁵⁶ ya que, retomando lo señalado en el apartado 1 de este capítulo (contexto de las personas con discapacidad), “existen factores que, sin posibilidad de opción y sin que medie decisión autónoma, colocan a las personas dentro de grupos históricamente marginados y sometidos”.⁵⁷

Llegados a este punto del derecho a la igualdad, es necesario abordar la otra cara del mismo y que consiste en que las diferencias reales que implica la discapacidad no sean consideradas en forma negativa; que no es otra cosa más que la prohibición de discriminar por motivos de discapacidad.

Sin embargo, al igual que sucede en el caso de la igualdad formal, una mera enunciación de no discriminar no genera por sí sola la inhibición de tales conductas, por lo que resulta necesario su regulación.

De acuerdo con el artículo 4 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, ordenamiento jurídico vigente en México, por discriminación se entiende:

55 Información obtenida de la página de Internet <http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?article46>, el 23 de diciembre de 2013.

56 De ahí la importancia de conceptos clave como medidas contra la discriminación, que implican a su vez otros como accesibilidad, diseño para todos, o ajustes razonables.

57 Concepto de *igualdad estructural*, retomado del *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, julio 2013, pp. 34.

DISCRIMINACIÓN

“... toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, talla pequeña, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.

También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones”.⁵⁸

Conducta que a su vez puede tomar dos formas:

TIPOS DE DISCRIMINACIÓN⁵⁹

Discriminación directa: Hay discriminación directa cuando un individuo recibe un trato menos favorable que otro en situación similar, por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación.

En este tipo de discriminación es evidente la intención que se tiene por discriminar.

Discriminación indirecta: Consiste en el empleo de criterios aparentemente neutrales, pero que en la práctica implican una desventaja injustificada para un grupo de personas en particular.

En este tipo de discriminación lo que importa es el resultado, y no si se tenía o no la intención de discriminar.

⁵⁸ Misma que si es objeto de un análisis es posible separarla en 3 elementos:

1. Una conducta (que puede ser por acción u omisión, con intención o sin ella), que consiste en un trato diferenciado entre personas.
2. Que se basa en una valoración negativa atribuible a la persona, y que no admite cuestionamiento alguno. En otras palabras, se trata de un prejuicio o estigma que le rodea, otorgándole por ese solo hecho un trato de inferioridad.
3. Y que constituye la violación o vulneración de derechos.

No basta llevar a cabo una distinción entre las personas basada en un prejuicio hacia alguna de ellas, sin que dicha conducta impacte en la esfera de derechos de la persona no elegida o tratada con inferioridad, ya que de lo contrario se quedaría en el mero ámbito de las distinciones sin efecto jurídico alguno.

De forma adicional a esos elementos, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sugiere aplicar los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad a la conducta que se sospecha es discriminatoria, con la finalidad de evaluar si el fin y los efectos de las medidas o las omisiones de que se trate son legítimos, si existe una relación de proporcionalidad clara y razonable entre ellos, y si son compatibles con la naturaleza de los derechos que se pretende proteger.

En ese orden de ideas, la Opinión Consultiva No. 18 de 17 de septiembre de 2003, emitida por la Corte IDH, ha expresado, al examinar las implicaciones de trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva por sí misma de la dignidad humana”, retomando lo formulado por la Corte Europea de Derechos Humanos, al señalar que “sólo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable” (párrafo 89).

Ampliando el argumento anterior, la Opinión Consultiva destaca:

“91. [n]o habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”.

⁵⁹ Las referencias conceptuales a los términos de discriminación se hacen tomando como fundamento la Observación General No. 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 42º período de sesiones, Ginebra, 4 a 22 de mayo de 2009, Distr. General E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.

De esta manera, toman importancia la adopción de ciertas medidas que vayan en contra de esas conductas discriminatorias:

MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN⁶⁰

Son aquellas que tienen como finalidad prevenir o corregir que una persona (con discapacidad) sea tratada de una manera, directa o indirecta, menos favorable que otra que no tenga discapacidad, en una situación análoga o comparable; consistiendo, entre otras, en la prohibición de conductas discriminatorias, tratamientos diferenciadores,⁶¹ y exigencias de accesibilidad, de eliminación de obstáculos, y de realización de ajustes razonables.

Es en este punto en el que se sitúa al tercer y último elemento que engloba el derecho a la igualdad y a la no discriminación señalado anteriormente, y que implica un hacer, es decir, *la igualdad de oportunidades*, considerando que deben superarse las diferencias reales existentes entre las personas con y sin discapacidad, así como prevenirse posibles conductas discriminatorias.

IGUALDAD DE OPORTUNIDADES⁶²

Consiste en la ausencia de discriminación, sea ésta directa o indirecta, así como la adopción de medidas contra esa discriminación, entre las que se pueden encontrar algún tipo de tratamientos diferenciados (como las acciones positivas), o la realización de ajustes razonables, orientados a compensar o evitar las desventajas de una persona para participar plenamente en cualquier ámbito de la vida.⁶³

60 Definición aportada por la Ley española 51/2003 de Igualdad de Oportunidades, No discriminación y Accesibilidad Universal para las Personas con Discapacidad. Artículos 6 y 7

61 En algunas ocasiones resulta necesaria la realización de ciertas medidas que coadyuven a compensar situaciones de desventaja y de discriminación histórica, enfrentada cotidianamente por parte de las personas con discapacidad.

Esas medidas son conocidas con el nombre de tratamientos diferenciados, es decir, diferenciaciones justificadas: objetivas, razonables y proporcionadas, que tienen por finalidad que ciertas personas que se encuentran en una situación de desventaja social se equiparen con el resto de la sociedad, compensando las discriminaciones sufridas en el pasado mediante la redistribución de los bienes sociales, valorando de manera positiva la diversidad, al ubicar a personas de diversos grupos en los diferentes ámbitos sociales. Algunos tipos de tratamientos diferenciados pueden ser las “medidas de diferenciación” (diferencian positivamente a individuos que se encuentran en situaciones desventajosas pero sin perjudicar a otros), las “acciones positivas (compensan situaciones de desventaja de las personas con discapacidad para su incorporación o participación social), o las llamadas “discriminaciones positivas” (cuotas). DE ASÍS, R., CAMPOY, I., BENGOCHEA, M. A. *Derecho a la igualdad y a la diferencia: Análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva*, en DE LORENZO, R., Y PÉREZ BUENO, L.C. (Directores), *Op. cit.*, pp. 132-137.

62 Criterio conformado a partir de la definición que sobre dicho término aporta la Ley española 51/2003 de Igualdad de Oportunidades, No discriminación y Accesibilidad Universal para las Personas con Discapacidad.

63 Una condición especial para el goce de la igualdad de oportunidades es el reconocimiento de la diversidad y de las necesidades particulares de las personas con discapacidad. En consecuencia, la falta de consideración de tales diferencias, es decir, “la homogenización excluyente a partir de parámetros mayoritarios o hegemónicos constituiría una denegación de igualdad de oportunidades, y por lo tanto, un caso de discriminación”. COURTIS, C., *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿ante un nuevo paradigma de protección?*, en *Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Seminario Internacional Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Secretaría de Relaciones Exteriores, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, México, 2007, pp. 82.

■ Derecho a igual reconocimiento como persona ante la ley

El derecho a igual reconocimiento como persona ante la ley se encuentra reconocido en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de manera particular respecto a las personas con discapacidad, en el artículo 12 de la CDPD.

Se trata de un derecho que representa uno de los presupuestos del modelo social y de derechos humanos, incorporado a la CDPD a través del principio de respeto a la dignidad inherente, autonomía individual y la libertad de tomar las propias decisiones, que engloba uno de los mayores cambios en la forma de percibir la *discapacidad*, al constituirse en una especie de derecho *llave* o *llave jurídica* para la apertura de otros derechos. Es una “condición *sine quanon* a los efectos del goce y ejercicio de todos los derechos, en igualdad de oportunidades”.⁶⁴

Tomando como fundamento el modelo médico-rehabilitador, así como prejuicios e ideas estereotipadas, el ejercicio de este derecho había sido negado tradicionalmente a las personas con discapacidad, afirmando que por el sólo hecho de tener esa condición, sea cual fuere el grado y tipo de discapacidad, tenían limitada su autonomía y capacidad jurídica para la toma de sus propias decisiones, por lo que eran objeto de un procedimiento de interdicción que concluía con la designación de un tutor, que era quien sustituía a la persona con discapacidad en todas sus decisiones e intereses (modelo de sustitución en la toma de decisiones).

Y si bien en teoría se consideraba que la sustitución en la toma de decisiones constituía un medio de protección para evitar que se cometieran abusos en contra de las personas con discapacidad, resultó ser en la práctica el mecanismo ideal para cometerlos, facilitando prácticas como la institucionalización no consentida de personas con discapacidad en centros de atención psiquiátrica o de salud, esterilizaciones forzadas, explotación económica, así como violaciones constantes a sus derechos humanos, como el negarles su derecho a decidir dónde y con quien vivir, qué estudiar, dónde pasar un momento de ocio o recreación, entre otras cuestiones de la vida diaria, pues en cualquier situación, la voluntad de la persona con discapacidad no era considerada.

De manera particular se resalta el caso de las personas con discapacidad intelectual y mental o psicosocial, a las que se les continúa negando, incluso actualmente, ya sea de *iure* o *de facto*, su libertad de decisión y capacidad jurídica, ya que aún “[...] cuando no hay una presunción legal, existe una presunción social, que suele guiar tanto a jueces como a legisladores”,⁶⁵ orillándolas a que sean objeto de situaciones de abandono, abuso y explotación, como las señaladas anteriormente.⁶⁶

64 PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: Op. cit.*, pp. 419.

65 *Ibidem*, pp. 424.

66 Ver sentencia de la Corte IDH, Caso Ximenes Lopes vs Brasil, sentencia de 4 de julio de 2006.

En ese sentido, la CDPD ha venido a sentar las bases de un cambio de paradigma respecto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, pasando de un modelo de sustitución, a uno de asistencia en la toma de decisiones, señalando las acciones apropiadas para el respeto de la autonomía de las personas con discapacidad y de su capacidad jurídica (evitando que sea vulnerada, restringida o desconocida), así como para materializar el ejercicio de la misma (asistencia o apoyos), partiendo de una concepción en la que más que resaltar las incompetencias de las personas, se resaltan sus habilidades.⁶⁷

En términos generales, el artículo 12 de la CDPD tiene como objetivos principales:

- Transitar de un modelo de sustitución, a uno de asistencia en la toma de decisiones.
- Reafirmar el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, es decir, el derecho a ser reconocido como persona ante la ley.⁶⁸ Esto es, la aptitud para ser sujeto titular de derechos y obligaciones.
- Establecer la presunción de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de la población sin discapacidad, eliminando la presunción de incapacidad, vigente con el modelo de sustitución en la toma de decisiones.⁶⁹
- Sobre este punto vale la pena hacer la aclaración que el término capacidad jurídica empleado por la CDPD incluye tanto la capacidad de goce como la de ejercicio,⁷⁰ es decir, es entendida como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones (capacidad de goce), ejercitar los primeros y contraer los segundos de forma personal, y comparecer en juicio por derecho propio (capacidad de ejercicio).
- Reconocer que en algunos casos las personas con discapacidad necesitan de algún tipo de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, lo cual no implica una restricción o desconocimiento de su autonomía. Para ello, los Estados parte están obligados a proporcionar ese sistema de asistencia.⁷¹ Respecto a este objetivo conviene señalar que aun en los supuestos en los que las personas con discapacidad requieran de un alto grado de asistencia, ello no significa que se les deba desconocer ni su personalidad jurídica, ni su capacidad para tomar sus propias decisiones, pues en todo caso el sistema de apoyo que se les brinde debe ser respetuoso de sus intereses y de su autonomía. Por ello es importante resaltar que los apoyos que se implementen deberán atender a cada situación en concreto,

67 “Como advierte en este sentido Christian Curtis, definir a una persona sólo por lo que no puede hacer, o en función de sus limitaciones, “supondría extender el rótulo de inútil o inservible a la humanidad entera. Prácticamente todo ser humano tiene limitaciones para desarrollar algunas actividades: cantar, realizar cálculos matemáticos, orientarse en un lugar desconocido, correr, practicar deportes, bailar, retener datos, recitar poesía, cocinar, realizar manualidades. Para la mayoría de las personas, el dato de sus limitaciones relativas a la realización de ciertas actividades es irrelevante. Las personas con discapacidad, sin embargo, han sufrido históricamente una rotulación que pone énfasis en las actividades en las que tienen limitaciones, en lugar de resaltar las actividades que sí pueden desarrollar sin dificultades”. Nota a pie de página número 341 en PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad...*, *Op. cit.*, pp. 165.

68 Se llama la atención respecto de la utilización del término “reafirmar” toda vez que ese derecho, como se mencionó anteriormente, se encuentra reconocido en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mismo que tiene un carácter general, al ser aplicado a todas las personas. *Ibidem*, pp. 463.

69 Artículo 12, párrafo 2 de la CDPD: “Los Estados parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”.

70 PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad...*, *Op. cit.*, pp. 464.

71 Artículo 12, párrafo 3 de la CDPD: “Los Estados parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

tomando en cuenta las necesidades y requerimientos en particular de cada persona. Por ejemplo, “una persona con una discapacidad de aprendizaje puede necesitar ayuda con la lectura, o puede necesitar asistencia para concentrar su atención en pro de tomar una decisión”. Una persona que no se comunica verbalmente puede necesitar un familiar de confianza que interprete su comunicación no verbal, como sus reacciones físicas, o la utilización de comunicación alternativa”.⁷²

- Instrumentar un sistema de salvaguardias en el caso de los apoyos y asistencia que se brinde a las personas con discapacidad en la toma de sus decisiones, con la finalidad de evitar abusos y explotación en su contra.⁷³
- Garantizar el acceso de las personas con discapacidad a determinados ámbitos de carácter patrimonial en los que tradicionalmente han sido excluidas y se impide su participación.⁷⁴ Circunstancia que cobra especial relevancia tratándose de mujeres con discapacidad, a quienes por su histórica desigualdad en relación con los hombres, se les restringía su capacidad jurídica para el ejercicio de este tipo de derechos.

De esta manera, la voluntad, elecciones y preferencias de las personas con discapacidad se convierten en los elementos primordiales a considerar, por encima de las preferencias de un tutor o familiares, a la hora en que ellas mismas toman sus propias decisiones, incentivando su participación activa en la sociedad, y asumiendo ellas mismas las consecuencias o responsabilidades de sus propias determinaciones.⁷⁵

■ Derecho a la accesibilidad ⁷⁶

La accesibilidad es considerada por la CDPD como uno de los principios rectores de la misma en su artículo 3, a la vez que es contemplada como un derecho en su artículo 9. Lo anterior resulta de suma importancia ya que a este principio-derecho se le pueden atribuir tres proyecciones distintas:⁷⁷

72 PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad...*, Op. cit., pp. 430.

73 Artículo 12, párrafo 4 de la CDPD: “Los Estados parte 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 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”.

74 Artículo 12, párrafo 5 de la CDPD: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados parte 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”.

75 La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en la resolución del Amparo en Revisión 159/2013, interpuesto por una persona con discapacidad intelectual (Síndrome de Asperger), determinó que se debe consultar en todo momento a la persona con discapacidad para que esté en posibilidad de manifestar su voluntad y opinión en los asuntos relacionados con ellas.

76 Para ampliar el conocimiento acerca del derecho a la accesibilidad de las personas con discapacidad, se sugiere consultar *El significado de la accesibilidad universal y su justificación en el marco normativo español*, Informe realizado por el Equipo de trabajo de la Cátedra “Norberto Bobbio” de Igualdad y No Discriminación. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, noviembre de 2005.

77 PALACIOS, A., *Una aproximación a la Ley 27/2007 desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

- La *accesibilidad* como una condición necesaria para el ejercicio de todos los derechos.
- La *accesibilidad* como contenido específico del derecho a no ser discriminado, que da pauta a la efectiva realización de la *igualdad de oportunidades*, y
- La *accesibilidad* como derecho independiente (artículo 9 citado) que da pauta para que también sea considerada como un medio para la prevención de la discapacidad, pues a través de ella se puede evitar el surgimiento de las barreras en cualquier entorno que al interactuar con las diversidades funcionales provocan una *discapacidad* en las personas, impidiendo su participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.⁷⁸

Asumiendo para todas estas dimensiones dos estrategias fundamentales que son: *el diseño universal* y los *ajustes razonables*, previstos por la CDPD en su artículo 2, cuyo último fin consiste en eliminar las barreras del entorno que dificultan el ejercicio de los derechos a las personas con discapacidad.

Cómo se ha mencionado anteriormente, esas *barreras* pueden ser físicas o arquitectónicas, comunicacionales o actitudinales (sin que por ello se puedan presentar otras), las cuales actúan de manera interdependiente, ya que por ejemplo, para eliminar una barrera en el transporte se requiere no sólo la accesibilidad en esos medios, sea un avión, autobús, barco, tren, metro, etcétera, sino que además la información de los mismos esté en formatos accesibles, y que el personal que presta esos servicios esté capacitado y sensibilizado respecto al trato que se debe brindar a las personas con discapacidad usuarias de esos medios.

Otra barrera que se puede llegar a presentar es la de tipo legal, la cual cobra mayor relevancia para el caso de las mujeres con discapacidad, pues la norma jurídica actúa evitando que las mujeres puedan ejercer sus derechos relacionados con la maternidad, el ejercicio de su sexualidad, el formar una familia, o para llevar a cabo algún tipo de transacciones.

Retomando las dos dimensiones de la accesibilidad, no se debe perder de vista que justamente desde hace algunos años la *accesibilidad* se ha venido vinculando con la terminología de diseño universal y con el concepto de diseño para todas las personas, el cual tiene como finalidad que todos los elementos y entornos sean utilizados por el mayor número de personas, sin importar si presentan o no una discapacidad, o alguna otra condición.

⁷⁸ Otra referencia para comprender la accesibilidad es la que aporta la Ley española 51/2003, que en su artículo 2, inciso c) entiende por accesibilidad “la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de «diseño para todos» y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.”

DISEÑO PARA TODAS LAS PERSONAS artículo 2, párrafo quinto de la CDPD

Es la creación de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado.

Cabe señalar que dicha definición puntualiza que el *diseño universal o diseño para todos* no excluirá el empleo de algún tipo de ayudas técnicas para determinadas personas con discapacidad cuando éstas lo requieran.

De esta manera es posible transitar de un principio-derecho de accesibilidad hacia un principio-derecho de accesibilidad universal (el máximo de accesibilidad en todo y para todas las personas),⁷⁹ que toma como punto de partida no sólo la supresión de barreras de lo existente, sino también el que los entornos, bienes, productos, servicios, dispositivos o herramientas estén diseñados desde su creación con una connotación universal, es decir, para todos y todas, sin importar las diferencias entre las personas, o más bien, resaltando la diversidad humana e incorporándola en el diseño.

Por lo tanto, es posible argumentar que el principio-derecho de “accesibilidad ha adquirido importancia como expresión de un derecho a participar, a no ser discriminado, y con ello su acepción se ha hecho más amplia y genérica, más próxima a la idea de calidad de vida e igualdad, universalizando su mensaje”,⁸⁰ y extendiendo su campo de aplicación no solo a las personas con discapacidad.⁸¹

Ahora bien, en algunas ocasiones resulta trascendental la instrumentación de otro tipo de medidas para garantizar la *accesibilidad* de las personas con discapacidad, entendida ésta en sus tres dimensiones, pues a pesar de que los entornos estén construidos bajo una concepción universal, por alguna causa en particular, no se llega a abarcar los requerimientos del caso.

En tal supuesto nos referimos al concepto de ajustes razonables.⁸²

79 ALONSO LÓPEZ, F., Los ejes determinantes de las políticas de igualdad de oportunidades. La accesibilidad universal y el diseño para todos, en DE LORENZO, R., Y PÉREZ BUENO, L.C. (Directores), Op. cit., pp. 1220.

80 *Ibidem*, pp. 1219.

81 “[...] Por otra parte, es importante destacar que el desarrollo que ha tenido la comprensión de lo que significa la accesibilidad universal no solo ha tenido consecuencias en cuanto a su percepción desde el punto de vista de la discapacidad, sino que en la actualidad está siendo –desde un marco teórico y legislativo– considerada desde una visión mucho más amplia, que no se restringe ni relaciona exclusivamente con la discapacidad. Como se ha mencionado, el modo en que se diseñan las sociedades, teniendo presente solo las necesidades de una persona considerada “estándar”, genera barreras para gran parte de las personas, entre las que se encuentran los niños, las personas mayores, las personas con sobrepeso, las personas de muy alta o baja altura, las personas con discapacidad, e incluso las supuestas personas “estándar” que se encuentran temporalmente fuera de esa categoría por encontrarse en una situación particular- como por ejemplo la fractura de una pierna, un embarazo, o simplemente llevar consigo una maleta pesada-”. Nota a pie de página número 248 en PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad...*, Op. cit., pp. 124.

82 PALACIOS, A., El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables, en CAMPOY CERVERA, I. (Ed), Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas. Debates del Instituto Bartolomé de las Casas No. 2. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykinson, S. L., Madrid, 2004, pp. 198.

AJUSTES RAZONABLES
artículo 2, párrafo 4 de la CDPD

Se entienden las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida en un caso particular para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Como puede verse, la definición aportada por la Convención acerca del término “ajustes razonables” establece que los mismos no deben ser una carga desproporcionada o indebida para el sujeto que se encuentra obligado a realizarlos, pues de lo contrario se considerará que esos cambios o modificaciones no están justificados y, por lo tanto, no deben llevarse a cabo.

Al respecto, la doctrina sobre el tema señala que la obligación de llevar a cabo o no los ajustes dependerá del análisis que se haga en cada caso en concreto, debiendo tomar en cuenta, entre otros factores, los costos de la medida a realizar, el tamaño de la entidad que la debe poner en práctica y su situación financiera, la posibilidad de obtener algún tipo de apoyo o subvención para la realización de la modificación, la afectación de algún modo al resto de personas que no se beneficiarán con la medida, **así como los efectos discriminatorios que pudieran resultar para la persona con discapacidad, en caso de su no adopción.**

Se resalta este último elemento, es decir, los efectos discriminatorios que pudiera tener para la persona con discapacidad el que no se lleve a cabo un ajuste razonable a su favor, toda vez que se considera que éste debe ser el principal factor a tomarse en cuenta para la determinación de si se está o no ante una obligación de este tipo, ya que no se debe olvidar que en todo caso, sea cual sea el motivo o argumento empleado para no llevarlo a cabo, el efecto de su omisión implicaría una discriminación indirecta, llegando al mismo punto en que se inició con su solicitud, es decir, una ausencia de igualdad de oportunidades.

En razón de ello se propone que en tales casos debe arribarse a una solución que, sin afectar de una manera gravosa a la parte obligada (y tomando debidamente en cuenta su situación particular), efectivamente se cumpla con la adecuación “necesaria” (tal como la llama la Convención) para que las personas con discapacidad pueden gozar del entorno, los servicios, y del ejercicio de derechos como lo haría cualquier otra persona sin discapacidad. De lo contrario, en todo caso se podría argumentar la desproporcionalidad de la medida por cualquier motivo.⁸³

83 Al respecto véase lo señalado en el capítulo II, en el principio de igualdad y no discriminación, y en el de accesibilidad, en los que se sigue el mismo criterio (para mayor ahondamiento del tema se sugiere consultar, además de la fuente señalada anteriormente, la siguiente: NACIONES UNIDAS, Manual para parlamentarios sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo, Naciones Unidas, Ginebra, 2007, pp. 60 a 70).

Un elemento más a destacar en el caso de los ajustes razonables atiende al hecho de que tales modificaciones deben llevarse a cabo atendiendo a casos concretos y particulares, tal cual lo señala la Convención, es decir, cuando colocan a la persona con discapacidad en una “situación de desventaja sustancial en comparación con otras personas sin discapacidad”. Por lo que las desventajas que son menores o triviales no impondrán la obligación de llevar a cabo ajustes razonables.⁸⁴

Por lo tanto, en la determinación de un *ajuste razonable* durante la tramitación de un procedimiento, se debe atender a las valoraciones antes mencionadas, sin perder de vista la obligación prevista por la CDPD en su artículo 13, consistente en llevar a cabo estos *ajustes al procedimiento* para asegurar que las personas con discapacidad tengan un acceso efectivo a la justicia.

Determinación que quedará al arbitrio de la o el juzgador, el cual deberá tener un amplio conocimiento acerca de la discapacidad y toma de conciencia acerca de las barreras que inhiben la participación de las personas con discapacidad en el acceso a la justicia para garantizar que se dicte el ajuste que más favorezca a la persona, atendiendo a su situación concreta, evitando que en su criterio o determinación influyan algún tipo de barreras actitudinales que propician una percepción negativa de las personas con discapacidad, sobre todo negando su reconocimiento como personas titulares de derechos humanos.⁸⁵

■ **Derecho a la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad**

La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad constituye tanto un principio como un derecho plasmado en la CDPD en su artículo 3 y 19 respectivamente, en este último supuesto bajo la forma del derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, cuyo fin último es que las personas con discapacidad, que por diversas causas o barreras han sido discriminadas y excluidas de la comunidad, sean parte de la misma.

Esto implica el reconocimiento de la *discapacidad* como parte de la diversidad humana, así como el reconocimiento de que las personas con discapacidad tienen mucho que aportar a la sociedad, por lo que en ese sentido deben ser tomadas en cuenta en la adopción de decisiones que por algún motivo les afecten, asumiendo ellas mismas sus propias decisiones personales, sin la influencia de terceras personas y, desde luego, la responsabilidad de las consecuencias de sus decisiones, lo cual incide en la concreción de su plan y calidad de vida.

Conviene aquí hacer un pequeño paréntesis y detenerse para conocer qué es lo que se entiende por *calidad de vida*, pues de esta manera se tendrá una visión mucho más amplia de lo que implica para las personas con discapacidad el que su derecho a vivir

84 PALACIOS, A., El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables, en CAMPOY CERVERA, I. (Ed), Op. cit., pp. 200.

85 Este tema se vuelve a tratar en el abordaje del derecho de acceso a la justicia, páginas más adelante.

de forma independiente y a ser incluido en la sociedad sea respetado, garantizado y ejercido por ellas.

Así las cosas, la calidad de vida “se define como la percepción del individuo sobre su posición en la vida dentro del contexto cultural y el sistema de valores en el que vive y con respecto a sus metas, expectativas, normas y preocupaciones. Es un concepto extenso y complejo que engloba la salud física, el estado psicológico, el nivel de independencia, las relaciones sociales, las creencias personales y la relación con las características sobresalientes del entorno”.⁸⁶

En ese sentido es importante resaltar que este derecho necesariamente debe entenderse como una dualidad, pues su ejercicio se refleja siempre en un entorno o ámbito, ya que la participación activa de las personas con discapacidad no podría concretarse, si a su vez, el resto de la sociedad no toma conciencia y se vuelve receptiva respecto de la *discapacidad* y de las *personas con discapacidad*, asumiendo un criterio respetuoso, por decirlo de algún modo, libre de estereotipos y prejuicios en su contra, reconociéndoles un *rol social*, respetando su dignidad como personas, así como la titularidad y ejercicio de derechos, elemento indispensable, como ya se dijo, para que puedan desarrollar su proyecto de vida.

En ciertas ocasiones, para lograr la participación e inclusión social, las personas con discapacidad requerirán de algún tipo de ayudas técnicas, apoyo personal o de otro tipo, lo cual no debe ser entendido como una dependencia, sino simplemente como un auxilio para la utilización de los bienes y servicios y para el disfrute de los entornos en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad, tomando en consideración la heterogeneidad de las personas con discapacidad, y las necesidades específicas de cada una de ellas.

Esta acotación se manifiesta con especial énfasis respecto a las personas con discapacidad intelectual y mental o psicosocial, pues es a ellas a quienes tradicionalmente se les llega a desconocer tanto su reconocimiento como persona ante la ley, así como su derecho a vivir de forma independiente y a ser incluidas plena y efectivamente en la sociedad.

Baste un ejemplo para visualizar la señalada dualidad del derecho de las personas con discapacidad a participar y a ser incluidas en la sociedad, así como el apoyo personal, técnico, o de otro tipo, que en algunas ocasiones requiere su ejercicio.

Para que una persona con discapacidad auditiva pueda tener intervención en un juicio (ejerciendo su derecho de participación e inclusión en la sociedad a través del ejercicio de su derecho de acceso a la justicia), será necesario que en todas las actuaciones judiciales se le proporcione la asistencia que requiera para comunicarse e informarse acerca del procedimiento que enfrenta o en el que participa con otro carácter, ya sea

86 *Ibidem*, pp. 1211.

mediante una persona guía, o intérprete certificada de Lengua de Señas Mexicana, lectura labial, o por formatos digitales, con la finalidad de que conozca cual es el sentido de la actuación judicial y el rol que tiene dentro de ella, garantizando de ese modo, otros derechos implícitos en el de acceso a la justicia como lo es el de debido proceso, u otros relacionados con aquel, como el derecho de acceso a la información y a la accesibilidad.

Por lo tanto, no debe perderse de vista que la ausencia de este derecho, la vulneración o la restricción del mismo, invariablemente influirá en una escasa interacción de las personas con discapacidad con la sociedad que les rodea, y por lo tanto, en un escaso ejercicio de todos los derechos de las que son titulares, entre ellos, el derecho de acceso a la justicia.

■ Derecho de acceso a la justicia

El derecho de acceso a la justicia de toda persona se encuentra reconocido en el ámbito internacional en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles Y Políticos, así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8. Mientras que en el caso de las personas con discapacidad, su derecho de acceso a la justicia se encuentra reconocido en el artículo 13 de la CDPD.

Como se mencionó anteriormente, el derecho de acceso a la justicia tiene una doble noción, pues a la vez que se constituye como un derecho autónomo, es un medio para la realización y concreción de todos los demás derechos.

Como derecho autónomo previsto por la CDPD, la noción de “acceso a la justicia”, de acuerdo con Francisco Bariffi, “[...] es amplia y exhaustiva y puede ser analizada al menos, en tres dimensiones diferentes: legal, físico y comunicacional”⁸⁷

La primera de ellas se refiere a que las personas con discapacidad puedan participar, sin importar la calidad con la que lo hagan, en los procesos judiciales por derecho propio. La segunda dimensión se relaciona con el hecho de que todas las instalaciones judiciales sean accesibles, y la tercera establece que cualquier información que se proporcione a las personas con discapacidad sea de igual forma accesible y se presente en medios alternativos de comunicación, como por ejemplo: Lengua de Señas, en Sistema de Escritura Braille, en formatos digitales, o en un texto de fácil lectura y comprensión, entre otros.⁸⁸

De esta manera, tal como lo dispone el artículo 13 de la Convención, existe la obligación para las autoridades judiciales de *asegurar* un acceso a la justicia, lo que implica que se lleven a cabo todas las medidas necesarias para que la persona con discapacidad pueda ejercer ese derecho en igualdad de condiciones que el resto de la población, debiendo para ello realizar, incluso (atendiendo la terminología de la CDPD), los *ajustes al procedimiento* que se requieran, y que sean *adecuados a la edad*.

87 Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad... Op. cit., pp. 15.

88 Ídem.

Esto es, se debe partir del reconocimiento de todas las barreras que propician una desigualdad de las personas con discapacidad en el derecho de acceso a la justicia para estar en posibilidad de implementar *ajustes* que efectivamente, en la práctica, eliminen esas situaciones de desigualdad y discriminación, los cuales podrán ser tan variados como las necesidades del caso lo establezcan, pues en última instancia las y los jueces tienen la obligación de instrumentarlos atendiendo al caso en concreto, sin pretender establecer criterios generales de aplicación. Incluso, su labor de adoptar los ajustes al procedimiento debe ir más allá de lo señalado en los ordenamientos jurídicos aplicables, pues deberán implementarlos aun en los casos en los que tales normas no prevean la existencia del ajuste que se requiera.⁸⁹

Lo anterior, ya que sería absurdo pretender la existencia de una lista exhaustiva de *ajustes al procedimiento*, pues se dejaría fuera a un número considerable de requerimientos particulares de personas con discapacidad. De esta manera, tanto las y los defensores públicos, o las y los abogados particulares de las personas con discapacidad, tendrían que estar atentos de que tales *ajustes* se llevaran a cabo, para que ante un retraso u omisión, estuvieran en posibilidad de solicitarlos a la o el juzgador.

Algunos ejemplos de ellos serían:

- “Habilitación de acompañamiento durante la investigación o el testimonio de una persona de apoyo elegida por [la persona con discapacidad].
- Utilización de la comunicación alternativa y aumentativa, tales como imágenes y tablas de comunicación, para permitir a la persona expresarse plenamente.
- Investigaciones realizadas por quienes tienen experiencia y conocimiento en la comunicación con las personas con discapacidad, en lugar de una investigación sin esta capacitación.
- Expertos para eliminar del testimonio la información errónea, teniendo presente el tipo de discapacidad de quien declara.
- Apoyo en la comunicación con el testigo.
- Asistencia [...] para la formulación de preguntas de modo que sean comprendidas por el testigo, y en el caso de los niños, teniendo en cuenta su capacidad en evolución.
- La posibilidad de declarar sin formalidades de vestimenta oficial; poder declarar en lugares diferentes a las cámaras, despacho del Juez o sala de audiencia oficial, incluso mediante enlaces de video.
- Tiempo suficiente para dar testimonio y descansos adecuados durante el proceso.
- Provisión de información sobre los procedimientos en un lenguaje sencillo, entre otras”.⁹⁰

89 *Ibidem*, pp. 16 y 17.

90 Nota a pie de página número 6, *Ibidem*, pp. 15 y 16.

■ Implicaciones con el derecho de acceso a la justicia

Partiendo de la característica de interdependencia de todos los derechos humanos, resulta fácil comprender cómo los derechos expuestos anteriormente se relacionan entre sí, e impactan en el resto de los derechos de los que son titulares las personas con discapacidad. De esta forma, sin el reconocimiento de su personalidad y capacidad jurídica para ser titulares de derechos, e intervenir directamente en un juicio, o bien, sin la posibilidad de participar plenamente en la comunidad sin discriminación, y sin una adecuada accesibilidad de los entornos, se verían imposibilitadas para ejercer cualquier derecho.

Así las cosas, es factible encontrar la correlación entre los derechos de accesibilidad, igualdad y no discriminación, participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, y derecho a igual reconocimiento ante la ley, con el propio de acceso a la justicia, pues cada uno de ellos se encuentra ligado a éste en virtud de los principios que lo fundamentan (desarrollados en el capítulo siguiente), y que resultan esenciales por las implicaciones que tienen para las y los juzgadores cuando resuelven asuntos en los que interviene una persona con discapacidad.

Consideraciones que serán expuestas en el capítulo siguiente.

II. PRINCIPIOS GENERALES PARA LA CONSIDERACIÓN DE LAS Y LOS JUZGADORES

En el presente capítulo se enuncian 8 principios que de acuerdo a la CDPD son aquellos que rigen la aplicación de las normas relativas a las personas con discapacidad, y que por lo tanto deben considerarse en la tramitación de un juicio en el que ellas intervengan o participen, ejerciendo su derecho de acceso a la justicia.

Los principios constituyen también lineamientos generales que las y los juzgadores pueden aplicar de manera directa, o bien, usar como criterio de interpretación.

Los principios son los siguientes:

1. ABORDAJE DE LA DISCAPACIDAD A PARTIR DEL MODELO SOCIAL Y DE DERECHOS HUMANOS

2. MAYOR PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (PRINCIPIO PRO PERSONA)⁹¹

3. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

4. ACCESIBILIDAD

5. RESPETO A LA DIGNIDAD INHERENTE, AUTONOMÍA INDIVIDUAL, LIBERTAD PARA TOMAR LAS PROPIAS DECISIONES, INDEPENDENCIA DE LAS PERSONAS

6. PARTICIPACIÓN E INCLUSIÓN PLENAS Y EFECTIVAS EN LA SOCIEDAD

7. RESPETO POR LA DIFERENCIA. ACEPTACIÓN DE LA DISCAPACIDAD, COMO PARTE DE LA DIVERSIDAD Y CONDICIÓN HUMANA

8. RESPETO A LA EVOLUCIÓN DE LAS FACULTADES DE NIÑAS Y NIÑOS CON DISCAPACIDAD. DERECHO A PRESERVAR SU IDENTIDAD

En términos didácticos, en la parte izquierda se hará referencia a los instrumentos jurídicos que reconocen los principios aludidos, a su derecha a lo que estos expresan y abajo de cada uno, las consideraciones que se sugiere tomar en cuenta a las y los juzgadores, para brindar una atención diferenciada en beneficio de las personas con discapacidad.

⁹¹ Se aclara que el empleo del término “pro persona” atiende al contenido del artículo primero de la Constitución mexicana, que hace referencia a dicho principio, sin que ello implique una alusión al modelo médico-rehabilitador, en el cual se pugnaba por una “protección” de la persona, desde un punto de vista asistencial y paternalista.

INSTRUMENTO

CDPD, preámbulo inciso e) y artículo 3.

PRINCIPIO

1. ABORDAJE DE LA DISCAPACIDAD DESDE EL MODELO SOCIAL Y DE DERECHOS HUMANOS⁹²

El modelo social y de derechos humanos sitúa a la discapacidad como una cuestión de *derechos humanos*, teniendo como eje fundamental a la *persona con discapacidad* y a su *dignidad*, dejando de lado el asistencialismo y el enfoque sanitario.

El centro del problema deja de ser la persona con discapacidad, y lo traslada afuera, es decir, a la *sociedad*; colocando a la persona en el centro de todas las decisiones que le afecten, es decir, reconociéndole autonomía e independencia y liberándola de estigmas y prejuicios en su contra.⁹³

En ese tenor, el modelo de derechos humanos deja de ver a la discapacidad como una enfermedad, y ahora la coloca como un elemento que evoluciona y que resulta de la interacción de las personas con la sociedad, y con las barreras que ésta impone.

En otras palabras, dejando de lado la diversidad funcional de las personas con discapacidad, vuelve responsable a la comunidad por no estar preparada para incluir en ella a todas las personas, y por estar diseñada de una forma restrictiva y excluyente.⁹⁴

Asimismo, establece que “la vida de una persona con discapacidad tiene el mismo sentido que la vida de una persona sin discapacidad”. Es decir, “tienen mucho que aportar a la sociedad”, por lo que “deben ser aceptadas tal cual son”.⁹⁵

Con lo cual se refuerza el hecho del reconocimiento de la diferencia como parte de la diversidad humana, y, por consiguiente, de su inclusión en la sociedad. El objetivo es “rescatar las capacidades en vez de acentuar las discapacidades”.⁹⁶

Como puede observarse, es a partir del modelo social y de derechos humanos de la discapacidad que se van entrelazando el resto de los principios que se señalarán a continuación, ya que este principio toma como base el reconocimiento de la diversidad de las

92 Es preciso mencionar que en algunas ocasiones se llega a considerar como un mismo modelo el social y el de derechos humanos, en tanto que en otras se les toma en cuenta como dos modelos explicativos independientes. Lo innegable es que el de derechos humanos toma como punto de partida diversos elementos del modelo social que dan la pauta para considerar a la discapacidad como una cuestión de derechos humanos.

93 Al respecto, la Observación General No. 5 (personas con discapacidad) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, en su párrafo 15 reconoce que “[...] Mediante la negligencia, la ignorancia, los prejuicios y falsas suposiciones, así como mediante la exclusión, distinción o separación, las personas con discapacidad se ven muy a menudo imposibilitadas de ejercer sus derechos [...] sobre una base de igualdad con las personas que no tienen discapacidad”.

94 La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, al resolver el Amparo en Revisión 410/2012, conocido como “Caso Inbursa”, basó su resolución en el marco teórico jurídico de la discapacidad, bajo la doctrina de los principios de igualdad y de no discriminación, los cuales, a su vez, parten del reconocimiento o adopción del modelo social de la discapacidad.

95 PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad...*, Op. cit., pp. 104.

96 *Ibidem*, pp. 105.

personas, en virtud de la cual las variedades funcionales deben ser tomadas en cuenta para la necesaria búsqueda de la igualdad material entre ellas, fundamentada en el respeto de la toma de sus decisiones.⁹⁷

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

*Se sugiere a las y los juzgadores observar este principio en todas las etapas del proceso en los que intervenga una persona con discapacidad, sin importar la materia del mismo y el carácter con el que participe, ya que se propone que estos modelos sean el eje sobre el cual se base cualquier acto judicial o resolución que afecte a las personas con discapacidad.

*Asimismo se recomienda que la fundamentación del desahogo y la fundamentación de la resolución de los juicios en los que las personas con discapacidad sean parte, se base en una visión de la discapacidad libre de prejuicios y estereotipos, ajena a concepciones proteccionistas o de dependencia.

Así como tomando como punto de partida el reconocimiento de la titularidad de derechos de las personas con discapacidad y de la protección más amplia de los mismos, lo cual favorecerá su inclusión y participación social plena.

*En ese sentido, en la fase de ejecución de sentencias se estima conveniente asegurarse que las resoluciones no produzcan efectos adversos para las personas con discapacidad, que menoscaben el ejercicio de los derechos o las acciones logradas durante el juicio.

*Para ello se recomienda considerar en todo tiempo la *calidad de vida*⁹⁸ de las personas con discapacidad, pues propiciará que se adopten las medidas adecuadas para garantizar un efectivo cumplimiento del fallo emitido en el juicio.

*Inclusive, en algunos casos la adopción de las medidas de las que se habla en el párrafo anterior, se traducirán en la instrumentación de medidas contra la discriminación, como lo es la realización de *ajustes razonables*, para un efectivo respeto y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, atendiendo a las barreras impuestas por el entorno, que dificultan el ejercicio de los mismos.⁹⁹

97 En la resolución del Amparo en Revisión 410/2012, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México consideró un criterio en el mismo sentido, al señalar que si bien uno de los presupuestos en el ámbito de la discapacidad es el modelo social, éste a su vez se fundamenta o parte de los principios de dignidad de la persona, accesibilidad universal, transversalidad, diseño para todos y respeto a la diversidad. Al respecto, véase la tesis aislada de rubro “DISCAPACIDAD. PRESUPUESTOS EN LA MATERIA QUE DEBEN SER TOMADOS EN CUENTA POR LOS OPERADORES DEL SISTEMA JURIDICO MEXICANO”; [TA]; 10ª Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1, México, página 633.

98 Concepto que se abordó al explicar el derecho a vivir de forma independiente, en el apartado 7, del capítulo I del presente Protocolo, y que hace referencia no sólo al estado físico de la persona, sino a su nivel de independencia y la forma en cómo interactúa con el entorno y las barreras que éste puede generar.

99 Por ejemplo, en un juicio hipotético en el que se alegue que una niña con discapacidad física no puede ser aceptada en una escuela “x” sólo por su condición de discapacidad, cubriendo el resto de requisitos para poder ser inscrita en ella, debería ser resuelto no sólo decretando la inscripción, sino determinando la adopción de medidas o ajustes razonables para que su desplazamiento por la escuela sea libre y seguro, pues de nada serviría que se fallara en el sentido de garantizar su derecho a la educación, si otros derechos que lo complementan, como por ejemplo, su derecho a la accesibilidad, se ven violentados. En ese caso, las barreras del entorno físico o hasta las actitudinales o culturales, impedirían que se cumplimentara el fallo en cuestión.

*Considerando que el modelo social y el de derechos humanos promueve la eliminación de prejuicios y estigmas en torno a las personas con discapacidad, se estima conveniente que las y los jueces usen un lenguaje no ofensivo y no discriminatorio para referirse hacia ellas.

Para ello se sugiere eliminar el empleo de términos peyorativos en su perjuicio, que además de hacer referencia a una pérdida funcional, implican una carencia de valor,¹⁰⁰ tales como: *inválidos, imbéciles, retrasados mentales, idiotas, dementes, tarados, discapacitados, minusválidos*, entre otros, que comúnmente son empleados por las legislaciones de carácter civil.

*Asimismo, se recomienda que las resoluciones judiciales se redacten en un lenguaje inclusivo y respetuoso de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Comprobación de la discapacidad

*Un elemento primordial relacionado con este principio es el saber cuándo se está en presencia de una persona con discapacidad.

*Al respecto se señala que si bien en un ámbito administrativo pudiera existir la determinación de un procedimiento a partir del cual se tiene por acreditada la discapacidad en una persona, esa certificación debe ser independiente a la que se realice en el ámbito jurisdiccional sobre la materia.

*Es decir, no debe exigirse la presentación de un certificado oficial para acreditar la condición de *discapacidad* de una persona que participará en un juicio, ya que la implementación de las medidas de carácter judicial desarrolladas en el presente Protocolo, devienen de la aplicación del marco jurídico internacional de protección de las personas con discapacidad, y no del cumplimiento o incumplimiento de acreditaciones de algún tipo.¹⁰¹

Además de que en algunas ocasiones, tales certificados o acreditaciones implican un retroceso, al fundamentarse su expedición en aspectos médicos exclusivamente, que no contemplan las barreras impuestas por el entorno que impiden la participación en la sociedad.¹⁰²

100 PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad...*, Op. cit., pp. 174.

101 El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en las Observaciones finales formuladas a España, emitió una recomendación en ese sentido, reconociendo la existencia de la Ley 26/2011, que elimina el requisito del reconocimiento oficial de la discapacidad para la aplicación de las medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial previstas en ese ordenamiento. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sexto período de sesiones (19 a 23 de septiembre de 2011). CRPD/C/ESP/CO/1, Distr. general 19 de octubre de 2011, párrafo 19.

102 Al respecto, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en las Observaciones finales formuladas al Estado del Paraguay, ha determinado que le preocupa que el certificado de discapacidad que se emite en ese país, se base únicamente en las deficiencias físicas (diversidades funcionales), en oposición al modelo de derechos humanos previsto por la CDPD, por lo que le ha recomendado a ese país que revise y modifique tales requisitos de valoración, haciéndolos consistentes con los principios de la citada Convención. Observaciones finales sobre el informe inicial del Paraguay, aprobadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su noveno período de sesiones (15 a 19 de abril de 2013). CRPD/C/PROY/CO/1, Distr. general 15 de mayo de 2013, párrafos 44 y 45.

Por otra parte, en algunas ocasiones la determinación de la existencia o no de una discapacidad puede ser el objetivo principal de la litis, por lo que no se podrían emplear esos certificados para dar por cierta la existencia de la misma. Incluso, es factible que la resolución de un juicio ordene la modificación del certificado emitido por las autoridades administrativas, si con base en las pruebas periciales se ha determinado que la información que lo sustenta no es correcta.

*De esta manera, para estar en posibilidad de determinar si se está en presencia de una persona con discapacidad, se sugiere a las y los jueces partir de dos hechos:

- Que la persona se auto-identifique como persona con discapacidad, ya sea en su escrito de demanda o de contestación, o
- Ante la ausencia de un auto-reconocimiento, se tenga la duda fundada acerca de la existencia de una *discapacidad*.

*Pero en ambas situaciones no se podrá eximir a las y los jueces de verificar tales circunstancias mediante pruebas periciales, ya que se debe tener la certeza sobre la discapacidad que tenga una persona considerando el impacto que tendrá esa decisión en el procedimiento, atendiendo a los *ajustes* que deban implementarse.

Si bien no existe un límite en cuanto a las pruebas periciales que se deben aportar para determinar la discapacidad de una persona, se estima necesario que se practiquen por personas que conformen un equipo multidisciplinario, evitando que las mismas sean exclusivamente de carácter médico.

Por ejemplo, especialistas en trabajo social, derecho, psicología, sociología, entre otros.

En todo caso, las pruebas practicadas deberán servir para comprobar que existe una diversidad funcional y que al interactuar con el entorno en el que se desenvuelve la

persona, inhiben su participación en la comunidad. ^{103/104}

***Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, cabe destacar que habrá supuestos en los que será evidente para las y los juzgadores la existencia de una *discapacidad*, atendiendo a que la misma puede comprobarse a simple vista por la apariencia de la persona.**

Sin embargo, aun en esos casos, también se recomienda que se verifique tal circunstancia con la existencia de pruebas periciales, ya que no es admisible determinarla con base en la apariencia de la persona y la opinión personal de la o el juzgador, toda vez que culturalmente se estereotipa a la *discapacidad* y puede dar origen a tratos sobreprotectores, o discriminatorios e injustificados.

***Dentro de las pruebas que se practiquen para la determinación de la discapacidad de una persona, una fuente de valoración lo podrán ser las personas allegadas a la presuntamente con discapacidad (familiares o amigos), quienes conociendo su entorno cotidiano podrán formular criterios más apegados a la realidad. Evitando en todo momento el posible conflicto de intereses.**

103 Algunos parámetros que pueden ser de utilidad para la o el juzgador al momento de solicitar la realización de estas pruebas, son los que propone la CIF:

Para determinar el tipo y grado de diversidad funcional	Para determinar las condiciones del entorno
Valoración de funciones corporales <ul style="list-style-type: none"> - Mentales - Sensoriales y dolor - De la voz y el habla - De los sistemas cardiovascular, hematológico, inmunológico y respiratorio - De los sistemas digestivo, metabólico y endocrino - Genitourinarias y reproductoras - Neuromusculoesqueléticas y relacionadas con el movimiento - De la piel y estructuras relacionadas 	Valoración de las actividades y participación de la persona en la vida social (entorno) <ul style="list-style-type: none"> - Aprendizaje y aplicación del conocimiento - Tareas y demandas generales - Comunicación - Movilidad - Autocuidado - Vida doméstica - Interacciones y relaciones interpersonales - Áreas principales de la vida - Vida comunitaria, social y cívica
Valoración de estructuras corporales <ul style="list-style-type: none"> - Del sistema nervioso - El ojo, el oído y estructuras relacionadas - Involucradas en la voz y el habla - De los sistemas cardiovascular, inmunológico y respiratorio - Relacionadas con los sistemas digestivo, metabólico y endocrino - Relacionadas con el sistema genitourinario y el sistema reproductor - Relacionadas con el movimiento - Piel y estructuras relacionadas 	Valoración de factores ambientales del entorno de la persona <ul style="list-style-type: none"> - Productos y tecnología - Entorno natural y cambios en el entorno derivados de la actividad humana - Apoyo y relaciones - Actitudes - Servicios, sistemas y políticas

104 Un caso que sirve para ilustrar la valoración de una discapacidad es el siguiente: En el caso Furlan y Familiares vs. Argentina resuelto por la Corte IDH, el Estado argentino ordenó la realización de pruebas periciales en medicina neurológica y psiquiátrica. Con base en esos estudios concluyó que Sebastián Furlan (quien había tenido un accidente por cuyas consecuencias se responsabilizaba a dicho Estado) tenía un desorden mental orgánico, con una incapacidad del 20% y una reacción vivencial neurótica con manifestación compulsiva grado IV. En este caso, la Corte IDH determinó, conforme a las pruebas periciales que, aunque Sebastián había concluido sus estudios secundarios a los 30 años, un accidente había mermado sus posibilidades de desarrollo educativo e interacción social, y le había generado dificultades para ingresar a algún empleo. De acuerdo al análisis de la Corte IDH, la falta de atención oportuna a la disfunción neurocognitiva de Sebastián le impidió tener condiciones para acceder a un trabajo estable; declarando responsable al Estado por el daño ocasionado. Corte IDH, Caso Furlan y Familiares vs Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 94, 95, 116 y 312.

INSTRUMENTO

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 5.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 29.

PRINCIPIO

2. MAYOR PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

(PRINCIPIO PRO PERSONA)

El principio pro persona es un criterio de interpretación en materia de derechos humanos que obliga a quienes operan con normas vinculadas a derechos humanos a emplear siempre los estándares más altos a favor de las personas.¹⁰⁵ Ya sea eligiendo la norma, o la interpretación más protectora.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

***Se recomienda a las y los jueces aplicar este principio en todas las etapas del procedimiento.**

***Ante la diversidad de interpretaciones de una norma o normas que resultaren aplicables en un asunto en el que intervengan personas con discapacidad, se estima conveniente preferir aquella interpretación que más proteja los derechos de esas personas, o que más los optimice.**

***En caso de existir dos o más normas que resultaren aplicables al caso en concreto, se propone preferir aquella norma que más beneficie a la persona con discapacidad, ya sea garantizando su inclusión y participación plena y efectiva en la sociedad, así como su derecho a una vida independiente.**

***Ante la existencia de barreras físicas o actitudinales en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia, o en el de cualquier otro derecho que se estime violentado, se estima conveniente que la o el juzgador prevea la instrumentación de medidas contra la discriminación que garanticen la inclusión y participación social de la persona con discapacidad, como la realización de *ajustes razonables*, para garantizar que el derecho en cuestión sea ejercido en igualdad de condiciones que el resto de las personas sin discapacidad, respetando en todo momento su derecho a la igualdad de oportunidades.**

***Se sugiere a las y los juzgadores, que ante la sospecha de que una persona tenga una discapacidad, y hasta en tanto se logre determinar su existencia atendiendo a**

¹⁰⁵ Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México ha emitido un criterio denominado "PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE", en el que se reitera que ese principio es un criterio de interpretación de derechos humanos. [J]; 10ª Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIII, México, Octubre de 2012, Tomo 2, página 799.

lo señalado en el principio anterior, optar por la aplicación y/o interpretación de la norma más favorable para esa circunstancia, con la finalidad de garantizar la mayor protección de los derechos en cuestión (situación que en la mayoría de las ocasiones implicará la instrumentación de algún tipo de *ajuste razonable*).¹⁰⁶

*En cualquier caso, ya sea de interpretación o de aplicación de una norma, se sugiere tomar en consideración el resto de los principios enunciados en el presente Protocolo, con la finalidad de que se coadyuve al cumplimiento de ellos, y no se opte por una interpretación en detrimento de los mismos.

*Se hace especial énfasis en el caso particular de las personas con discapacidad mental o psicosocial, e intelectual, ya que aplicando el principio pro persona, se estima conveniente abandonar la postura que las mantiene segregadas inevitablemente en instituciones psiquiátricas, sin participar en el tipo de tratamiento que les resulte aplicable.

En esos casos se sugiere adoptar un criterio que privilegie su reconocimiento como personas titulares de derechos, promoviendo que su tratamiento se lleve a cabo de forma externa, en el que participen directamente.¹⁰⁷

*Se recomienda a las y los juzgadores no perder de vista que en todos los supuestos de aplicación del principio pro persona, opera el principio de diversidad y reconocimiento de la existencia de la discapacidad, lo que implica que cada caso es distinto y que no debe generalizarse la aplicación o interpretación de la norma que haya sido utilizada en un caso anterior.

*Una medida pro persona también la constituirá la decisión de las y los jueces de priorizar la atención y resolución de los juicios en los que se involucre a una persona con discapacidad, evitando retrasos en la tramitación de los mismos.¹⁰⁸

*Asimismo, en el caso de audiencias con la persona con discapacidad, se recomienda a las y los jueces ser puntuales en relación al comienzo de las mismas para que así la

106 En México, el juicio de amparo 806/2011-I, radicado ante el Juzgado Quinto de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región, fue resuelto atendiendo al principio pro persona, previsto en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En el mismo se señaló que al quejoso se le tuvo que emplazar al juicio hipotecario interpuesto en su contra, no sólo atendiendo los requisitos previstos en el Código procedimental aplicable a la materia (en ese caso el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal), sino aplicando un ajuste al procedimiento, que le permitiera tener conocimiento pleno de la demanda interpuesta en su contra toda vez que **existía la duda fundada** de que dicha persona tenía una discapacidad visual que afectaba su visión en un 80%, la cual dificultaba que conociera a cabalidad el contenido de la demanda, y por lo tanto, limitaba su derecho fundamental de acceso efectivo a la justicia.

107 “El derecho internacional de los derechos humanos reconoce que individuos con enfermedades mentales internados en una institución psiquiátrica [...] tienen derecho al consentimiento informado y por ello, el derecho a rechazar el tratamiento. De manera excepcional, el tratamiento coercitivo puede ser justificado en caso de emergencia, cuando sea considerado por una autoridad médica como necesario para prevenir un riesgo inminente para la persona o terceros; en casos de ausencia de emergencia, se justifica solamente bajo la revisión de una autoridad médica independiente”. Corte IDH, Caso Ximenes Lopes vs Brasil, sentencia de 4 de julio de 2006, pp. 13 y 14.

108 Corte IDH, Caso Furlan y Familiares vs Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 196. Y también resultan aplicables las Reglas número 38 y 68, de las *100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad*, adoptadas durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

persona espere el menor tiempo posible. Incluso, se estima pertinente que el horario de dichas comparecencias se fije previa consulta con las personas con discapacidad para garantizar que sea el más adecuado, tomando en cuenta si deben tomar algún medicamento, asistir a alguna terapia de rehabilitación,¹⁰⁹ o bien, si requieren de la presencia de un apoyo personal y el mismo esté disponible a la hora señalada.¹¹⁰

En todo caso también se promueve que en los supuestos en que se deban realizar diversas comparecencias o actuaciones judiciales, las mismas se realicen en el mismo día y lugar, siempre y cuando así se acuerde con la persona con discapacidad.¹¹¹

*Siguiendo con el ámbito de las comparecencias, se sugiere a las y los jueces, como otra medida a favor de las personas con discapacidad, el evitar comparecencias innecesarias, pues no les debe ser indiferente los diversos obstáculos que tienen que sortear las personas con discapacidad para acudir a los centros de impartición de justicia.

*Sin embargo, se estima pertinente distinguir de manera correcta entre las comparecencias innecesarias y las excepciones a la comparecencia. Si bien con anterioridad se consideraba que era prudente que el tribunal se trasladara hasta el domicilio de la persona con discapacidad como un medio alternativo, actualmente se estima que dichas situaciones deben ser valoradas en su justa medida, “[...] con fundamento en la obligación general de incluir a las personas con discapacidad en todos los aspectos de la sociedad y de promover su independencia, autonomía y dignidad”.¹¹²

Si existen las condiciones para que la persona con discapacidad comparezca en las dependencias judiciales, debe prevalecer este criterio.

*Incluso, en los casos de actuaciones judiciales en las que deban comparecer personalmente las personas con discapacidad, debe evitarse, bajo el pretexto de las dificultades de movilidad, que dichas actuaciones no se lleven a cabo, o se realicen con una tercera persona, ya que en esos casos se puede hacer uso de algún mecanismo tecnológico o de cualquier otra índole que haga posible la realización de la diligencia.¹¹³

109 Se hace la aclaración que con el señalamiento de estas circunstancias no se pretende hacer una regresión al modelo médico-rehabilitador, sino simplemente señalar los diversos factores que pueden influir en la vida diaria de las personas con discapacidad, como sucede en el caso de cualquier persona, entre los cuales se encuentra el aspecto de salud.

110 *Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad... Op. cit.*, pp. 45 y 47.

111 *Ibidem*, pp. 47.

112 *Ibidem*, pp. 48.

113 *Ibidem*.

INSTRUMENTO

CDPD, inciso h) del Preámbulo, y artículos 2, 5, 6 y 13.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2.1, 2.2, y 3.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1.1 y 24.

Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, artículos 1. 2. a) y b); 3. 1. a).

Observación General No. 5 (personas con discapacidad) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas.

PRINCIPIO

3. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

En el ámbito internacional se encuentra reconocido el derecho a la igualdad de todas las personas, así como la prohibición de discriminar por motivos de discapacidad, en diversos ordenamientos como los señalados en la columna de la izquierda.

Por lo tanto, ninguna persona con discapacidad puede ser objeto de una discriminación por motivos de discapacidad, o por alguna otra de las bases prohibidas de discriminación, previstas en los instrumentos internacionales referidos.

Sin perjuicio de ello, una mera referencia normativa de igualdad formal, o una prohibición de discriminación directa, no es suficiente para lograr una igualdad material, a la cual se encamina el modelo social y de derechos humanos de la discapacidad.¹¹⁴

Lo anterior, ya que las personas con discapacidad continuamente se han situado en un contexto histórico de discriminación en el goce y ejercicio de sus derechos, debido a prejuicios y estigmas que giran en su entorno, lo que las coloca en desiguales puntos de partida para ejercerlos, en comparación con el resto de las personas sin discapacidad.

Por lo tanto, resulta necesario partir “desde [...] una igualdad integradora de la diferencia”,¹¹⁵ para proceder a una “nivelación de las oportunidades de las cuales gozan las personas para su plena inserción social”.¹¹⁶

El Comité de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su primer caso, manifestó que es necesario tomar en cuenta las circunstancias particulares de las personas a las que se les aplica una ley, pues no se debe realizar una aplica-

114 Sobre este tema, la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-862/08 ha señalado que: “[...] la interpretación de este principio y derecho no se limita al entendimiento de la igualdad desde un punto de vista de equiparación matemática o formal que exigiría absoluta homogeneidad, sino que debe verse desde una perspectiva material que establezca **tratos iguales entre iguales, tratos diferentes entre supuestos disímiles e incluso, medidas distintas en beneficios de grupos que aunque desde una perspectiva son iguales desde otra requieren mejor tratamiento por parte del Estado**”.

115 PALACIOS, A., *El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables*, en CAMPOY CERVERA, I. (Ed), O. cit., pp. 192 y 193.

116 Amparo en Revisión 410/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

ción imparcial de la misma “sin una justificación objetiva y razonable”, ya que se debe tratar “de forma diferente a personas cuya situación sea considerablemente distinta”.¹¹⁷

En ese sentido, cobra relevancia la obligación de llevar a cabo *ajustes razonables* (como tradicionalmente se les denomina), que toman la forma de *acciones o medidas contra la discriminación* (yendo más allá de una sencilla abstención de discriminar), orientadas estas últimas a *compensar* una situación de desventaja, o a desaparecer las barreras que motivan la discriminación de las personas con discapacidad.¹¹⁸

Logrando con ello una efectiva igualdad material, bajo el concepto del derecho a la igualdad de oportunidades,¹¹⁹ con lo cual se propicia una inclusión plena y efectiva en la sociedad.

Al respecto se pronunció la Corte IDH en el caso *Ximenes Lopes vs Brasil*, al precisar que existen deberes especiales de protección, determinables en función de las particulares necesidades del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.¹²⁰

Baste retomar el término de *ajustes razonables* señalado en el capítulo I de este Protocolo para referirse a su concepto, precisando señalar únicamente en el presente principio que de acuerdo a la CDPD, la denegación de ajustes razonables es considerada una discriminación por motivos de discapacidad.

Discriminación múltiple

Otro elemento a considerar en relación al principio de igualdad y no discriminación, es el de las múltiples discriminaciones que puede enfrentar una persona con discapacidad, por lo que se recomienda que las y los jueces pongan especial cuidado para detectar factores adicionales de discriminación en los asuntos en los que participen personas con discapacidad.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

***Se estima pertinente que las y los juzgadores promuevan la eliminación de toda forma de discriminación en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad, por cualquier motivo prohibido para discriminar, y con particular énfasis, por motivos de discapacidad.**

117 Corte IDH. Caso *Furlan y Familiares vs Argentina*, sentencia de 31 de agosto de 2012 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 70.

118 La Observación general No. 5 (personas con discapacidad) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, en su párrafo 5, considera una disposición a este respecto, señalando que “[...] en la medida en que se requiera un tratamiento especial, los Estados parte han de adoptar medidas apropiadas [...] para lograr que dichas personas procuren superar los inconvenientes, en términos de disfrute de los derechos especificados en el pacto, derivados de su discapacidad [...]”.

119 RODRÍGUEZ ZEPEDA, J., *Una idea teórica de la no discriminación*, en DE LA TORRE MARTÍNEZ, C., coordinador, *Derecho a la no discriminación*, UNAM-CONAPRED-CDHDF, México, 2006, pp. 29 a 56.

120 Corte IDH, Caso *Ximenes Lopes vs Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006, párrafo 88.

*Por lo tanto, se sugiere eliminar cualquier trato discriminatorio en relación a las personas con discapacidad que formen parte de un juicio, sin importar la calidad con la que participen y en todas las etapas del procedimiento.

*Asimismo, se sugiere incorporar la perspectiva de la discapacidad y el principio de no discriminación por razones de discapacidad en todos los servicios judiciales.

*Atendiendo a la particularidad de las personas con discapacidad y su recurrente discriminación, en algunos casos resultará necesario que, para evitar actos discriminatorios, no sólo se omita realizar los mismos, sino que las y los jueces lleven a cabo acciones que posibiliten el ejercicio del derecho de acceso a la justicia, para que realmente se vuelva efectivo.

Al respecto, la CDPD en su artículo 13 señala que se deberán realizar *ajustes al procedimiento*.

*Para lograr ese objetivo, es necesario que se tengan en cuenta los diversos tipos de discapacidad que existen, así como las necesidades particulares de la persona con discapacidad en concreto, pues ello coadyuvará para garantizar que las medidas implementadas o ajustes realmente logren una igualdad de oportunidades, y se habilite el ejercicio del derecho de acceso a la justicia que anteriormente estaba restringido.¹²¹

*En ese sentido, se recomienda a las y los juzgadores tener una comunicación directa con la persona con discapacidad involucrada para conocer de manera directa su situación de vida y las medidas que tendrían que implementarse, toda vez que nadie mejor que la persona con discapacidad conoce sus necesidades particulares.¹²²

*Ahora bien, considerando que la CDPD establece que se justifica llevar a cabo *ajustes razonables*, siempre y cuando las modificaciones y adaptaciones que impliquen no impongan una carga desproporcionada e indebida, se estima pertinente que las y los jueces atiendan ese requerimiento caso por caso.

*Sin embargo, aplicando el principio de mayor protección a la persona con discapacidad, se considera que el criterio para llevar a cabo o no un *ajuste*, debe ser ponderado,

121 La Corte IDH, en el Caso Baldeón García vs Perú, en relación con el derecho de acceso a la justicia y el de igualdad y no discriminación señaló que: "Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe tener en cuenta los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas". Sentencia de 06 de abril de 2006, párrafo 202.

122 Borrador de documento elaborado sobre El derecho de acceso a la justicia y las personas con discapacidad, Jornada del 29/11/2005, Aula Magna, Facultad de Derecho (UBA), organizada por Asociación por los derechos civiles –ADC-, British Council de Argentina, Red por los derechos de las personas con discapacidad –REDI-, Buenos Aires, noviembre de 2005. Al respecto, en ese mismo documento se señala que en los casos en los que el Poder Legislativo no legisla para promover la igualdad real, la jurisdicción está facultada a fin de asegurar un real ejercicio de los derechos individuales.

poniendo de relieve la afectación que sufriría la persona con discapacidad en su derecho de acceso a la justicia, en caso de no llevarse a cabo el *ajuste* requerido.

*Por lo tanto, en esos casos se recomienda a las y los jueces adoptar una medida que no implique una carga desproporcionada e indebida, garantizando el respeto del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, en conjunto con su derecho de acceso a la justicia, recordando que se llega a esa situación derivado del incumplimiento por parte del Estado, en su calidad de obligado a adecuar el entorno, para adaptarse a las necesidades particulares de las personas con discapacidad.¹²³

*Todo lo señalado anteriormente aplica no sólo para las diversas etapas en que puede dividirse un determinado proceso, sino también para el caso de la resolución del mismo y en las etapas preparatorias, ya sea que restituya en el ejercicio de un derecho a la persona con discapacidad, o bien, la condene a una sentencia, pues se recomienda que en ambos tipos de resoluciones se consideren los obstáculos a los que se pueden enfrentar las personas con discapacidad, y por lo tanto, las medidas contra la discriminación o los *ajustes* que tendrían que implementarse.

Discriminación múltiple

*Se recomienda a las y los juzgadores poner particular atención a los casos en que participen personas con múltiples discapacidades, ya que ello puede dar pauta a que sean objeto de múltiples discriminaciones.

*Por lo tanto, se estima conveniente considerar el caso en concreto para determinar los diversos ajustes que tendrían que llevarse a cabo para garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia sin discriminación.

*Sin olvidar la recomendación de tener un diálogo directo con la persona con discapacidad, para conocer de primera fuente sus necesidades específicas.

*Asimismo, se estima pertinente que las y los juzgadores, en respeto al principio de igualdad y no discriminación, atiendan otros factores que pueden dar origen a la discriminación múltiple de las personas con discapacidad, por ejemplo cuestiones de origen étnico (personas indígenas), de edad (niñas y niños, personas adultas mayores), o de género (como es el caso de las mujeres o niñas con discapacidad).

*De manera particular se recomienda que los jueces y juezas consideren en todos los asuntos en los que intervengan mujeres con discapacidad, criterios en materia de género, orientados a combatir la desigualdad entre las mujeres y hombres con discapacidad, evitando concebir a la discapacidad como un grupo homogéneo, observando con ello uno de los principios fundamentales de la CDPD, la igualdad entre el hombre y la mujer.

¹²³ Al respecto, se recomienda consultar la definición de *ajustes razonables* proporcionada en el capítulo I, en la que se ahonda acerca de los elementos a considerar para llevar a cabo o no, un *ajuste razonable*.

Para implementar o dotar de contenido esta consideración, se recomienda consultar el *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en septiembre de 2013.¹²⁴

*Las medidas a adoptarse tendrían que estar encaminadas a erradicar los estereotipos de género, fomentar la toma de decisiones de las mujeres con discapacidad, particularmente en cuestiones relacionadas con su salud, su familia, su patrimonio, o cuando sean víctimas de delitos de índole sexual o relacionados con violencia de género, instrumentando un mayor grado de atención en estos últimos supuestos para evitar cualquier abuso en su contra, y por el contrario, estar preparados para cuando se presenten asuntos que involucren a mujeres con discapacidad.^{125/126}

124 Asimismo, se recomienda la consulta del *Manual sobre la transversalidad del género en las políticas de discapacidad*, el cual puede ser consultado en formato digital en la siguiente dirección: [http://www.cermi.es/es-ES/Biblioteca/Lists/Publicaciones/Attachments/288/La%20transversalidad%20del%20genero%20\(2\).pdf](http://www.cermi.es/es-ES/Biblioteca/Lists/Publicaciones/Attachments/288/La%20transversalidad%20del%20genero%20(2).pdf), así como el capítulo *Género, discapacidad y acceso a la justicia*, en CARIGNANO, F., PALACIOS, A., dirigido por ROSALES, P.O.,... Op. cit., pp. 41 a 67.

125 PELÁEZ NARVÁEZ, A., *Género y Discapacidad*, en DE LORENZO, R., Y PÉREZ BUENO, L.C. (Directores), Op. cit., pp. 143 a 173.

126 Sobre el tema de mujeres con discapacidad, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en las Observaciones Finales emitidas a Paraguay, con motivo del informe inicial de ese Estado, recomendó que se "[...] implemente de manera urgente medidas efectivas para la identificación, la prevención y la protección necesarias para combatir las múltiples formas de discriminación y violencia que enfrentan las mujeres y niñas con discapacidad, en particular mujeres y niñas con discapacidad intelectual y psicosocial, y auditiva [...]". Observaciones finales sobre el informe inicial del Paraguay, aprobadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su noveno período de sesiones (15 a 19 de abril de 2013). CRPD/C/PROY/CO/1, Distr. general 15 de mayo de 2013, párrafo 18.

INSTRUMENTO

CDPD, artículos 2 y 9.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.

Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, artículo 3. 1. b) y c).

PRINCIPIO

4. ACCESIBILIDAD¹²⁷

La accesibilidad y su relación con la discapacidad puede ser entendida en dos vertientes:

1. Como un camino para garantizar una efectiva igualdad de oportunidades en el ejercicio de los derechos, y
2. Como un requisito en el diseño de cualquier entorno (físico, de las comunicaciones o de la información, incluidas las tecnologías de la información y de las comunicaciones), o en el de los bienes y servicios.

Sin importar la forma en que sea entendida la accesibilidad, la misma tiene como objetivo eliminar las barreras de tipo físico o actitudinal que constituyen limitaciones para las personas con discapacidad en su autonomía personal, en su interacción con el entorno, o en el ejercicio de sus derechos, obstaculizando su participación social plena y efectiva, así como una forma de vida independiente.

Un factor de gran importancia para la eliminación de ese tipo de barreras lo ha constituido el *diseño universal* o el *diseño para todas las personas*, el cual parte de la idea de que cualquier tipo de entorno, bienes o servicios, está elaborado bajo la perspectiva integral de personas con distintas características y habilidades; tornándose en un sinónimo de *pensado para todos y todas*, con lo cual, la accesibilidad se dota de *universalidad*.

De esa forma, se transita hacia una accesibilidad universal, enfocada no sólo a la supresión de barreras para los distintos tipos de discapacidad, sino a constituirse en un elemento que beneficia a todas las personas, sin importar sus diversidades funcionales.

Por lo tanto, la *accesibilidad universal* se convierte en un presupuesto para que las personas con discapacidad puedan participar y ser incluidas en la sociedad, a no ser discriminadas, y a gozar de una igualdad de oportunidades.

Ahora bien, si se parte del hecho de que:

1. No todos los entornos están diseñados con una perspectiva de accesibilidad universal, o bien,

¹²⁷ ALONSO LÓPEZ, F., *Los ejes determinantes de las políticas de igualdad de oportunidades. La accesibilidad universal y el diseño para todos*, en DE LORENZO, R., Y PÉREZ BUENO, L.C. (Directores), Op. cit., pp. 1209 - 1234.

2. En algunas ocasiones será necesario instrumentar acciones en particular para garantizar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad,

Las autoridades están obligadas a instrumentar los llamados *ajustes razonables* que se aplican en casos concretos, en los que la accesibilidad o el diseño no son suficientes para cubrir las necesidades de las personas con discapacidad.

Para un mayor ahondamiento acerca de este concepto y en general, de las diversas acepciones que adopta la accesibilidad, se invita a consultar el desarrollo del derecho a la accesibilidad, expuesto en el apartado 7 del capítulo I del presente Protocolo.

Acceso a la información

Un ámbito de gran importancia relacionado con el derecho de acceso a la justicia es el de la accesibilidad a la información.

Toda vez que a las personas con discapacidad, independientemente de la calidad con la que participen en un juicio, se les debe brindar la información acerca del procedimiento que van a enfrentar, el rol que van a tener dentro del mismo, y los recursos disponibles con los que cuenta para la defensa de sus intereses (incluidos aquellos relacionados con los derechos humanos de las personas con discapacidad en general, inclusive en los casos en los que la pretensión no se relacione con la discapacidad de la persona), con la finalidad de que el procedimiento sea comprendido y conocido a cabalidad por ellas, y se puedan llevar a cabo los ajustes necesarios para garantizar el acceso a la justicia.¹²⁸

El factor de la comunicación y la comprensión de lo manifestado por cualquier parte en un procedimiento es un elemento que no debe quedar “a medias”, ya que “las obligaciones a cargo del Estado para garantizar el acceso a la justicia no son de mera conducta, sino de diligencia y de resultado. El Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no sólo formal sino real”.¹²⁹

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

***En atención a este principio, se estima conveniente que las y los juzgadores, durante la tramitación de los juicios en que se vean involucradas las personas con discapacidad, y en todas las etapas del mismo, les garanticen su accesibilidad al entorno físico, a las comunicaciones y a la información, así como a las tecnologías de la información y las comunicaciones,¹³⁰ eliminando no sólo las barreras de tipo físico, sino también las actitudinales o hasta las legales que se pudiera presentar (entre otras).**

128 Ver artículo 21 de la CDPD y numerales 51 a 61 de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad.

129 Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad... Op. cit., pp. 33.

130 Así lo establece la regla número 8 de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, adoptadas durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, al disponer que para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia se deben incluir “aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación”.

*Para ello se recomienda atender a los diversos tipos de discapacidad que existen, y de esa forma determinar las acciones que tendrán que instrumentarse para respetar el derecho a la accesibilidad, en su vínculo con el derecho de acceso a la justicia.

En ese sentido es importante relacionar lo señalado en el principio del modelo social y de derechos humanos por lo que a la acreditación de la discapacidad respecta, pues ello permitirá identificar con mayor facilidad el tipo de discapacidad y, por consiguiente, las medidas a implementar.

*Asimismo, resultará recomendable que las y los jueces se vinculen con un equipo multidisciplinario de profesionales en diversas áreas relacionadas con las personas con discapacidad, “[...] para mejorar la respuesta del sistema judicial ante la demanda de justicia [...]” de las personas con discapacidad.¹³¹

*Para ello, además de auxiliarse de peritos en la materia, es de suma importancia que las y los jueces, así como cualquier persona involucrada con las personas con discapacidad en el desarrollo de un juicio, se aseguren, a través de una consulta directa con ellas, que se estén instrumentando las acciones pertinentes, e incluso, que se lleven a cabo los ajustes al *procedimiento* necesarios.

*Acción que tendrá un doble resultado, pues no sólo servirá para determinar si se están implementando los debidos ajustes, sino que permitirá tener una interacción mayor entre las y los operadores jurídicos con las personas con discapacidad, venciendo barreras actitudinales, generadoras de prejuicios y estigmas en contra de las personas con discapacidad.

*En especial se crearán vínculos de confianza con las personas con discapacidad sensorial, intelectual y mental, que requieren de mayor atención, lo cual derivará en un eficaz acceso a la justicia, pues no debe olvidarse “[...] que el desconocimiento respecto del interlocutor constituye para ellas un obstáculo para el acceso a la justicia en igualdad de condiciones con los demás”.¹³²

*Independientemente de las recomendaciones que se enlistarán más adelante respecto a cada tipo de discapacidad en particular, se sugiere a las y los jueces generar conciencia acerca de que en las instalaciones de procuración de justicia esté presente el criterio de *diseño universal* con la finalidad de que ese entorno contemple las necesidades del mayor número de personas.

Por ejemplo, en el caso de existir mostradores, se diseñen contemplando a las personas en silla de ruedas, o a las personas de talla pequeña.

¹³¹ Regla número 41 de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, adoptadas durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

¹³² Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad... Op. cit., pp. 43.

*Asimismo, se recomienda a las y los juzgadores, en caso de que las instalaciones de impartición de justicia no prevean los requerimientos de *accesibilidad y diseño universal*, aplicar los debidos ajustes razonables, pues ello será necesario para garantizar que el derecho de acceso a la justicia sea ejercido por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las personas que no tienen discapacidad.

Por ejemplo, es común que tales ajustes sean implementados cuando la persona con discapacidad comparezca a una audiencia o se le realice alguna entrevista, o cuando se le notifique alguna resolución.

*Llegados a este punto se estima pertinente remitir a los comentarios vertidos en relación a los *ajustes razonables* previstos en el derecho a la accesibilidad, particularmente aquellos enfocados a la ponderación que se sugiere llevar a cabo a las y los jueces en la instrumentación de los mismos.

*Por lo que se refiere al derecho de acceso a la información, relacionado con el derecho de acceso a la justicia, se sugiere a las y los jueces proporcionar toda la información relacionada con el procedimiento desde un inicio, y en todas las etapas del procedimiento.¹³³

*Los datos tienen que ser presentados de manera completa, actualizada y en formatos comprensibles y accesibles.

*A su vez, se recomienda preguntar a la persona con discapacidad cuál es la forma o el medio en que se requiere o se prefiere recibir la información, pues no se debe dar por sentada alguna modalidad.¹³⁴ Por ejemplo, no todas las personas con discapacidad auditiva emplean la Lengua de Señas como medio de comunicación, aun cuando la mayoría de las veces se piense que es así.

*Con mayor énfasis en los casos de personas con discapacidad auditiva, sordo-ceguera, mental y psicosocial, se estima pertinente que las y los jueces, previo a la realización de una actuación judicial, les informen acerca del contenido de la misma, y la forma en cómo se llevará a cabo, así como una descripción breve del lugar dónde se realizará y de las personas que en ella participarán, indicando la función de cada una de ellas o el motivo de su presencia.¹³⁵

Lo anterior, con la finalidad de que se familiaricen con el procedimiento y con los datos o información relevante que en él se tratarán.

*Inclusive, se recomienda que todas las personas asistentes a la actuación judicial estén informadas de quiénes intervendrán en el acto, sobre todo cuando existe personal de

¹³³ Numeral 54 de las 100 Reglas de Brasilia sobre *Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad*.

¹³⁴ *Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad... Op. cit.*, pp. 34.

¹³⁵ *Ibidem*, pp. 45.

apoyo (intérpretes), auxilio animal (como perros guía) o algún tipo de ayuda técnica¹³⁶ por parte de las personas con discapacidad, para evitar confusiones, sorpresas o tensión durante la tramitación de la misma,¹³⁷ sobre todo porque en muchas ocasiones las personas que no tienen una discapacidad no están familiarizadas con estos elementos.

*Si bien la siguiente recomendación no se relaciona directamente con la actuación de fondo de las y los jueces, se estima pertinente señalarla, con la finalidad de que las áreas administrativas de los centros de impartición de justicia, como una medida para la implementación de una accesibilidad adecuada en los mismos, incluyan en la formulación de sus respectivos presupuestos anuales una partida destinada exclusivamente a gastos relacionados con la accesibilidad, misma que tenga el carácter de progresiva, garantizando que tales recursos no se disminuyan, y por el contrario siempre se incrementen para lograr que la accesibilidad en los centros de impartición de justicia se realice en un determinado período de tiempo.

A continuación se exponen algunas medidas, que sin pretender ser exhaustivas, se recomienda tomar en cuenta por parte de las y los juzgadores para garantizar la accesibilidad al entorno físico, a las comunicaciones y a la información, atendiendo a los diferentes tipos de discapacidad:

1. Discapacidad física o motriz

*Se sugiere que el entorno físico no sea un impedimento para su movilidad y desplazamiento por las instalaciones u oficinas de los centros de impartición de justicia, tal cual lo dispone la Regla número 77 de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas con Condición de Vulnerabilidad.¹³⁸

*Para ello, será necesario indicar en el entorno físico todo tipo de señalización que facilite el desplazamiento de las personas con discapacidad, así como las rutas a seguir para acudir a los espacios en los que se desarrollen los procesos judiciales.

*En algunos casos se requerirá contar con algún tipo de apoyo o asistencia humana que facilite el desplazamiento de las personas con discapacidad motriz por los edificios judiciales.

¹³⁶ De conformidad con el artículo 2, fracción IV de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, ordenamiento jurídico vigente en México, por “ayudas técnicas” se entienden los “dispositivos tecnológicos y materiales que permiten habilitar, rehabilitar o compensar una o más limitaciones funcionales, motrices, sensoriales o intelectuales de las personas con discapacidad. En estas se deben incluir los conceptos de órtesis y prótesis.

Una órtesis es un dispositivo que se aplica a una persona cuyo propósito es sostener, asistir, o adaptar una diversidad funcional, por ejemplo los objetos que quizás son conocidos como apoyos, tablillas, collares, corsés, o vendajes, por su parte, las prótesis son aquellos elementos que sustituyen una pieza del cuerpo que está ausente, como puede ser una extremidad superior o inferior. <http://cirrie.buffalo.edu/encyclopedia/es/article/250/>, consultada el 20 de diciembre de 2013.

¹³⁷ *Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad... Op. cit.*, pp. 47.

¹³⁸ “Se facilitará la accesibilidad de las personas con discapacidad a la celebración del acto judicial en el que deban intervenir, y se promoverá en particular la reducción de barreras arquitectónicas, facilitando tanto el acceso como la estancia en los edificios judiciales”.

2. Discapacidad visual

*Es pertinente que las oficinas en las que se desarrollen actos procesales cuenten con mecanismos, ya sean técnicos o humanos, para poder emitir documentos en Sistema de Escritura Braille, y garantizar por ese medio, el acceso a la información y comunicación de las personas con discapacidad visual.

*Asimismo, se recomienda aplicar otros medios alternativos de comunicación e información, como pueden ser los dispositivos multimedia,¹³⁹ los medios de voz digitalizada, o bien, otro tipo de ayudas, ya sean humanos¹⁴⁰ o técnicos, atendiendo en este último caso a las tecnologías de la información y las comunicaciones.¹⁴¹

Sobre todo este tipo de *ajustes* se deben prever para el caso de notificaciones, firmas de actas, o cualquier otro documento, por lo que se debe tomar en cuenta esta situación por parte de las y los notificadores, quienes tienen que tener conocimiento de que notificarán a una persona con discapacidad visual y estar preparados con la información en un formato accesible para aquellas.

*En última instancia lo que se pretende asegurar, sea cual sea el medio de comunicación empleado, es que las personas con discapacidad visual realmente comprendan la información transmitida por las y los juzgadores y por cualquier personal del juzgado, así como que ellos comprendan la comunicación de las personas con discapacidad.

*Para garantizar un adecuado desplazamiento y movilidad de las personas con discapacidad visual, se estima necesario autorizar el acceso a las instalaciones judiciales de la asistencia animal que en algunas ocasiones emplean esas personas, como lo son los perros guía.¹⁴²

*Asimismo, para lograr ese mismo fin se sugiere contar con señalización en Sistema de Escritura Braille en todos los edificios en los que se brinda un servicio judicial,¹⁴³ mecanismos que proporcionen información sonora al entrar y salir de un espacio, utilización de colores que faciliten la orientación de las personas con baja visión, así como grabación sonora.¹⁴⁴

¹³⁹ Los dispositivos multimedia son elementos hardware que permiten la captura o emisión de información multimedia, texto, imagen o sonido. http://www.cpraviles.com/materiales/pcpi/PCPI/index59fa.html?page_id=1279, consultada el 01 de junio de 2013.

¹⁴⁰ En el estudio del concepto de violación del juicio de amparo 806/2011-I, radicado ante el Juzgado Quinto de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región en México, promovido por una persona con discapacidad visual ante un emplazamiento indebido en términos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (México), se señaló que aun cuando se había cumplido con los requisitos previstos en ese código procedimental, “[...]ante la manifestación expresa del quejoso de su problema visual, el notificador estaba obligado a allegarse de todos los medios posibles para que el quejoso estuviera en posibilidades de entender el motivo de su presencia, como sería leerle en voz alta el contenido de los autos a notificar, para así no obligarlo a firmar un documento [...] cuyo contenido desconoce por tener discapacidad visual, con lo cual lo limita a su derecho fundamental de acceso efectivo a la justicia”. El resultado es propio.

¹⁴¹ Regla número 55 de las 100 Reglas de Brasilia sobre *Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad*, adoptadas durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana / CDPD, artículo 9, numeral 2, inciso g). Cabe destacar que el uso del Internet se incluye en estos supuestos, por lo que debe existir un adecuado nivel de accesibilidad en las páginas electrónicas de los tribunales o entidades donde se tramiten cualquier tipo de juicios.

¹⁴² CDPD, artículo 9, numeral 2, inciso e), y LGIPD, artículo 2, fracción XX.

¹⁴³ CDPD, artículo 9, numeral 2, inciso d).

¹⁴⁴ *Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad... Op. cit.*, pp. 40.

*Un elemento que resulta de gran ayuda para las personas con discapacidad visual es el uso de bastón, por lo que éste no debe ser tomado o movido por ninguna persona más que por la persona con discapacidad visual.

*Para auxiliar a las personas con discapacidad visual en su ubicación espacial, es recomendable que siempre se brinde una explicación del lugar dónde se encuentran para que puedan tener una idea de las dimensiones y los objetos que están a su alrededor, evitando el uso de expresiones que hagan alusión a una posición en el espacio, como por ejemplo “aquí”, “allá”, “cerca”, pues es evidente que no les resultarán de utilidad a las personas con discapacidad visual.¹⁴⁵

*También es recomendable que todas las personas que intervengan por primera vez en una diligencia o actuación judicial se presenten al llegar o salir del lugar donde se realicen, pues ello también ayudará a la persona con discapacidad visual a comprender mejor su ubicación espacial.¹⁴⁶

3. Discapacidad auditiva

*Al igual que sucede en el caso de las personas con discapacidad visual, para asegurar que las personas con discapacidad auditiva comprendan el alcance del procedimiento y su significado, así como toda la información que les sea proporcionada por las y los jueces y demás personal del juzgado, se debe promover el uso de diversos medios de comunicación que sean accesibles, además de que se sugiere el empleo de un lenguaje sencillo y con estructuras gramaticales fáciles de comprender.

*Tal es el caso de los servicios de una persona intérprete de Lengua de Señas, de guía-intérpretes o cualquier otro medio de comunicación, incluyendo los derivados de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones,⁶⁶¹⁴⁷ que a su vez también sean capaces de reproducir de manera fidedigna la postura de las personas con discapacidad auditiva a las y los jueces y demás personal de los juzgados.

Sobra decir que este tipo de apoyos debe estar presente en todo momento durante el juicio, y no sólo en aquellas etapas en las que se comuniquen las y los jueces con las personas con discapacidad auditiva.

*En el caso de las personas con discapacidad auditiva que empleen a una persona intérprete en Lengua de Señas para poder comunicarse, se recuerda a las y los jueces que éste es un derecho que debe ser garantizado en todos los juicios en los que intervengan, sin importar el carácter con el que lo hagan.¹⁴⁸

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 55.

¹⁴⁶ *Ibidem*, pp. 56.

¹⁴⁷ Regla número 55 in fine de las 100 Reglas de Brasilia sobre *Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad*, adoptadas durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, y artículo 21 de la CDPD.

¹⁴⁸ La CDPD la considera un tipo de comunicación, por así señalarlo su artículo 2.

Por lo tanto, se estima conveniente que las y los juzgadores pregunten a la persona con discapacidad auditiva si requiere del uso de la persona intérprete de Lengua de Señas, para que ésta sea nombrada sin esperar a que la persona interesada lo solicite.¹⁴⁹

*Así como existen personas con discapacidad auditiva que se auxilian de una persona intérprete en Lengua de Señas para su comunicación, existen otras que emplean la modalidad oral y realizan lectura labial. Por lo tanto, se recomienda a las y los juzgadores cerciorarse de que las personas hayan comprendido la información de lo que hayan leído.¹⁵⁰

Asimismo, se sugiere que la o el juzgador “[...] se ubique dentro del campo visual de la persona con discapacidad, articule y module las palabras correctamente a un ritmo moderado, con o sin voz, por pedido expreso de la persona”.¹⁵¹

*En caso de que sean varias las personas las que van a intervenir en la comunicación, será más fácil para las personas con discapacidad auditiva el que se coloquen en un círculo y se respete el turno de cada persona para poder hablar.¹⁵²

*En algunas ocasiones será necesario otorgar un plazo mayor para comunicarse a las personas con discapacidad auditiva y sordociegas, por lo que la o el juzgador no debe mostrar impaciencia, o solicitar se apresure en la manifestación de sus ideas.

*Se sugiere que en los casos en que la persona con discapacidad auditiva se auxilie de una tercera persona, principalmente de un familiar oyente, se tenga contacto directo con la persona con discapacidad auditiva, pues no debe perderse esa relación, ni restarle credibilidad a su palabra.¹⁵³

*Para garantizar un desplazamiento eficaz por las instalaciones de impartición de justicia, se sugiere que en ellas se cuente con información en formato digital, a través de pantallas que indiquen el sitio de las diversas oficinas a las que comúnmente se tiene que acudir para la tramitación de un juicio.

149 Artículo 9, numeral 2, inciso e), de la CDPD.

Se hace la precisión de que las personas intérpretes de Lengua de Señas deberían ser personas peritas en la materia, o certificadas, ya que lo que se pretende es que no existan fallas o tergiversaciones en la interpretación de dicha Lengua, las cuales se presentan principalmente cuando dicha interpretación es llevada a cabo por personas que no cuentan con la debida preparación para desempeñarla (como podría ser el caso de familiares), aunado a que en estos casos puede existir un conflicto de intereses. Asimismo, se estima conveniente que las personas intérpretes tengan conocimientos en materia jurídica, ya que existe el riesgo de que ante el empleo de términos técnicos o especializados por parte de las y los juzgadores, o en general, por el personal del tribunal, la interpretación se lleve a cabo de forma incompleta, por la dificultad para transmitir la idea expresada.

150 *Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad... Op. cit.*, pp. 33.

151 *Ibidem*, pp. 34.

152 *Ibidem*, pp. 56.

153 *Ibidem*, pp. 37.

4. Discapacidad intelectual¹⁵⁴

***Considerando que las personas con discapacidad intelectual pueden requerir una explicación en lenguaje sencillo u otros medios alternativos de comunicación, así como de otros tiempos para entablar un diálogo, dentro de las acciones que se podrían adoptar por parte de las y los juzgadores se encuentran:**

- **Utilizar un lenguaje (oral o escrito) simple, con estructuras gramaticales comprensibles, en todo tipo de notificación, requerimiento, actuación, comparecencia y resolución que se dicte con motivo del juicio, evitando el uso de tecnicismos.**
- **Emplear formatos de fácil lectura y comprensión para las resoluciones que se emitan con motivo del juicio de que se trate.^{155/156}**

Cabe aclarar que el lenguaje empleado, así como el formato de fácil lectura podrá variar, atendiendo a las necesidades particulares de la persona con discapacidad intelectual, considerando que pueden existir diversos grados de la discapacidad.

***De manera particular se llama la atención por lo que respecta a las diligencias de notificación, pues en este caso las y los notificadores deben tomar conciencia de la discapacidad que tiene la persona a la cual van a notificar, y tener conocimiento de la forma en que debe brindarse la información, utilizando en este caso un lenguaje sencillo, accesible, evitando el uso de tecnicismos.**

Sobre todo se deben asegurar que en los casos de una notificación personal, ésta se lleve a cabo de esa manera, pues en algunas ocasiones las personas con discapacidad intelectual se encuentran internadas en centros o residencias de cuidado o centros de salud, y la notificación se realiza a través del personal de esos lugares, sin constatar que realmente sea del conocimiento de la persona con discapacidad. Además de que puede tratarse de un procedimiento relacionado con la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, siendo muy común que no se enteren que están siendo sometidas a un juicio de esta naturaleza.¹⁵⁷

***Otro ajuste que las y los jueces podrían llevar a cabo en relación a las personas con discapacidad intelectual, es permitir la presencia de alguna persona de su confianza que les pueda apoyar en el proceso de comunicación y/o comprensión, ya sea un profesional en discapacidad, un familiar, alguna organización de personas con discapacidad, un servicio comunitario de apoyo, entre otros.¹⁵⁸**

¹⁵⁴ *Ibidem*, pp. 33, 36 y 37.

¹⁵⁵ Tal como sucedió en la resolución del Amparo en Revisión 159/2013 por parte de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México, en el cual, como un complemento de la sentencia en formato "tradicional", y sin que sustituya a ésta, se emitió un formato de fácil lectura, evitando los tecnicismos y un lenguaje abstracto, sustituyéndolo por uno simple de uso cotidiano, con párrafos cortos y ejemplos.

¹⁵⁶ Reglas número 59, 60 y 61 de las 100 *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad*, adoptadas durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

¹⁵⁷ *Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad...* *Op. cit.*, pp. 49 y 50.

¹⁵⁸ Regla 65 de las 100 *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad*, adoptadas durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

Lo anterior no significa que las y los juzgadores se refieran o comuniquen con esas personas de apoyo, pues en todo momento lo deben hacer directamente con las personas con discapacidad intelectual para evitar que la información se tergiverse, haciéndolo a través de un lenguaje sencillo y evitando sobreactuaciones.

*Ante una duda por parte de la persona con discapacidad intelectual de alguna parte del procedimiento, se recomienda a la o el juzgador, volver a explicar la situación, empleando un lenguaje más sencillo.

*Considerando que las personas con discapacidad intelectual requieren de un tiempo más prolongado para comunicarse, se estima pertinente que la o el juez no apresure la manifestación de ideas por parte de la persona con discapacidad, ni tampoco demuestre impaciencia por acelerar el proceso.

*En caso de que la lo el juez tenga duda acerca de lo manifestado por parte de la persona con discapacidad intelectual, se recomienda que se dirija a ella nuevamente para preguntarle acerca de aquello que no ha comprendido, empleando un lenguaje claro, evitando sobreactuaciones.

Todo lo señalado anteriormente constituirá ajustes al procedimiento para garantizar que la persona con discapacidad intelectual cuente con toda la información relacionada con el procedimiento en el cual interviene, y comprenda en su generalidad el alcance y significado del mismo.¹⁵⁹

5. Discapacidad mental o psicosocial¹⁶⁰

*Las personas con discapacidad mental o psicosocial en algunas ocasiones necesitan un tiempo mayor para procesar la información, así como formatos más accesibles para la comprensión de la misma.

Por ello se sugiere el empleo de un lenguaje sencillo en todas las actuaciones judiciales, sea oral o escrito, en el cual no se empleen oraciones largas, ni tecnicismos, y se fomente el uso de formatos de fácil lectura.¹⁶¹

*De manera particular se llama la atención por lo que respecta a las diligencias de notificación, pues en este caso las y los notificadores deben tomar conciencia de la discapacidad que tiene la persona a la cual van a notificar, y tener conocimiento de la forma en que debe brindarse la información, utilizando en este caso un lenguaje sencillo, accesible, evitando el uso de tecnicismos.

159 Reglas número 51, 58, 63 y 72 de las 100 Reglas de Brasilia sobre *Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad*, adoptadas durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

160 *Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad...* Op. cit., pp. 33, 36, 37.

161 Reglas número 59, 60 y 61 de las 100 Reglas de Brasilia sobre *Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad*, adoptadas durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

Sobre todo se deben asegurar que en los casos de una notificación personal, ésta se lleve a cabo de esa manera, pues en algunas ocasiones las personas con discapacidad mental se encuentran internadas en centros psiquiátricos o residencias de cuidado, y la notificación se realiza a través del personal de esos lugares, sin constatar que realmente sea del conocimiento de la persona con discapacidad. Tomando en cuenta que puede tratarse de un procedimiento relacionado con la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, siendo muy común que no se enteren que están siendo sometidas a un juicio de esta naturaleza.¹⁶²

*Otro ajuste que las y los jueces podrían llevar a cabo en relación a las personas con discapacidad mental es permitir la presencia de alguna persona de su confianza que les pueda explicar el significado de las cosas. Ya sea un profesional en discapacidad, un familiar, alguna organización de personas con discapacidad, un servicio comunitario de apoyo, entre otros.¹⁶³

Situación que no debe implicar que las y los juzgadores entablen comunicación directa con esas personas, pues no deben perder el vínculo directo con las personas con discapacidad mental.

*Asimismo se recomienda que las y los jueces se auxilien de un equipo interdisciplinario que coadyuve con ellos para facilitar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad mental.

*Ante una duda o incompreensión por parte de la persona con discapacidad mental de alguna parte del procedimiento, se recomienda a la o el juzgador volver a explicar la situación, empleando un lenguaje más sencillo.

*Considerando que las personas con discapacidad mental requieren de un tiempo más prolongado para manifestarse, se estima pertinente que la o el juez no apresure la expresión de ideas por parte de la persona con discapacidad, ni tampoco demuestre impaciencia por acelerar el proceso.

*En caso de que la o el juez tenga duda acerca de lo manifestado por parte de la persona con discapacidad mental, se recomienda que se dirija a ella nuevamente para preguntarle acerca de aquello que no ha comprendido, empleando un lenguaje claro, evitando sobreactuaciones.

No se debe perder de vista que todos los ajustes señalados deben orientarse a promover un efectivo entendimiento de la situación y de todo el acto procesal por parte de la persona con discapacidad mental.

¹⁶² Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad... *Op. cit.*, pp. 49 y 50.

¹⁶³ Regla 65 de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, adoptadas durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

INSTRUMENTO

CDPD, artículos 4, numeral 1, incisos a) y b); y 12.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 16.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 3.

Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, sobre la necesidad de interpretar el artículo 1.2, inciso b) *in fine*, de la *Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*, en el marco del artículo 12 de la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.¹⁶⁴

PRINCIPIO

5. RESPETO DE LA DIGNIDAD INHERENTE, LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL, INCLUIDA LA LIBERTAD DE TOMAR LAS PROPIAS DECISIONES Y LA INDEPENDENCIA DE LAS PERSONAS¹⁶⁴

La aceptación de un nuevo modelo de la discapacidad, como lo es el social y de derechos humanos, ha provocado que otros paradigmas vinculados al modelo médico y asistencialista sean objeto de cuestionamiento.

Tal es el caso de la declaración del estado de interdicción, que conlleva la restricción a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad a través de la figura de un tutor, y que resulta aplicable a todos los tipos de discapacidad, con mayor fuerza en las de tipo mental o psicosocial, e intelectual.

De esta manera, el modelo social y de derechos humanos ha propuesto, en relación a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, un nuevo sistema, en el que partiendo del reconocimiento de su derecho a igual reconocimiento como persona ante la ley, el eje principal son las personas, su voluntad y preferencias, siendo sus características esenciales las siguientes:

1. **Se reconoce la personalidad y la capacidad jurídica a todas las personas con discapacidad**, sin importar su tipo o grado de discapacidad, en igualdad de condiciones que el resto de las personas sin discapacidad.
2. **Se centra la atención en la voluntad, preferencias y libertad en la toma de decisiones de las personas con discapacidad**, y no en la del tutor u otras personas.

Se respeta su derecho a opinar en todos los asuntos que les afecten, y su garantía de audiencia.

¹⁶⁴ Adoptada en la Primera Reunión Extraordinaria del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, 4 y 5 de mayo de 2011. OEA/Ser. L/XXIV.3.1. CEDDIS/doc.12 (I-E/11) Rev. 1. 28 de abril 2011.

Contrario a criterios que regían en el modelo de sustitución en la toma de decisiones, el modelo de apoyo no se basa en la sabiduría para la adopción de aquellas decisiones, sino simplemente en la libertad de las personas para asumirlas.

“No cuestiona la sabiduría de las elecciones de la persona, sino que permite a todos y todas afrontar la dignidad del riesgo. Ayuda a la persona a entender la información y a tomar decisiones, basadas en sus propias preferencias”.¹⁶⁵

3. Se brinda a las personas con discapacidad un sistema de apoyos (legales y sociales) que las auxilien en la toma de decisiones cuando así lo requieran, sin que ello implique que se sustituyan en la voluntad de la persona con discapacidad, y sin que éstas pierdan su derecho a la toma de decisiones; es decir, es un sistema no invasivo, que atiende al caso en concreto, existiendo distintos niveles de apoyo.

4. Se establece un sistema de salvaguardias que deberá implementarse para asegurar que las personas que proporcionarán apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica no lleguen a abusar y sustituir la voluntad de las mismas.

Es decir, cualquier apoyo que se brinde debe ser proporcional y adaptado a las circunstancias de la persona con discapacidad, aplicadas el menor tiempo posible, libre de todo tipo de conflictos de interés o influencias indebidas, y sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial.¹⁶⁶

En resumen, el sistema de apoyos en la toma de decisiones implica que “[...] la persona con discapacidad no necesita ser privada de su capacidad de ejercicio por un tutor que “sustituya” su voluntad, sino que sea “asistida” para adoptar decisiones legales, como cualquier otra persona sería asistida en el mundo legal, a través de canales de apoyo especializados [...]”.¹⁶⁷

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

***Se sugiere que las y los juzgadores reconozcan a todas las personas con discapacidad, sin distinción alguna entre los tipos y grados de discapacidad, su personalidad jurídica, así como la capacidad jurídica¹⁶⁸ para ser titulares de derechos y obligaciones, y su aptitud para ejercer los primeros y contraer las segundas.¹⁶⁹**

***Este principio se recomienda aplicar en todas las etapas del procedimiento en el que intervenga la persona con discapacidad.**

¹⁶⁵ PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad...*, Op. cit., pp. 430.

¹⁶⁶ Artículo 12, numeral 4 de la CDPD.

¹⁶⁷ Rehabilitación Internacional; Consejo Nacional para las Personas con Discapacidad... Op. cit., pp. 10.

¹⁶⁸ Entendida en sus dos vertientes, tanto capacidad de goce como capacidad de ejercicio.

¹⁶⁹ Un primer acercamiento a esta temática por parte del sistema jurídico mexicano es la resolución del Amparo en Revisión 159/2013.

*En los casos relacionados con la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, se estima conveniente aplicar la presunción derivada del artículo 12 de la CDPD, es decir, aquella que establece que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica.

*Y en todo caso, si se considera que para ejercerla requieren de algún apoyo o asistencia (modelo de asistencia en la toma de decisiones), se recomienda allegarse de los medios idóneos para estar en posibilidad de determinar de qué tipo será la ayuda y en qué grado se brindará.

*En todo momento se recomienda a las y los jueces brindar información a la persona acerca del procedimiento que se inicie en relación a la determinación de su capacidad jurídica, así como respecto al alcance y efectos del mismo, pues es una práctica generalizada que las personas no se enteren de esos juicios.

*Se recomienda a las y los jueces se abstengan de continuar aprobando nuevos casos de interdicción de personas con discapacidad, y adoptar el modelo de apoyo en la toma de decisiones, con la finalidad de que no se les continúe negando el reconocimiento de su capacidad jurídica y su libertad para tomar sus propias decisiones.

La impartición de cursos y capacitación en el tema constituyen una buena herramienta para que las y los operadores jurídicos comiencen a adentrarse y familiarizarse con el modelo de apoyo previsto en la CDPD.

*Incluso, se recomienda a las y los juzgadores dejar de aplicar el modelo de sustitución, bajo la excusa de no contar con un sistema de apoyos, toda vez que en todos estos casos resulta primordial la aplicación del principio de mayor protección a la persona con discapacidad, en beneficio de la expresión de su voluntad, preferencias, y de su libertad de toma de decisiones por ella misma.

*Lo anterior cobra especial relevancia en el caso de las personas con discapacidad auditiva, mental o psicosocial, e intelectual, ya que son los tipos de discapacidad que tradicionalmente, más no de forma exclusiva, son objeto de una declaratoria de interdicción, bajo el argumento de que no pueden expresar su voluntad por ellas mismas, por el solo hecho de tener una diversidad funcional.

*Se sugiere que uno de los puntos de partida sea la presunción de que las personas con discapacidad auditiva, mental e intelectual pueden y deben expresar su voluntad en todos los asuntos que les afecten, siendo auxiliadas (cuando así lo requieran) por sistemas de apoyo atendiendo a cada caso en concreto. Y cuya manifestación de voluntad debe ser respetada por todas las autoridades de impartición de justicia.

*En particular, se recomienda poner mayor énfasis por lo que a las personas con discapacidad auditiva, mental e intelectual respecta en materia de su tratamiento o internamiento psiquiátrico (terapia de electro-shock, implantes cocleares, cirugías,

esterilizaciones), con la finalidad de que en este tipo de cuestiones personalísimas manifiesten en todo momento su voluntad y toma de decisiones mediante un consentimiento informado, a través de los apoyos que requieran en su caso,¹⁷⁰ evitando con ello afectaciones a su derecho a la integridad personal, así como la comisión de malos tratos, abusos, violencia y explotación en su persona.

***Considerando que el cambio de un modelo de sustitución a un modelo de apoyo llevará tiempo, y no podrá implementarse de un día para otro, se sugiere a las y los juzgadores revisar ampliamente los sistemas de interdicción y de restricciones a la capacidad jurídica que se encuentran vigentes en la jurisdicción que les corresponda, para comenzar un proceso de transición.¹⁷¹**

***Proceso orientado a un sistema de adopción de decisiones asistido, entendiendo por tal “[...] el proceso por el que una persona con discapacidad está habilitada para adoptar y comunicar decisiones con respecto a cuestiones personales o jurídicas; y el establecimiento de normas que precisen las facultades de quienes prestan el apoyo y su responsabilidad”.^{172/173}**

***En ese sentido, para determinar el grado en que una persona con discapacidad requerirá de un sistema de apoyo en la toma de decisiones, será conveniente que las y los juzgadores analicen cada caso en concreto, pues cada persona con discapacidad tiene requerimientos particulares que no podrán aplicarse como criterios generales para el resto de los asuntos.**

170 Corte IDH, Caso Ximenes Lopes vs Brasil, sentencia de 4 de julio de 2006, párrafo 12.

171 Proceso que evidentemente tendrá que ir acompañado de sus correlativas medidas legislativas.

Este tema en particular fue objeto de comentarios durante las negociaciones respecto de la adopción del modelo de apoyo en la toma de decisiones en la CDPD, en particular por una organización de personas con discapacidad: *International Disability Caucus*. Y lo que se cuestionaba era si los inconvenientes para la implementación del contenido de la CDPD serían la causa para incluir o no ciertas normas jurídicas en ella, sobre todo si se partía del hecho de que dichas normas serían “[...] la base de todos los futuros discursos sobre los derechos de las personas con discapacidad”. Así que lo que se manifestó en su momento por dicha organización fue que si las fallas subsisten en el derecho interno de los países, con mayor razón la CDPD tenía que incorporar normas jurídicas que renovaran esos derechos, señalando para el caso del modelo de asistencia en la toma de decisiones que cada Estado parte sería el que en su regulación interna tendría que prever los mecanismos o el procedimiento adecuado para implementarlo. PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad...*, Op. cit., pp. 436.

172 El resaltado es propio. Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, sobre la necesidad de interpretar el artículo 1.2, inciso b) in fine, de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

173 El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha recomendado a Paraguay, en sus Observaciones finales emitidas a dicho Estado que “derogue las disposiciones legales del Código Civil que regulan el proceso de inhabilitación judicial por motivos de discapacidad y adopte un mecanismo de revisión independiente con el objeto de restablecer plenamente los derechos a las personas que han sido declaradas inhábiles judicialmente. Así mismo, recomienda al Estado parte que establezca mecanismos de salvaguarda necesarios para las personas con discapacidad y desarrolle un modelo de apoyo en el proceso de toma de decisiones que sea respetuoso de la autonomía, voluntad y preferencias de la persona así como el respeto de su derecho al consentimiento libre e informado para tratamiento médico, acceder a la justicia, votar, contraer matrimonio y elegir un lugar de residencia, entre otros.” Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial del Paraguay, aprobadas en su noveno período de sesiones, CRPD/C/PRY/CO/1, 15 de mayo de 2013, párrafo 30.

En el mismo sentido véase: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sexto período de sesiones (19 a 23 de septiembre de 2011). CRPD/C/ESP/CO/1, Distr. general 19 de octubre de 2011, párrafo 34.

*Para ello se sugiere tener un acercamiento directo con las personas con discapacidad, quienes tienen perspectivas únicas acerca de su situación y de sus formas de vida,¹⁷⁴ así como tomar en cuenta otras circunstancias contextuales como su género,¹⁷⁵ edad, origen étnico, condición sociocultural, entre otras.

*Por otra parte, de manera adicional al punto anterior, se sugiere que las y los jueces se auxilien a su vez de un equipo interdisciplinario (personas expertas en psicología, derecho, trabajo social, sociología, medicina, entre otras ramas), con experiencia en discapacidad y con una visión a partir del modelo social y de derechos humanos (particularmente en los casos de las personas con discapacidad intelectual y mental o psicossocial), el cual tendrá la tarea, en su calidad de técnicos auxiliares de la justicia, de sustentar su argumentación en un informe o dictamen pericial que establezca si la persona con discapacidad requiere o no de asistencia en la toma de decisiones, a partir de sus potencialidades y funcionalidades.¹⁷⁶

*Por lo tanto, una vez determinada esa situación, las y los jueces contarán con las herramientas para estar en posibilidad de señalar el tipo y grado de apoyo que tendrán que brindarles a las personas con discapacidad, así como el período de duración del mismo. Asistencia diseñada a la medida de sus necesidades y requerimientos (pues debe tenerse muy presente la opinión de las personas con discapacidad), y con pleno respeto a su autonomía y libertad.

Lo anterior, inhibirá que las y los juzgadores actúen de una manera sobreprotectora en relación a las personas con discapacidad, brindando un apoyo mayor al requerido, e inhibiendo su autonomía.¹⁷⁷

*Algunos ejemplos de apoyo podrían ser las personas de confianza, las y los defensores personales, o los servicios comunitarios de apoyo, sólo por citar algunos.

*Cabe resaltar que aun cuando la persona con discapacidad requiera de un alto nivel de asistencia, ello no será motivo para que sea excluida del proceso y de la toma de decisiones que le afecten, pues en todo momento su autonomía tiene que ser respetada a través de la persona encargada de brindar asistencia, facilitando la autodeterminación en la toma de decisiones.¹⁷⁸

174 Organización Mundial de la Salud, Banco Mundial, *Resumen. Informe Mundial sobre la Discapacidad*, Organización Mundial de la Salud, 2011, pp. 20.

175 CARIGNANO, F., PALACIOS, A., dirigido por ROSALES, P.O., Op. cit., pp. 43.

176 Borrador de documento elaborado sobre *El derecho de acceso a la justicia y las personas con discapacidad*, Jornada del 29/11/2005, Aula Magna, Facultad de Derecho (UBA), organizada por Asociación por los derechos civiles –ADC-, British Council de Argentina, Red por los derechos de las personas con discapacidad –REDI-, Buenos Aires, noviembre de 2005.

177 *Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad... Op. cit.*, pp. 35.

178 GONZÁLEZ RAMOS, A.K., Op. cit., pp. 59.

*La existencia de un apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica no da pauta para que las y los juzgadores se dirijan a esa persona de auxilio, ya que es con la persona con discapacidad con quien deben entablar comunicación directa en todo momento.

*Para ello se sugiere no emplear palabras en diminutivo o un tono de voz sobreactuado, sino actuar con naturalidad y utilizar un lenguaje sencillo, “evitando la pérdida del rigor técnico exigible en el servicio de justicia”.¹⁷⁹

*Por otra parte, se sugiere a las y los jueces, una vez señalado el grado de apoyo que requieran las personas con discapacidad, determinen las salvaguardias necesarias para evitar que las personas que brindarán la asistencia abusen de su participación, y actúen siempre atendiendo a los deseos y necesidades de las personas con discapacidad.

*Asimismo, no se debe olvidar que es posible que en el transcurso del tiempo que se implemente el sistema de apoyo en la toma de decisiones, el estado de la persona con discapacidad se modifique, y sea necesario un mayor o menor grado de asistencia; situación que podrá llevarse a cabo, previa valoración por parte de la persona juzgadora, allegándose de todos los medios que estime convenientes para llegar a esa conclusión.

Personas privadas de su libertad

*Se estima pertinente que las y los jueces tengan presente que una privación de libertad no está justificada por el hecho de tener una discapacidad (artículo 14, párrafo 1, inciso b) de la CDPD).

Esta situación se destaca ya que es muy común, violentando su derecho a la autonomía y a la libertad de tomar sus propias decisiones, que las personas con discapacidad sean recluidas, sin su consentimiento, en residencias de cuidado o instituciones de salud.

*En caso de que la privación de la libertad sea legítima, por la comisión de algún delito por parte de la persona con discapacidad, se requiere que las y los jueces dicten las medidas necesarias para tener en cuenta las necesidades particulares de una persona con discapacidad, con especial énfasis en aquellas referidas a su accesibilidad, pues la falta de observancia de las mismas, puede traducirse en un trato inhumano y degradante en su persona.¹⁸⁰

179 *Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad... Op. cit.*, pp. 36.

180 Una ciudadana inglesa alegó actos vejatorios y degradantes durante los días que estuvo en prisión, ya que “[...] no se le había permitido llevar consigo un cargador de batería de su silla de ruedas porque según el personal penitenciario ello se consideraba un lujo [...] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió que encarcelar a una persona con discapacidad severa en condiciones de frío ambiental peligrosas, con el riesgo de desarrollar dolores debido a que su cama es demasiado dura o inalcanzable, y sin posibilidad de ir al baño o mantenerse limpia sin la mayor de las dificultades, constituye un trato degradante y por lo tanto violatorio del artículo 3 del Convenio citado”. Nota a pie de página número 631 en PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad...*, *Op. cit.*, pp. 291.

*Es común que ante la comisión de un delito que probablemente haya sido cometido por una persona con discapacidad mental, intelectual o sensorial, se busque reducir la investigación, y declarar la inimputabilidad de la persona, sin cerciorarse si el hecho realmente ocurrió, si la persona participó en él, o si en verdad constituye un delito.¹⁸¹

En esos supuestos se estima pertinente que las y los jueces, respetando las garantías del debido proceso, escuchen a las personas con discapacidad y puedan con ello tener un conocimiento a fondo de lo sucedido, removiendo prácticas que vinculan algún tipo de discapacidad con la inimputabilidad de la persona, alegando que no puede comprender el significado del hecho.

Además de que lo grave de la situación es que esos casos terminan con una resolución que impone una medida de seguridad, equivalente a la restricción de la libertad.

**El ejercicio de la capacidad jurídica conlleva implícitamente la libertad de tomar decisiones.*

Por lo tanto se sugiere a las y los jueces tomar conciencia de que la existencia de un modelo de sustitución en la toma de decisiones provoca una barrera importante en el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, y por lo tanto, en la garantía de respeto a otros derechos de índole civil, política, económica, cultural y social.

¹⁸¹ Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad... Op. cit., pp. 54.

INSTRUMENTO

CDPD, artículo 19.

Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, artículo 2.

Observación General No. 5 (personas con discapacidad) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas.

PRINCIPIO

6. PARTICIPACIÓN E INCLUSIÓN PLENAS Y EFECTIVAS EN LA SOCIEDAD

(PRINCIPIO VINCULADO A LA VIDA INDEPENDIENTE, LA NO DISCRIMINACIÓN Y LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL EN ACTIVIDADES ECONÓMICAS, POLÍTICAS, SOCIALES Y CULTURALES)

Todas las personas con discapacidad, ya sea de tipo físico, sensorial, intelectual y mental, deben tener una efectiva participación en la vida social. Lo cual es consustancial al ejercicio de los derechos de los que son titulares, en el marco del nuevo modelo social y de derechos humanos de la discapacidad.¹⁸²

En otras palabras, paralelamente al reconocimiento de derechos, es imprescindible que las personas con discapacidad tengan una participación plena y efectiva en la sociedad, pues de lo contrario, no podrían ejercer los mismos.

Este principio cobra relevancia ya que su aplicación se articula con otros ya señalados anteriormente como lo son el de igualdad y no discriminación, accesibilidad en el ejercicio de los derechos, y libertad para tomar las propias decisiones, los cuales en su conjunto, promueven y permiten la inclusión de las personas con discapacidad en la comunidad.

Asimismo, otro elemento que coadyuva a la realización de este principio es el reconocimiento de la autonomía personal, es decir, de la posibilidad de las personas con discapacidad de actuar en los quehaceres de la vida sin ayuda de otras personas, o bien, (dependiendo del grado de discapacidad) con la ayuda de algún tipo de apoyo personal o comunitario, sin que esto implique el desconocimiento de dicha autonomía, sino simplemente la compensación de las limitaciones que produce el entorno.¹⁸³

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, establece que para que las personas con discapacidad ejerzan progresivamente sus derechos, los Estados no sólo deben abstenerse de la realización de actos perjudiciales para tal fin, sino que deben adoptarse medidas para reducir las desventajas y otorgar un trato preferente y apropiado hacia esas personas, **con la finalidad de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad en la sociedad para todas ellas.**¹⁸⁴

¹⁸² GARCÍA ALONSO, J.V., *Perspectivas emergentes en materia de discapacidad. La vida independiente. El movimiento de vida independiente*, en DE LORENZO, R., Y PÉREZ BUENO, L.C. (Directores), Op. cit., pp. 1522 y 1523.

¹⁸³ *Ibidem*, pp. 1523.

¹⁸⁴ Observación General No. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (personas con discapacidad), párrafo 9.

* Se sugiere a las y los juzgadores tomar en cuenta que el hecho de que las personas con discapacidad participen en un proceso judicial, en el que se consideren sus opiniones y posturas (independientemente de la calidad con la que intervengan), fortalece, de entrada, el principio de participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad.

*Lo anterior, ya que el tener acceso a la justicia posibilita el ejercicio de otros derechos de tipo social, cultural, económico, político o civil, lo cual conlleva, implícitamente, la participación social de las personas con discapacidad. Por lo que se sugiere que este principio sea aplicado en todas las etapas del proceso.

*Sin perjuicio de ello, debe considerarse que en algunos casos puede resultar difícil alcanzar la participación social para las personas con discapacidad atendiendo al rechazo del que son objeto por el resto de la comunidad (barreras sociales o actitudinales), y a barreras de tipo físico.

*En consecuencia, se sugiere tener en cuenta ese presupuesto al momento de conocer y resolver un asunto que involucre a personas con discapacidad, con la finalidad de que cualquier actuación judicial que se emita, establezca las medidas apropiadas o los ajustes razonables que inhiban la presencia de aquel tipo de barreras, posibilitando el ejercicio de sus derechos a las personas con discapacidad y, por lo tanto, su participación plena y efectiva en la sociedad.

*Para ello, se recomienda tomar en cuenta la opinión de las personas con discapacidad, al ser ellas las que de manera directa conocen las limitaciones que la sociedad les impone.

*Asimismo, se estima importante considerar que la existencia de algunas limitantes en determinadas esferas de la vida, puede constituir un obstáculo para participar plenamente en otras.¹⁸⁵

*Lo anterior se manifiesta con el propósito de que las y los juzgadores tengan una visión integral de la discapacidad, y tal criterio sea aplicado en la tramitación y resolución de los juicios en los que intervengan o participen las personas con discapacidad.

Por lo tanto, aun cuando las y los jueces decreten una resolución o actuación judicial contemplando este principio, se estima pertinente considerar los obstáculos con los que las personas con discapacidad se podrían enfrentar al momento de pretender dar cumplimiento a la resolución o actuación judicial, evitando con ello una cadena de limitaciones para ellas, y por consiguiente, la violación de sus derechos.

¹⁸⁵ Se retoma lo señalado en el derecho a la accesibilidad, previsto en el apartado 7 del capítulo I del presente Protocolo, en el que se manifestó cómo es que las barreras se interrelacionan, y dan como resultado la negación del ejercicio de derechos. Véase el ejemplo de la accesibilidad en los medios de transporte.

INSTRUMENTO

CDPD, artículo 8.

Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, artículo 3. 2. c).

Observación General No. 5 (personas con discapacidad) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas.

PRINCIPIO

7. RESPETO POR LA DIFERENCIA Y LA ACEPTACIÓN DE LA DISCAPACIDAD COMO PARTE DE LA DIVERSIDAD Y LA CONDICIÓN HUMANAS

(PRINCIPIO VINCULADO CON LA HETEROGENEIDAD Y COMPLEJIDAD DE LA DISCAPACIDAD)

Este principio implica la toma de conciencia y comprensión acerca de una cultura de la discapacidad, lo que deriva a su vez en el reconocimiento de:

1. La existencia de las personas con discapacidad y el respeto a su dignidad,
2. La presencia de barreras en el entorno, que son las que provocan la discapacidad en su interacción con las diversidades funcionales de las personas,
3. La necesidad de llevar a cabo medidas para eliminar las barreras producidas por el entorno, las actitudes o la cultura, asumiendo que es la sociedad quien tiene que adaptarse a las necesidades particulares de las personas con discapacidad,
4. La titularidad de derechos por parte de las personas con discapacidad, y el respeto a los mismos,
5. La eliminación de concepciones negativas acerca de las personas con discapacidad, provocadas por estigmas y prejuicios,
6. La existencia de diversos tipos de discapacidad, así como la gran variedad de casos dentro de cada tipo de discapacidad y sus necesidades particulares.¹⁸⁶

En ese sentido, el principio en estudio se relaciona estrechamente con el relativo a la participación e inclusión plenas y efectivas de las personas con discapacidad en todas las esferas de la vida en sociedad, toda vez que para lograrlo, deben eliminarse cualquier tipo de visiones negativas de la discapacidad, debido a las actitudes y a las barreras que la comunidad impone, y en su lugar, asumir una visión positiva e integral de la discapacidad, y de las personas con discapacidad como titulares de derechos, tal cual lo demanda este principio.

Al respecto, la Observación General No. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, aborda este punto en su párrafo

¹⁸⁶ La Observación General No. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (sobre personas con discapacidad), en su párrafo 11, al señalar la obligación estatal compartida con las y los particulares, de incluir a las personas con discapacidad en todas las actividades de la vida en comunidad, dispone que las medidas legislativas no son el único medio para lograrlo, pues la toma de conciencia cobra un papel importante al respecto, estableciendo que se “deben adoptar medidas para hacer que la sociedad tome mayor conciencia de las personas con discapacidad, sus derechos, sus necesidades, sus posibilidades y su contribución”. El resaltado es propio.

15, al señalar que “[...] Mediante la negligencia, la ignorancia, los prejuicios y las falsas suposiciones, así como mediante la exclusión, distinción o separación, las personas con discapacidad se ven muy a menudo imposibilitadas de ejercer sus derechos [...] sobre una base de igualdad con las personas que no tienen discapacidad. [...]”.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

***Se recomienda a las y los juzgadores que en la tramitación y/o resolución de un procedimiento en el que sean parte o intervengan las personas con discapacidad, consideren los diversos tipos de discapacidad que existen, e identifiquen el tipo de medidas o los ajustes al procedimiento que se tendrían que llevar a cabo, para garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad.**

No es lo mismo una persona con discapacidad física que una persona con discapacidad mental o con discapacidad auditiva, ya que pueden requerir de satisfactores muy diversos.¹⁸⁷

Un ejemplo de ello serían las medidas de accesibilidad que se podrían instrumentar, atendiendo precisamente al tipo de discapacidad, enumeradas en el principio número 4.

***Considerando la toma de conciencia de la discapacidad que implica este principio, se recomienda a las y los juzgadores resolver todos los asuntos en los que intervengan personas con discapacidad bajo una perspectiva de eliminación de prejuicios y estereotipos, reconociendo en todo momento que forman parte de la sociedad y que son titulares de derechos humanos.**

***Por lo tanto, para garantizar que el respeto por las diferencias tenga una incidencia directa en el principio de inclusión plena y efectiva en la sociedad, se recomienda que, previo a la emisión de una resolución, se tengan debidamente en cuenta los principales obstáculos que enfrenta la persona con discapacidad en el ejercicio del derecho que se estima violentado, atendiendo a sus necesidades particulares.**

¹⁸⁷ Al respecto, las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, adoptadas durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, señalan en sus numerales 37 y 50 una consideración en tal sentido.

INSTRUMENTO

Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 2, 3, 12 y 23.

CDPD, artículos 7 y 13.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 8.1, y 19.

Observación General No. 9 (2006) del Comité de los Derechos del Niño, Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007.

Observación General No. 12 (2009) del Comité de los Derechos del Niño, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

PRINCIPIO

8. RESPETO A LA EVOLUCIÓN DE LAS FACULTADES DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS CON DISCAPACIDAD Y A SU DERECHO A PRESERVAR SU IDENTIDAD

De acuerdo con la Observación General No. 9 del Comité sobre los Derechos del Niño “Los derechos de los niños con discapacidad” (párrafo 11), el principio rector para la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño con respecto a los y las niñas con discapacidad, es el contenido en el artículo 23, párrafo 1, orientado al disfrute de una vida plena en condiciones que aseguren su dignidad, que les permitan bastarse a sí mismos, y faciliten su participación activa en la comunidad.¹⁸⁸

En otras palabras, el mensaje principal es que las y los niños con discapacidad deben ser incluidos en la sociedad.

En ese sentido, el principio que se estudia cobra especial relevancia toda vez que una forma en que se

incluye a las y los niños con discapacidad en la vida social es mediante su participación en las decisiones que los afecten, por lo que para lograr dicho objetivo, se les debe respetar su derecho a ser escuchados en esos asuntos y a tomar debidamente en cuenta sus opiniones, de acuerdo a su edad y madurez.¹⁸⁹

Lo anterior, considerando que uno de los principales problemas que enfrentan las y los niños con discapacidad es el de su exclusión en los procesos de adopción de decisiones, debido no necesariamente a su discapacidad, sino a las barreras culturales, sociales, y de actitud que enfrentan en sus vidas diarias.¹⁹⁰

De forma paralela a la consideración de las manifestaciones de las y los niños en los asuntos que les afecten, debe tomarse en cuenta el principio relativo al *interés superior de la infancia*, mismo que deriva de la dignidad y características propias de la

¹⁸⁸ No debe olvidarse que las y los niños ejercen sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal.

¹⁸⁹ Observación General No. 9 (2006) del Comité de los Derechos del Niño, Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, párrafo 32.

¹⁹⁰ *Ibidem*, párrafos 3, 5 y 8. Este último en su parte *in fine* señala que “[...] El estigma social, los temores, la sobreprotección, las actitudes negativas, las ideas equivocadas y los prejuicios imperantes contra los niños con discapacidad siguen siendo fuertes en muchas comunidades y conducen a la marginación y alienación de los niños con discapacidad [...]”.

niñez, y de la necesidad de propiciar su desarrollo y el pleno aprovechamiento de sus potencialidades.¹⁹¹

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

***Se estima pertinente que este principio sea aplicado en todas las etapas del procedimiento, incluso en las preparatorias.**

***Resulta fundamental que las y los juzgadores escuchen a las y los niños con discapacidad en todos los procedimientos que les afecten, considerando el principio del interés superior de la infancia, y tomando en cuenta su edad y madurez, para acordar el grado de su participación en la determinación de sus derechos, resultando primordial el contacto directo con ellos.¹¹¹¹⁹²**

***Lo anterior permitirá que se involucre directamente a las y los niños con discapacidad en la atención de sus necesidades y requerimientos, lo que implica un mayor grado de participación de ellos en la determinación de los derechos que les afecten.**

La Observación General No. 9 del Comité de los Derechos del Niño establece en su párrafo 32 (in fine) que se debe promover y respetar las capacidades en evolución de los niños y niñas para asumir responsabilidades crecientes por la adopción de decisiones en sus propias vidas.

***En ese sentido se recomienda a las y los jueces tener presente que la consideración de las opiniones de las y los niños con discapacidad debe evaluarse caso por caso, por lo que las medidas que se apliquen para unos no pueden ser instrumentadas para otros.**

***Incluso, se recomienda a las y los juzgadores otorgar medidas especiales de protección para las y los niños con discapacidad que se vean involucrados en un juicio, las cuales serán definidas según las circunstancias particulares de cada caso en concreto.**

***Para garantizar la efectiva materialización de lo señalado hasta este momento, y atendiendo a lo prescrito por la CDPD, se sugiere a las y los jueces llevar a cabo *ajustes* al procedimiento acordes a la edad de las y los niños con discapacidad.¹⁹³**

¹⁹¹ Al respecto, la Observación General No. 12 del Comité de los Derechos del Niño (2009), El derecho del niño a ser escuchado, establece que otro factor estrechamente relacionado con el interés superior de la infancia es el derecho de la niñez a expresar su opinión libremente y a ser escuchados sobre todas las cuestiones que les afecten, otorgándole la debida consideración, de acuerdo con la edad y madurez del niño o niña con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás niñas y niños, debiendo recibir la asistencia adecuada para ejercer ese derecho de acuerdo a su edad y a su discapacidad. También véase Corte IDH. Caso Furlan y Familiares vs Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 228 a 231.

¹⁹² Corte IDH. Caso Furlan y Familiares vs Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 231.

¹⁹³ Corte IDH. Caso Furlan y Familiares vs Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 137.

*Al respecto, la Regla 78 de las *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad*, establece que en los casos en los que participe un niño o niña en actos judiciales, se debe considerar el celebrarlos en una sala adecuada, facilitando la comprensión del asunto mediante un lenguaje sencillo, evitando en general cualquier requisito de excesivo formalismo.

*Brindándoles a su vez información oportuna de su participación en el proceso judicial, para que puedan comprender la generalidad del asunto en el que intervienen.¹⁹⁴

Con el afán de no desarrollar una descripción exhaustiva de este principio, y toda vez que su contenido se vincula con el *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*, elaborado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en febrero del 2012, se propone la remisión a ese documento, con la finalidad de que sirva como el mayor referente para la explicación y consideración de las medidas que deberán adoptarse por parte de las y los jueces, en los casos en los que intervengan niñas o niños.

194 Regla 51 de las 100 *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad*, adoptadas durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

III. SENTENCIAS RELEVANTES Y BUENAS PRÁCTICAS RELACIONADAS CON LOS PRINCIPIOS

Resulta innegable la trascendencia que la discapacidad ha tenido en los últimos años, sobre todo a partir de la entrada en vigor de la CDPD, el cual ha sido un instrumento que ha dado pauta a una serie de principios, mencionados en el capítulo anterior, que rigen la interpretación y aplicación de cualquier disposición normativa relacionada con las personas con discapacidad. Obligando a toda autoridad administrativa, legislativa y judicial, con la finalidad de que en los diversos ámbitos de competencia se materialicen cada uno de los postulados de esa Convención, orientados a reconocer a las personas con discapacidad como personas titulares de derechos, dotando de contenido al modelo social y de derechos humanos de la discapacidad.

De esta manera en el presente capítulo se mostrarán una serie de precedentes judiciales de países de la región, así como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que tomando como punto de partida la aplicación de los principios mencionados, contienen resoluciones respecto de casos en los que están involucradas personas con discapacidad, partiendo de una concepción respetuosa y garantista de sus derechos humanos,¹⁹⁵ con la finalidad de que sirvan como una especie de guía para las y los juzgadores en la formulación de criterios judiciales garantes de la dignidad, igualdad y autonomía de las personas con discapacidad.

Sentencias y Buenas Prácticas que se citan por principio

Principio 1. ACEPTACIÓN DEL MODELO DE DERECHOS HUMANOS DE LA DISCAPACIDAD

CoIDH	1
México	3
Colombia	3
Costa Rica	1
Puerto Rico	1
Total 9	

¹⁹⁵ Ver por ejemplo: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVI, México, Enero de 2013, Tomo 1; Pág. 633. DISCAPACIDAD. PRESUPUESTOS EN LA MATERIA QUE DEBEN SER TOMADOS EN CUENTA POR LOS OPERADORES DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. Atendiendo al modelo social de discapacidad, previsto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, los presupuestos o fundamentos en los cuales se sustenta tal materia son los siguientes: (i) dignidad de la persona, referida al pleno respeto de los individuos por el solo hecho de serlo, sin que una diversidad funcional implique una disminución de tal reconocimiento; (ii) accesibilidad universal, consistente en la posibilidad de que las personas con discapacidad puedan participar en igualdad de condiciones, en todos los ámbitos y servicios de su entorno social; (iii) transversalidad, relativa a la concepción de la discapacidad como un aspecto en íntima relación con todas las facetas del contexto en que se desenvuelve; (iv) diseño para todos, referido a que las políticas se conciben de tal manera que puedan ser utilizadas por el mayor número posible de usuarios; (v) respeto a la diversidad, consistente en que las medidas a implementarse reconozcan las diferencias funcionales como fundamento de una sociedad plural; y (vi) eficacia horizontal, relativa a que la exigencia de respeto a las personas con discapacidad se dirija tanto a las autoridades, así como a los particulares.

Principio 2. MAYOR PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Colombia	1 (ya contabilizada)
Costa Rica	2 (una de ellas ya contabilizada)
México	3
Total 4	

Principio 3. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

ColDH	2 (una de ellas ya contabilizada)
México	3 (una de ellas ya contabilizada)
Colombia	3 (dos de ellas ya contabilizadas)
Costa Rica	1 (ya contabilizada)
Total 4	

Principio 4. ACCESIBILIDAD

Costa Rica	4 (una de ellas ya contabilizada)
México	4 (una de ellas ya contabilizada)
Total 6	

Principio 5. RESPETO DE LA DIGNIDAD INHERENTE, LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL, INCLUIDA LA LIBERTAD DE TOMAR LAS PROPIAS DECISIONES Y LA INDEPENDENCIA DE LAS PERSONAS

ColDH	1 (ya contabilizada)
Total 1	

Principio 6. PARTICIPACIÓN E INCLUSIÓN PLENAS Y EFECTIVAS EN LA SOCIEDAD

ColDH	2 (ya contabilizadas)
Colombia	3 (ya contabilizadas)
Costa Rica	1 (ya contabilizada)
México	1 (ya contabilizada)
Total 7	

Principio 7. RESPETO POR LA DIFERENCIA Y LA ACEPTACIÓN DE LA DISCAPACIDAD COMO PARTE DE LA DIVERSIDAD Y LA CONDICIÓN HUMANAS

México	1 (ya contabilizada)
Colombia	1 (ya contabilizada)
Costa Rica	2 (una de ellas ya contabilizada)
Total 1	

Principio 8. RESPETO A LA EVOLUCIÓN DE LAS FACULTADES DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS CON DISCAPACIDAD Y A SU DERECHO A PRESERVAR SU IDENTIDAD

CoIDH	1 (ya contabilizada)
México	1
Colombia	1
	Total 2
	Total 26

Sentencias y Buenas Prácticas que se citan por país

CoIDH	2
México	12
Costa Rica	6
Colombia	5
Puerto Rico	1
	Total 26

1

ABORDAJE DE LA DISCAPACIDAD DESDE EL MODELO SOCIAL Y DE DERECHOS HUMANOS

CASO QUE ILUSTR¹⁹⁶

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), Tesis Aislada, Primera Sala.

*DISCAPACIDAD. ALCANCE DEL ARTÍCULO 9 DE LA LEY GENERAL PARA LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, A LA LUZ DEL MODELO SOCIAL CONSAGRADO EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CONDISCAPACIDAD. ... Por ello, las compañías que prestan servicios de seguros de salud y de vida, **deben adoptar como directrices en la implementación, interpretación y ejecución de sus actividades y políticas, los presupuestos del denominado modelo social de discapacidad, previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que nuestro país es parte, [...] partiendo de un respeto irrestricto a la dignidad de las personas, así como de la diversidad de las mismas...***¹⁹⁷

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), Tesis Aislada, Primera Sala.

*DISCAPACIDAD. SU ANÁLISIS JURÍDICO A LA LUZ DEL MODELO SOCIAL CONSAGRADO EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ... el ... modelo “social”... **propugna que la causa que genera una discapacidad es el contexto en que se desenvuelve la persona... Así, a la luz de dicho modelo, la discapacidad debe ser considerada como una desventaja causada por las barreras que la organización social genera, al no atender de manera adecuada las necesidades de las personas con diversidades funcionales, por lo que puede concluirse que las discapacidades no son enfermedades...***¹⁹⁸

Amparo en Revisión 410/2012, páginas 22 y 23, y 45. Primera Sala. Resolución 21 de noviembre de 2012. Suprema Corte de Justicia de la Nación (México).

¹⁹⁶ Las notas al pie de página de las sentencias incluidas en este capítulo han sido omitidas. Y el resaltado es propio.

¹⁹⁷ [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1; Pág. 629. DISCAPACIDAD. ALCANCE DEL ARTÍCULO 9 DE LA LEY GENERAL PARA LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, A LA LUZ DEL MODELO SOCIAL CONSAGRADO EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CONDISCAPACIDAD.

¹⁹⁸ [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1; Pág. 634. DISCAPACIDAD. SU ANÁLISIS JURÍDICO A LA LUZ DEL MODELO SOCIAL CONSAGRADO EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

Páginas 22 y 23

... De lo anterior se advierte que al igual que en la doctrina, los diversos pronunciamientos jurisdiccionales que sobre el tema se han emitido, existe una tendencia por abandonar la concepción de la discapacidad como un tema individual, y acercarla a un aspecto social, en virtud del cual la discapacidad es una consecuencia de las barreras que existen en un contexto y de las medidas que la comunidad emplea para abatirlas o aminorarlas.

Página 45

Por lo anterior, y tomando en consideración el principio de dignidad de la persona dentro del modelo social, debe abandonarse la equiparación que tradicionalmente se ha hecho de las discapacidades y las enfermedades, pues atendiendo a la naturaleza de dicho modelo, cualquier discapacidad debe concebirse atendiendo a las limitaciones causadas por las barreras contextuales relacionadas a diversidades funcionales, constituyéndose en un término autónomo y, por ende, no comprendido dentro del concepto de las enfermedades.

Corte IDH. Caso Furlan y Familiares vs Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012.

Párrafo 133

Al respecto, la Corte observa que [...] se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas.

Párrafo 196

Asimismo, la Corte recuerda que la CDPD, anteriormente reseñada (supra párr. 137), contiene normas sobre la importancia del acceso a justicia de las personas con discapacidad “en igualdad de condiciones con las demás” e “incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad” (Preámbulo y art. 13.1). En este sentido, el Tribunal considera que en casos de personas vulnerables, como lo es una persona con discapacidad, es imperante tomar las medidas pertinentes, como por ejemplo la priorización en la atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades a su cargo, con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos, de manera que se garantice la pronta resolución y ejecución de los mismos.

Párrafo 278

... las reparaciones otorgadas, en el presente caso, deben seguir el modelo social para abordar la discapacidad consagrado en los diversos tratados internacionales sobre la materia (supra párrs. 133 a 135). Lo anterior implica que las medidas de reparación no se centran exclusivamente en medidas de rehabilitación de tipo médico, sino que se incluyen medidas que ayuden a la persona con discapacidad a afrontar las barreras o limitaciones impuestas, con el fin de que dicha persona pueda “lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida”.

Corte Constitucional de Colombia T-340/10¹⁹⁹

Páginas 28 y 29

70. *También, ubicándose en el plano del enfoque social, en la sentencia T-1258 de 2008, señaló la Corte que el uso de un lenguaje inclusivo y respetuoso de la dignidad de las personas con discapacidad resulta esencial para la comprensión de la discapacidad, y la eliminación de pautas tradicionales de discriminación. En tal sentido, la Sala adopta las siguientes convenciones lingüísticas para el enfoque del problema: (i) se utilizará la expresión persona con discapacidad en lugar de la expresión discapacitado con el fin de mostrar que la discapacidad no “habita” en el ser humano, sino que es la consecuencia del rechazo del entorno a ciertas condiciones personales; además, (ii) se evitará el uso de expresiones como minusválido o impedido que, si bien se encuentran plasmadas en distintas normas, actualmente denotan ausencia de respeto por la dignidad de la persona; (iii) en relación con la condición médica que anteriormente se identificaba con la discapacidad, la Sala se referirá a la diversidad funcional de la persona, con lo que se quiere expresar que la diferencia no es sinónimo de una limitación.*

Corte Constitucional de Colombia T-810/11²⁰⁰

Páginas 19 y 20

En consecuencia, teniendo en cuenta que las personas en condición de discapacidad han enfrentado distintas barreras que les han impedido el goce efectivo de sus derechos, tales como “(a) la estructuración cultural de ciertas actitudes hacia la discapacidad, tales como el miedo, la ignorancia, el prejuicio o la creación de estereotipos, que condicionan desfavorablemente las reacciones humanas que deben afrontar las personas que viven con una discapacidad; (b) la imposición de barreras físicas ... que limitan la movilidad y la interacción social de las personas con discapacidad; y (c) el desarrollo de obstáculos instituciona-

199 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-340-10.htm>

200 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-810-11.htm>

les –en la legislación, las políticas públicas, las prácticas y los procedimientos seguidos por las autoridades, los empleadores privados y las empresas- para el desenvolvimiento normal y digno de esta categoría de personas”; **y que estas barreras someten a las personas con discapacidad “a existencias dependientes, segregadas y excluidas, que las condenan al paternalismo y la marginalidad, lo cual es inadmisibles en el marco de un Estado construido sobre la base del respeto por la dignidad humana...**

Comprobación de la discapacidad

Corte Constitucional de Colombia C-606/12201

Páginas 28 y 29

7.5.4. En conclusión en el contexto del ejercicio del derecho a la estabilidad laboral reforzada contenido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la jurisprudencia ha establecido que no es necesario ningún medio de prueba tarifada como la calificación de invalidez o el carné de discapacitado. Esto es así pues esta Corte ha acogido un concepto amplio de discapacidad, relacionado con toda situación de “debilidad manifiesta” que impida o dificulte el desempeño de labores en condiciones regulares, sin que sea necesaria calificación previa o carné que acredite la condición de discapacidad. En este caso se ha entendido que exigir una prueba única para probar la debilidad manifiesta de una persona en situación de discapacidad desconoce los principios de libre convencimiento del juez laboral y de análisis no tarifado de los medios de prueba (artículo 61 del Código Procesal del Trabajo).

Del mismo modo, en cuanto a la garantía del acceso a los servicios de la salud de las personas en situación de discapacidad, tanto a nivel legal y reglamentario, como a nivel jurisprudencial ha operado un proceso de des-formalización de la comprobación de la discapacidad para acceder a dichos servicios. En efecto, tanto en el régimen subsidiado como en el contributivo, es posible que con la cédula de ciudadanía o con cualquier otro documento de identidad se facilite el acceso y la garantía del derecho a la salud.

Buenas prácticas

Acta 44-08 del Consejo Superior del Poder Judicial de Costa Rica. 12 de junio de 2008. Política de Igualdad para las Personas con Discapacidad en el Poder Judicial.²⁰²

Tomando en cuenta los siguientes principios:

El principio no discriminación por razones de discapacidad...

201 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-606-12.htm>

202 http://portal.poder-judicial.go.cr/discapacidad/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=1&Itemid=126

El principio de equiparación...
El principio del respeto a la diversidad...
El principio de igualdad de oportunidades...
El principio de la no violencia...
El principio de accesible...
El principio de vida independiente...
El principio de auto representación...
Principio de participación conforme a la edad cronológica...

Acuerda:

1. Adoptar una Política de Igualdad para las personas en condición de discapacidad que de manera transversal, prioritaria y sustantiva incorpore la perspectiva de la discapacidad en todo el quehacer del Poder Judicial. Para garantizar la igualdad de oportunidades y no discriminación en los servicios judiciales, decisiones judiciales y funcionamiento interno del Poder Judicial.

Líneas de acción de la política

2. En el ámbito Jurisdiccional

*Los jueces y juezas en su labor de análisis y valoración **se abstendrán de hacer valoraciones** basadas en consideraciones de tipo cultural o ideológico que configuren prejuicios que produzcan efectos o resultados discriminatorios y subordinantes contra las personas en condición de discapacidad.*

*Los jueces y juezas **redactarán las resoluciones judiciales con un lenguaje inclusivo y respetuoso de los derechos humanos de las personas con discapacidad.***

*Los jueces y juezas **velarán en la fase de ejecución de sentencia que las resoluciones no produzcan efectos adversos basados en prejuicios contra las personas con discapacidad que menoscaben el disfrute de los derechos o acciones logradas en el fallo.***

Buenas prácticas

Plan Estratégico de la Rama Judicial de Puerto Rico 2012-2015.²⁰³

Acceso a la Justicia para todos y todas

Líneas de acción

- *Asegurar el acceso y el trato sensible, justo y equitativo a la población con condiciones limitantes;*
- *Asegurar que las instalaciones y servicios sean accesibles y convenientes a todas las personas.*

203 <http://www.ramajudicial.pr/orientacion/informes/rama/Plan-estrategico-2012-2015.pdf>

2

MAYOR PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (PRINCIPIO PRO PERSONA)

CASO QUE LO ILUSTRAS

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), Jurisprudencia, Primera Sala.

“PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE” ... Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable —en materia de derechos humanos— atenderá a criterios de favorabilidad del individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1º constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción ...²⁰⁴

Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito (México), Jurisprudencia.

ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. LAS GARANTÍAS Y MECANISMOS CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 8, NUMERAL 1 Y 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, TENDENTES A HACER EFECTIVA SU PROTECCIÓN, SUBYACEN EN EL DERECHO FUNDAMENTAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. ... el artículo 17 constitucional establece como género el derecho fundamental de acceso a la justicia con los principios que se derivan de ese propio precepto (justicia pronta, completa, imparcial y gratuita), mientras que los artículos 8, numeral 1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevén garantías o mecanismos que como especies de aquél subyacen en el precepto constitucional citado, de tal manera que no constituyen cuestiones distintas o accesorias a esa prerrogativa fundamental, sino que tienden más bien a especificar y a hacer efectivo el derecho mencionado, debiendo interpretarse la totalidad de dichos preceptos de modo sistemático, a fin de hacer valer para los gobernados, atento al principio pro homine o

204 [J]; 10ª Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2, página 799. “PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE”.

*pro personae, la interpretación más favorable que les permita el más amplio acceso a la impartición de justicia.*²⁰⁵

Juicio de Amparo 806/2011-I, páginas 12 y 13. Juzgado Primero de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, radicado en el Juzgado Quinto de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región. Resolución del 30 de noviembre de 2011 (México).

Páginas 12 y 13

Razón por la cual, esta juzgadora se encuentra limitada a resolver el presente juicio únicamente con las constancias que obran en autos, de las que se continuó con la duda razonable de la disparidad visual del quejoso y ante ello con fundamento en el principio pro homine contenido en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se resuelve a favor del quejoso, es decir, dándole el trato de padecer cierto grado de discapacidad visual (que bajo protesta de decir verdad el quejoso sostiene que es de un 20%).

Corte Constitucional de Colombia T-340/10²⁰⁶

Página 28

69. En el mismo sentido, considera la Sala que, en virtud del principio pro homine, que guía la interpretación de los derechos humanos, un enfoque amplio de la discapacidad, como el que ha mantenido la Corporación en relación con la estabilidad laboral reforzada desde las sentencias T-1040 de 2001 y T-198 de 2006 resulta conveniente pues permite ampliar el margen de protección del Estado a grupos discriminados, vulnerables, o personas en condición de debilidad manifiesta; mientras que una concepción restringida de la discapacidad puede adoptarse cuando ello implique una menor intervención estatal en las decisiones de la persona.

205 [1]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2; Pág. 1096. ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. LAS GARANTÍAS Y MECANISMOS CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 8, NUMERAL 1 Y 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, TENDENTES A HACER EFECTIVA SU PROTECCIÓN, SUBYACEN EN EL DERECHO FUNDAMENTAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

206 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-340-10.htm>

Buenas prácticas

Acta 44-08 del Consejo Superior del Poder Judicial de Costa Rica. 12 de junio de 2008. *Política de Igualdad para las Personas con Discapacidad en el Poder Judicial.*²⁰⁷

Acuerda:

Líneas de acción de la política

2. En el ámbito Jurisdiccional

Los jueces y juezas en su labor interpretativa deberán tomar en consideración los principios generales de interpretación del derecho de las personas con discapacidad y la desigual condición entre las personas para eliminar todo sesgo por razones de discapacidad que produzca un efecto o resultado discriminante contra las personas con discapacidad en todas las esferas o materias jurídicas.

Buenas prácticas

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Secretaría General. Circular No. 18 D. G. 2009. Dirección General del Organismo de Investigación Judicial. *Políticas para garantizar el adecuado acceso a la justicia de la población adulta mayor y personas con discapacidad.*²⁰⁸

3.- Brindar un trato preferencial a los usuarios adultos mayores y personas con discapacidad cuando se presenten a formular alguna denuncia o realizar trámites en cualquiera de nuestras dependencias. A estos efectos, se tomarán las previsiones necesarias para atenderlos en un espacio físico adecuado, evitar que hagan filas y ofrecerles toda la ayuda que puedan requerir, siempre con absoluto respeto a su condición.

207 http://portal.poder-judicial.go.cr/discapacidad/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=1&Itemid=126

208 http://portal.poder-judicial.go.cr/discapacidad/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=9&Itemid=140&limitstart=10

3

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

CASO QUE LO ILUSTRAS

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), Tesis Aislada, Primera Sala.

*DISCAPACIDAD. EL ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES EN LA MATERIA DEBE REALIZARSE A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN. La regulación jurídica tanto nacional como internacional que sobre personas con discapacidad se ha desarrollado, tiene como finalidad última evitar la discriminación hacia este sector social y, en consecuencia, propiciar la igualdad entre individuos. Así, las normas en materia de discapacidad no pueden deslindarse de dichos propósitos jurídicos, por lo que el análisis de tales disposiciones debe realizarse a la luz de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación.*²⁰⁹

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), Tesis Aislada, Primera Sala.

*DISCAPACIDAD. EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 9 DE LA LEY GENERAL PARA LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, IMPLICA LA ADOPCIÓN DE AJUSTES RAZONABLES QUE PROPICIEN LA IGUALDAD. ... cuando una prohibición a discriminar se encuentra dirigida a un ámbito en el cual la situación prevaleciente se caracteriza por la existencia de políticas discriminatorias y su consecuente falta de igualdad, tal disposición no debe concebirse como una medida de naturaleza simplemente negativa, pues en todo caso se tratará de una exigencia implícita de efectuar medidas o ajustes que propicien un plano de igualdad, en el cual una prohibición a discriminar adquiera sentido como una medida suficiente...*²¹⁰

Amparo en Revisión 410/2012, páginas 13 y 14. Primera Sala. Resolución 21 de noviembre de 2012. Suprema Corte de Justicia de la Nación (México).

Páginas 13 y 14

..., si partimos de la base de que no todas las personas son iguales, y por el contrario reconocemos la diversidad de las mismas, tanto en su aspecto

209 [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1; Pág. 630. DISCAPACIDAD. EL ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES EN LA MATERIA DEBE REALIZARSE A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN.

210 [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1; Pág. 631. DISCAPACIDAD. EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 9 DE LA LEY GENERAL PARA LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, IMPLICA LA ADOPCIÓN DE AJUSTES RAZONABLES QUE PROPICIEN LA IGUALDAD.

individual así como en el contexto en el que se desenvuelven..., **podemos concluir que una normativa que simplemente prohíba la discriminación, no puede propiciar una igualdad de facto, ya que las premisas de las cuales parte la misma distan mucho entre sí.**

En consecuencia, **primero se debe perseguir la nivelación de las oportunidades de las cuales gozan las personas para su plena inserción social, pues sólo a partir de tal escenario es que las políticas de no discriminación adquieren plena vigencia.** En otras palabras, parte del reconocimiento de que las personas con discapacidad tienen circunstancias especiales, pero finalidades o necesidades similares al resto de la población. **Lo anterior ha provocado la creación de los llamados ajustes razonables.**

Estos ajustes razonables son medidas paliativas, por medio de las cuales se introducen elementos diferenciadores que buscan la plena aplicación del principio de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. **Partiendo de la consideración de que las personas son distintas y privilegiando la diversidad, se propicia la implementación de medidas de naturaleza positiva** –es decir, **que implican un actuar y no sólo una abstención de discriminar**- que atenúen las desigualdades y permitan una mayor inclusión de las personas con alguna diversidad funcional.

Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006.

Párrafo 103

La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. **La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad.**

Corte IDH. Caso Furlan y Familiares vs Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012.

Párrafo 135

... **la Corte considera que las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo 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.

Párrafo 216

... Asimismo, el Comité de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su primer caso, manifestó que se deben tomar “en consideración las circunstancias particulares de las personas a las que se aplique” una ley, puesto que los Estados no deben realizar una aplicación imparcial de la misma “sin una justificación objetiva y razonable”, por cuanto se debe tratar “de forma diferente a personas cuya situación sea considerablemente distinta”.

Párrafo 267

Al respecto, la Corte considera que el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una condición negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una concepción positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados...

Corte Constitucional de Colombia T-340/10²¹¹

Páginas 20 y 21

52 *... la prohibición de discriminación ha sido desarrollada tanto en el artículo 13 de la Carta Política, como en otras cláusulas del Texto Superior y en diversos instrumentos del DIDH que señalan grupos, colectivos, o situaciones en las que la discriminación sigue un patrón de exclusión histórico crónico...*

53 *... En la sentencia C-371 de 2000, señaló la Corte:*

“El principio de no discriminación, por su parte, asociado con el perfil negativo de la igualdad, da cuenta de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos.(...) Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vgr. mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros.”

54. *En la sentencia C-481 de 1998, esta Corporación sostuvo que los criterios sospechosos son “categorías que (i) se fundan en rasgos permanentes*

211 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-340-10.htm>

de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.”

57. *En relación con la discapacidad como criterio sospechoso de discriminación, se dijo en la sentencia T-826 de 2004:*

“(…) aunque el artículo 13 superior no menciona explícitamente la discapacidad como un criterio “sospechoso” o constitucionalmente prohibido para limitar los beneficios a las personas, es claro que, conforme a los criterios desarrollados por esta Corte y por la doctrina internacional de derechos humanos, la discapacidad es un criterio prohibido para establecer diferencias en contra de las personas ... el caso de los discapacitados es paradigmático, ya que concurren en él tres de los factores que determinan criterios diferenciadores como sospechosos: la inmodificabilidad de los rasgos externos determinada por la manifestación de la propia discapacidad, una historia de discriminación caracterizada por el aislamiento y la segregación, y finalmente, una propensión social a desarrollar sentimientos de rechazo de temor o de desconfianza ante la manifestación de la diferencia”.

58. *En el fallo citado recordó la Corte que las autoridades no sólo deben abstenerse de incurrir en actos discriminatorios, sino que se encuentran en la obligación de adoptar medidas positivas de diferenciación en favor de las personas con discapacidad, de acuerdo con lo dispuesto por los incisos segundo y tercero del artículo 13 y el artículo 47 de la Carta Política (T-288 de 1995, T-378 de 1998)...*

En conclusión, la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que la omisión en la aplicación de estos mandatos puede traducirse, en sí misma, en una violación al derecho a la igualdad.

Corte Constitucional de Colombia T-810/11²¹²

Página 10

En tal sentido, la garantía del derecho a la igualdad resulta ser un presupuesto necesario para lograr la autorrealización personal, en la medida en que promueve como reconocimiento al valor intrínseco de todo ser humano, un trato sin distinciones injustificadas entre personas por parte del Estado, y el ejercicio de los derechos y libertades en condiciones de igualdad.

212 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-810-11.htm>

Página 15

3.2.1 En este sentido, el artículo 13 Superior establece que “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.” De esta disposición superior se deriva la obligación del Estado y autoridades de adoptar medidas afirmativas para evitar la discriminación y garantizar la igualdad real y efectiva de las personas con limitaciones o con discapacidad. En este sentido, la igualdad de oportunidades y el trato más favorable (CP art. 13), constituyen derechos fundamentales, de aplicación inmediata (CP art. 85), reconocidos a los grupos discriminados o marginados y a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

Página 17

En cuanto a la necesaria eliminación de la discriminación y la garantía de la igualdad real y efectiva de esta población, la jurisprudencia de la Corte ha insistido en que las personas con limitaciones o con discapacidad, deben gozar de la plenitud de los derechos que la Constitución reconoce a todas las personas, sin que puedan ser discriminadas en razón de su particular condición de discapacidad. En este sentido, ha resaltado que existen dos tipos de situaciones que constituyen actos discriminatorios contra las personas con limitaciones o con discapacidad: (i) de un lado, toda acción que anule o restrinja los derechos, libertades y oportunidades de estas personas; y (ii) de otro lado, toda omisión injustificada respecto de las obligaciones de adoptar medidas afirmativas para garantizar los derechos de estas personas, lo cual aparece como consecuencia, la exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad, y por tanto constituye una discriminación. A este respecto se ha pronunciado en relación con diversos derechos, como los de la población sorda y su derecho a una educación especial, integración social e inserción laboral.

Buenas prácticas

Acta 44-08 del Consejo Superior del Poder Judicial de Costa Rica. 12 de junio de 2008. *Política de Igualdad para las Personas con Discapacidad en el Poder Judicial.*²¹⁴

Acuerda:

7. Incluir e implementar las acciones afirmativas o medidas de corrección que se requieran en el plan de acción con el fin de asegurar la eliminación de las desigualdades que sufren las personas en condición de discapacidad.

8. Transversar la perspectiva de la discapacidad y el principio de no discriminación por razones de discapacidad en todos los servicios judiciales incluyendo los dirigidos a las personas servidores judiciales.

12. Asegurar la prestación de servicios a partir de criterios de eficiencia, agilidad, cortesía y accesibilidad acordes con las demandas y necesidades de las personas con discapacidad, que tomen en cuenta sus características específicas y elimine todas aquellas normas, prácticas y costumbres que tengan un efecto o resultado discriminatorios por razones de discapacidad o de cualquier otra naturaleza.

²¹⁴ http://portal.poder-judicial.go.cr/discapacidad/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=1&Itemid=126

4

ACCESIBILIDAD

CASO QUE LO ILUSTRAS

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), Tesis Aislada, Primera Sala.

SENTENCIA CON FORMATO DE LECTURA FÁCIL. EL JUEZ QUE CONOZCA DE UN ASUNTO SOBRE UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL, DEBERÁ DICTAR UNA RESOLUCIÓN COMPLEMENTARIA BAJO DICHO FORMATO. “[...] el cual se encuentra dirigido mayormente a personas con una discapacidad para leer o comprender un texto. Tal formato se realiza bajo un lenguaje simple y directo, en el que se evitan los tecnicismos así como los conceptos abstractos, ello mediante el uso de ejemplos, y empleando un lenguaje cotidiano, personificando el texto lo más posible. Para la elaboración de un texto de lectura fácil, es recomendable emplear una tipografía clara, con un tamaño accesible y que los párrafos sean cortos y sin justificar, a efecto de que el seguimiento de la lectura sea más sencillo. Así, el acceso pleno de las personas con diversidades funcionales intelectuales a las sentencias emitidas por los juzgadores, no se agota con permitir que tengan conocimiento de las mismas, sino que es un deber de los órganos jurisdiccionales implementar formatos de lectura fácil, a través de los cuales dichas personas puedan comprender lo resuelto en un caso que afecte su esfera jurídica. En consecuencia, a juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando un juzgador conozca de un asunto en el cual la resolución verse sobre una persona con alguna diversidad funcional intelectual, deberá redactar la misma bajo un formato de lectura fácil, el cual no será idéntico en todos los casos, sino que estará determinado por la discapacidad concreta, misma que no sustituye la estructura “tradicional” de las sentencias, ya que se trata de un complemento de la misma, lo cual es acorde al modelo social contenido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.”²¹⁵

Cuarto Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Séptimo Circuito (México), Tesis Aislada.

INCLUPADO CON DISCAPACIDAD FÍSICA (AFONÍA). DESDE QUE RINDA SU DECLARACIÓN PREPARATORIA, EL JUEZ DEBE DESIGNARLE UN TRADUCTOR O INTÉRPRETE DE LENGUA DE SEÑAS MEXICANAS A FIN DE GARANTIZAR SU

²¹⁵ [TA]; 10a. Época; Primera Sala; S.J.F. viernes 13 de diciembre de 2013 a las 13:20 horas. “SENTENCIA CON FORMATO DE LECTURA FÁCIL. EL JUEZ QUE CONOZCA DE UN ASUNTO SOBRE UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL, DEBERÁ DICTAR UNA RESOLUCIÓN COMPLEMENTARIA BAJO DICHO FORMATO”.

DEFENSA ADECUADA Y EL DEBIDO PROCESO LEGAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). En la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Estado Mexicano se comprometió a asegurar que éstas tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones que las demás, **mediante ajustes al procedimiento para facilitar su desempeño de las funciones efectivas en todos los procedimientos judiciales [...]** En esas condiciones, cuando en un proceso penal se advierta que el inculpado padece una discapacidad física (afonía), la autoridad ante la cual comparezca debe considerar, desde un inicio, la dificultad que tiene para comunicarse fácilmente con otras personas que dominan las cuatro habilidades de la lengua (escuchar, hablar, leer y escribir) y, por tanto, que requiere de un lenguaje especial de señas y gestos; consecuentemente, para lograr una comunicación efectiva con el inculpado y de éste para con su defensor y con las demás partes, desde que rinda su declaración preparatoria, el Juez debe designarle un traductor o intérprete de lengua de señas mexicanas que habrá de ser imparcial y no tener algún tipo de relación con las partes ... para que lo asista en todas las diligencias judiciales en que intervenga, pues dada su discapacidad debe tenerse la certeza de que comprende los alcances de la acusación que pesa en su contra, así como de los términos y vocablos que se emplean en un proceso de esta naturaleza, a fin de garantizar su defensa adecuada y el debido proceso legal.²¹⁶

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (México), Jurisprudencia.

REQUISITOS PROCESALES BAJO LA ÓPTICA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Aunque doctrinal y jurisprudencialmente se afirmaba, con carácter general y sin discusión, la naturaleza de derecho público de las normas procesales, consideradas de cumplimiento irrenunciable y obligatorio, **debe considerarse que con motivo de la reforma constitucional de junio de dos mil once, en la actualidad es en la finalidad de la norma, que tiene que mirarse en función del valor justicia, donde radica el carácter de derecho público de los requisitos procesales. Por ello, será competencia del legislador, de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción constitucional, en su caso, velar porque los requisitos procesales sean los adecuados para la obtención de los fines que justifican su exigencia, para que no se fijen arbitrariamente y para que respondan a la naturaleza del proceso como el camino para obtener una tutela judicial con todas las garantías. Y si la ley no contempla expresamente esta flexibilidad, ello no será obstáculo para que el juzgador interprete y aplique la norma de una manera diversa a la prescrita, en aras**

216 [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro IX, Junio de 2012, Tomo 2; Pág. 875. INCULPADO CON DISCAPACIDAD FÍSICA (AFONÍA). DESDE QUE RINDA SU DECLARACIÓN PREPARATORIA, EL JUEZ DEBE DESIGNARLE UN TRADUCTOR O INTÉRPRETE DE LENGUA DE SEÑAS MEXICANAS A FIN DE GARANTIZAR SU DEFENSA ADECUADA Y EL DEBIDO PROCESO LEGAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).

*de encontrar un equilibrio entre seguridad jurídica y justicia. De aquí se destaca la regla: flexibilizar lo procesal y privilegiar lo sustantivo.*²¹⁷

Juicio de Amparo 806/2011-I, páginas 17, y 26 y 27. Juzgado Primero de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, radicado en el Juzgado Quinto de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región. Resolución del 30 de noviembre de 2011 (México).

Página 17

Sin (sic) bien, el secretario actuario cumplió con todos los requisitos que para tal efecto establece el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, lo cierto es que ante la manifestación expresa del quejoso de su problema visual, el notificador estaba obligado a allegarse de todos los medios posibles para que el quejoso estuviera en posibilidades de entender el motivo de su presencia, como sería leerle en voz alta el contenido de los autos a notificar, para así, no obligarlo a firmar un documento de emplazamiento a juicio, cuyo contenido desconoce por tener discapacidad visual, con lo cual lo limita a su derecho fundamental de acceso efectivo a la justicia.

*Así, al no haber el secretario actuario leído en voz alta el emplazamiento, pues de la transcripción realizada de la razón de mérito, no se indica tal circunstancia, transgredió en su perjuicio su acceso real y efectivo a la justicia, lo que debió de hacerlo tal como se acreditará en las siguientes líneas pues **estaba obligada a realizar las modificaciones necesarias al procedimiento para que el quejoso discapacitado visual, tuviera acceso real y efectivo a la justicia.***

Páginas 26 y 27

Por lo anterior, esta juzgadora considera que si fue violentado el derecho fundamental de audiencia al gobernado, ya que éste al ser un discapacitado visual, el secretario actuario que realizó la diligencia de emplazamiento **estaba obligado a ajustar el procedimiento de emplazamiento, para que el quejoso estuviera en posibilidades de atender y comprender debidamente el motivo de su presencia, debiéndole leer en voz alta todos y cada uno de los acuerdos que notificó, que además debían reunir los requisitos legales contemplados en los artículos 114, 115, 116 y 117 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, pues solo así, el quejoso en su condición de discapacitado visual, estaría en igualdad de condiciones con las personas que no tiene discapacidad alguna y se le podía dar un acceso efectivo a la justicia.**

²¹⁷ [J]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2; Pág. 118g. REQUISITOS PROCESALES BAJO LA ÓPTICA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Buenas prácticas

Acta 44-08 del Consejo Superior del Poder Judicial de Costa Rica. 12 de junio de 2008. *Política de Igualdad para las Personas con Discapacidad en el Poder Judicial.*²¹⁸

Acuerda:

13. **Garantizar que el entorno, los bienes, los servicios y las instalaciones de atención al público relacionado con los servicios judiciales sean accesibles para que las personas en condición de discapacidad los usen y disfruten.**
14. **Brindar información veraz, comprensible y accesible sobre los servicios judiciales a la población con discapacidad.**

Buenas prácticas

Proyecto Corte-BID del Poder Judicial de Costa Rica, a iniciativa de la Comisión de Accesibilidad. Septiembre 2008. *Modelo de señalización para servicios judiciales.*

El Poder Judicial de Costa Rica desde hace varios años ha venido trabajando en asegurar el acceso a la justicia de las personas en condición de discapacidad. Para ello realizó un diagnóstico sobre la situación institucional, el cual demostró una serie de debilidades en aspectos de accesibilidad y fue el material básico para la elaboración de la Política de Accesibilidad del Poder Judicial y su plan de implementación.

Uno de los factores considerados fue el acceso a la información y señalización de los servicios judiciales para lo cual se planificaron una serie de acciones dirigidas a mejorar los servicios que se ofrecen.

En el diagnóstico se evidenció la falta de una política clara de señalización lo que da como resultado: Una imagen institucional poco homogénea y única con diversos signos que no permite a las personas usuarias y trabajadoras del Poder Judicial identificar los diversos elementos que componen las instalaciones físicas e infraestructura.

El presente modelo busca establecer modelos normalizados de señalización homogenizados que permitan la fácil orientación, ubicación e identificación de los servicios que se ofrecen y la información necesaria en caso de una emergencia.

²¹⁸ http://portal.poder-judicial.go.cr/discapacidad/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=1&Itemid=126

Mediante la institución de formatos, diseños, colores, contenidos y materiales que faciliten el acceso y su correcta utilización bajo el concepto del diseño universal accesible para toda la diversidad de seres humanos es que se elabora el presente modelo.

Para lograr el objetivo se tuvo la participación de funcionarios/as judiciales y personas usuarias en condición de discapacidad que en varias ocasiones visitaron el segundo circuito judicial y validaron las propuestas de señalización que se presentan en este modelo.

Buenas prácticas

*Acta 70-09 del Consejo Superior del Poder Judicial de Costa Rica. 21 de julio de 2009. **Capacitación a la población judicial en el Lenguaje de Señas Costarricense LESCO.**²¹⁹*

El presente programa de capacitación, tiene como objetivo hacer valer la Ley 7600 “Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad” y los convenios internacionales que en materia de discapacidad ha suscrito el Estado de Costa Rica, en los cuales se obliga a toda institución pública o privada dedicada a la educación, la salud, la seguridad pública, la prestación de servicios, así como cualesquiera de los tres Poderes de la República, contar con los recursos humanos, físicos, técnicos y didácticos que requiera la población sorda para el efectivo acceso a la información institucional.

Es importante mencionar que de conformidad con el criterio técnico de esta oficina, el mencionado programa debe ser continuo, a razón de la necesidad institucional de contar con recurso humano calificado que brinde un servicio de calidad sin discriminación alguna, el cual permita garantizar el acceso igualitario a la justicia.

Para iniciar, con este programa se tomará como población meta los servidores que por la naturaleza de sus puestos deban atender público, ya que no se descarta que en el futuro otros puestos de la institución requieran esta formación, en razón de las nuevas características del entorno social, así como por la naturaleza de las clases de puesto.

219 http://portal.poder-judicial.go.cr/discapacidad/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=1&Itemid=126

Buenas prácticas

Costa Rica. *Protocolo para garantizar accesibilidad a los expedientes a personas no videntes en cualquier Despacho Judicial.*²²⁰

- 1.- *En la actualidad una gran cantidad de personas no videntes utilizan lectores de pantalla en sus computadoras y o teléfonos accesibles inteligentes; dichos medios son óptimos para acceder a información accesible en línea.*
- 2.- *No obstante lo indicado, aún hay personas no videntes que no manejan estas tecnologías.*
- 3.- *Para que el sistema sea funcional y garantice plena accesibilidad, es necesario que los medios de notificación y manejo del expediente sean accesibles a los requerimientos específicos de cada persona no vidente.*

Para ello, dicho Protocolo maneja diversos escenarios de cumplimiento:

I. Escenario óptimo

Resultado: Producto de ese nivel de acceso, el usuario puede consultar todo el expediente tanto desde su teléfono como desde su computadora. (No requiere nunca desplazarse al despacho para revisar el expediente pues desde su oficina lo realiza autónomamente. Esta debe ser la meta final de todo el sistema de gestión.

Nota: Actualmente lo más cercano a este escenario es la Sala Constitucional, donde ya se maneja un 100% del expediente en formato electrónico.

II. Escenario Bueno

Nota: Actualmente nos acercamos a este escenario en Contencioso y Tránsito, pero aun cuando se notifica por correo en formato accesible, no se remiten los documentos y pruebas de la contraparte, ni están en línea para consulta, lo que obliga a desplazarse a ver el expediente con un asistente.

III. Escenario Intermedio

1. *En caso de que el usuario tenga computador y acceso a Internet pero no tenga o no usa software para personas con discapacidad visual (Tipo JAWS).*
2. *En caso de que el usuario no esté matriculado en Gestión, o la oficina en la que está el expediente requerido, no está totalmente incorporado en gestión en línea.*

IV. Escenario Expediente en Papel y petición en braille.²²¹

²²⁰ http://portal.poder-judicial.go.cr/discapacidad/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=9&Itemid=140&limitstart=10

²²¹ Si bien en la consulta de dicho Protocolo no se especifica qué características tiene este último escenario, se entiende que podría ser aquel en que no existiendo la consulta del expediente por formato electrónico, sino únicamente en físico, se solicita que el mismo se traduzca a un Sistema de Escritura Braille

5

RESPETO DE LA DIGNIDAD INHERENTE, LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL, INCLUIDA LA LIBERTAD DE TOMAR LAS PROPIAS DECISIONES Y LA INDEPENDENCIA DE LAS PERSONAS

CASO QUE LO ILUSTRAN

Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006.

*La Corte considera que todo tratamiento de salud dirigido a personas con discapacidad mental debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas. El Tribunal reconoce que este último principio no es absoluto, ya que la necesidad misma del paciente puede requerir algunas veces la adopción de medidas sin contar con su consentimiento. **No obstante, la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de este tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades. Cuando sea comprobada la imposibilidad del enfermo para consentir, corresponderá a sus familiares representantes legales o a la autoridad competente, emitir el consentimiento en relación con el tratamiento a ser empleado.***

6

PARTICIPACIÓN E INCLUSIÓN PLENAS Y EFECTIVAS EN LA SOCIEDAD

(PRINCIPIO VINCULADO A LA VIDA INDEPENDIENTE, LA NO DISCRIMINACIÓN Y LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL EN ACTIVIDADES ECONÓMICAS, POLÍTICAS, SOCIALES Y CULTURALES)

CASO QUE LO ILUSTRA

Amparo en Revisión 410/2012, página 15. Primera Sala. Resolución 21 de noviembre de 2012. Suprema Corte de Justicia de la Nación (México).

Página 15

Por tanto, las discapacidades ahora tienen como punto toral, la existencia de factores sociales que vuelven adversas las diversidades funcionales que posee una persona, y que limitan el acceso potencial a los mismos fines que el resto de las personas. Eso implica que la dificultad para participar de manera plena en la sociedad tiene como nota distintiva, la inexistencia de una inadecuada construcción del entorno social, mismo que impide la consecución de los propios planes de vida en igualdad de oportunidades.

Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares vs Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012.

Párrafo 134

... En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad 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.

Párrafo 135

... la Corte considera que las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo 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.

Párrafo 300

... la Corte recuerda que en el marco de las obligaciones derivadas de los artículos 1.1 y 2 de la Convención, y según los estándares desarrollados en la presente Sentencia (supra párrs. 125 a 139), los Estados deben adoptar medidas para reducir las limitaciones o barreras y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas.

Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006.

Párrafo 105

Las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo 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 mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad.

Corte Constitucional de Colombia C-824/11²²²

Página 16

Es así como la jurisprudencia de esta Corte ha reconocido las diferentes barreras y disímiles obstáculos de todo orden, jurídicos, socioeconómicos, políticos y culturales que han tenido que padecer las personas con limitaciones o con discapacidad en nuestra sociedad, los cuales se originan igualmente en problemas estructurales de todo orden: desde prejuicios culturales o mentales originados en la ignorancia, el desconocimiento de las limitantes o discapacidades; pasando por un concepto erróneo de normalidad; hasta limitaciones de infraestructura física; los cuales impiden el goce efectivo de los derechos fundamentales de las personas con limitaciones o con discapacidad, así como la plena inserción social y laboral de esta población y, la imposibilidad de participación efectiva y de ejercicio pleno de todos sus derechos. Lo anterior, constituye una clara vulneración de la dignidad de estas personas y perpetúa situaciones de discriminación y marginalidad.

Corte Constitucional de Colombia T-810/11²²³

Página 21

Reconociendo que en distintas sentencias, tanto de tutela como de constitucionalidad, la Corte Constitucional ha reafirmado “la necesidad de brindar un trato especial a las personas discapacitadas [sic] y ha señalado que la omisión

222 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-824-11.htm>

223 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-810-11.htm>

de ese trato especial puede constituir una medida discriminatoria. Ello, por cuanto la no aplicación de la diferenciación positiva en el caso de las personas discapacitadas permite que la condición natural de desigualdad y desprotección en que se encuentran se perpetúe, situación que les impide, entonces, participar e integrarse en las actividades sociales, para poder así ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones.”

Corte Constitucional de Colombia C-606/12²²⁴

Páginas 28 y 29

Por ende las personas en situación de discapacidad deben ser tuteladas en primer lugar (i) mediante la prohibición de medidas negativas o restrictivas que constituyan obstáculos o barreras para hacer efectivos sus derechos; y en segundo término (ii) mediante medidas de acción positiva o acciones afirmativas de tipo legislativo, administrativo o de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos de dicho colectivo de personas. En este último caso dichas medidas no deben ser entendidas como una forma de discriminación, sino como una preferencia que tiene como fin promover la integración social o el desarrollo individual de las personas en situación de discapacidad para su integración efectiva en la sociedad.

Buenas prácticas

Acta 44-08 del Consejo Superior del Poder Judicial de Costa Rica. 12 de junio de 2008. *Política de Igualdad para las Personas con Discapacidad en el Poder Judicial.*²²⁵

Acuerda:

11. Promover la participación ciudadana de personas con discapacidad en los diferentes órganos del Poder Judicial.

224 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-606-12.htm>

225 http://portal.poder-judicial.go.cr/discapacidad/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=1&Itemid=126

7

RESPECTO POR LA DIFERENCIA Y LA ACEPTACIÓN DE LA DISCAPACIDAD COMO PARTE DE LA DIVERSIDAD Y LA CONDICIÓN HUMANAS

(PRINCIPIO VINCULADO CON LA HETEROGENEIDAD Y COMPLEJIDAD DE LA DISCAPACIDAD)

CASO QUE LO ILUSTRAS

Amparo en Revisión 410/2012, página 47. Primera Sala. Resolución 21 de noviembre de 2012. Suprema Corte de Justicia de la Nación (México).

Página 47

... Recordemos *que el modelo social tiene como uno de sus principios el de respeto a la diversidad, en virtud del cual las diversidades funcionales deben ser tomadas en consideración para la implementación de las medidas correspondientes, evitando partir de un igualitarismo sin justificación.*

Corte Constitucional de Colombia C-824/11²²⁶

Páginas 16 y 17

En este sentido, especial atención le ha merecido a la Corte la garantía de la igualdad y de la no discriminación a las personas con limitaciones o con discapacidad, el cual ha sido reconocido y garantizado en innumerables oportunidades, haciendo énfasis en la necesidad de brindar un trato especial a ese grupo poblacional e insistiendo en que el derecho a la igualdad trasciende la concepción formal y debe tener en cuenta las diferencias reales, y que en relación con las personas con discapacidad, “la igualdad de oportunidades es un objetivo, y a la vez un medio, para lograr el máximo disfrute de los demás derechos y la plena participación en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (CP art. 2). La igualdad de oportunidades es, por consiguiente, un derecho fundamental mediante el que se “equipara” a las personas en inferioridad de condiciones, para garantizarles el pleno goce de sus derechos.” Así mismo, ha insistido en que los derechos específicos para las personas con discapacidad implican necesariamente, acciones afirmativas a favor de éstas, de manera que “autorizan una “diferenciación positiva justificada” en favor de sus titulares. Esta supone el trato más favorable para grupos discriminados o marginados y para personas en circunstancias de debilidad manifiesta (CP art. 13)”.

226 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-824-11.htm>

Buenas prácticas

Acta 44-08 del Consejo Superior del Poder Judicial de Costa Rica. 12 de junio de 2008. *Política de Igualdad para las Personas con Discapacidad en el Poder Judicial.*²²⁷

Acuerda:

10. *Concienciar y capacitar en forma sistemática y continua a las personas servidoras judiciales con el objeto de lograr un cambio de actitud en la cultura institucional acorde a los principios establecidos en esta política.*

Buenas prácticas

Costa Rica. *Taller de sensibilización. Promoción y respeto por los derechos de las personas con discapacidad psicosocial.*²²⁸

Actividad organizada por la Comisión y la Unidad de Acceso a la Justicia, la Oficina de Cooperación y Relaciones Internacionales, con el auspicio de Eurosocial.

Crear conciencia en la población judicial sobre la importancia de respetar y tutelar los derechos de las personas con discapacidad psicosocial, es parte del objetivo del taller denominado: “Personas con discapacidad psicosocial: Apuesta por los derechos vs. la consolidación de los mitos”.

Dicho proyecto tiene dos componentes, el primero es para la eliminación de las barreras de acceso a la justicia a personas con discapacidad auditiva y el segundo a personas con discapacidad psicosocial.

La actividad promueve la eliminación de toda forma de discriminación a las personas con discapacidad psicosocial, refiriéndose a aquellas personas que representan un problema de salud mental y a las cuales la sociedad y el entorno discriminan, su concepción se ubica en el ámbito social y el respeto a los derechos humanos.

227 http://portal.poder-judicial.go.cr/discapacidad/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=1&Itemid=126

228 http://portal.poder-judicial.go.cr/discapacidad/index.php?option=com_content&view=article&id=202:realizan-taller-de-sensibilizacion-promocion-y-respeto-por-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-psicosocial&catid=12&Itemid=145.

8

RESPECTO A LA EVOLUCIÓN DE LAS FACULTADES DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS CON DISCAPACIDAD Y A SU DERECHO A PRESERVAR SU IDENTIDAD

CASO QUE LO ILUSTRAS

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), Jurisprudencia, Primera Sala.

*INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO. En términos de los artículos 40., párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991; y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales, en todas las medidas que tomen relacionadas con los menores, deben atender primordialmente al interés superior del niño; concepto que interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia contenciosa aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998) de la siguiente manera: “la expresión ‘interés superior del niño’ ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.*²²⁹

Corte IDH. Caso Furlan y Familiares vs Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012.

Párrafo 126

Por otra parte, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o de una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. Respecto del interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En este sentido, es preciso ponderar no

229 [1]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1; Pág. 334. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO.

sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallen el niño o la niña.

Párrafo 136

... ii) “[e]n todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño”, y iii) “que los niños y las niñas con discapacidad tienen 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, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho”.

Párrafos 228 a 231

*El Tribunal reitera que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino. De manera específica, la Observación General No. 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas resaltó la **relación entre el “interés superior del niño” y el derecho a ser escuchado**, al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior del niño)] si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”.*

En similar sentido, el artículo 7 de la CDPD establece expresamente que “los niños y las niñas con discapacidad t[ienen] 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, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho” (supra párr. 136). De manera que “es fundamental que los niños con discapacidad sean escuchados en todos los procedimientos que los afecten y que sus opiniones se respeten de acuerdo con su capacidad en evolución”. Además, el artículo 13 de la CDPD indica que se debe “facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales”.

Asimismo, la Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía

personal. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. [...] No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso. No sobra recalcar que estos estándares son igualmente aplicables a las niñas y niños con discapacidad.

Al respecto, el perito Moreno manifestó que: “el nivel de contacto, de inmediatez, de los Tribunales con los justiciables, se ve, quizás, un poco corroída, impedida, a partir de la existencia de un procedimiento escrito, que no permite concentrar, obviamente, todas las peticiones, y tomar contacto personal, que en el caso de los niños -y los grupos vulnerables- es fundamental, como lo marca el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y lo marca también la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como obligación necesaria de tomar contacto directo, del magistrado -juez”.

Párrafo 242

[...] Asimismo, el Tribunal considera que habrán casos, dependiendo del tipo de deficiencia de la persona, en que sea conveniente que la persona con discapacidad cuente con la asesoría o intervención de un funcionario público que pueda ayudar a garantizar que sus derechos sean efectivamente protegidos.

Corte Constitucional de Colombia T-694/11²³⁰

Página 19

Al respecto, es importante resaltar que la Constitución Política señala que el Estado debe propender por fijar una serie de acciones afirmativas a favor de aquellas personas que por su especial condición física o mental [niña con discapacidad] no pueden desempeñarse en sociedad en las mismas circunstancias personales en las que lo haría un individuo común, de forma tal que, esas limitaciones -discapacidad- que los aquejan “constituyen el fundamento para que respecto de ellos se tomen ciertas medidas de protección especial con el fin de permitirles un adecuado desarrollo en la vida social”.

230 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-694-11.htm>

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES -ADC-, BRITISH COUNCIL DE ARGENTINA Y RED POR LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD –REDI-, *Borrador de documento elaborado sobre El Derecho de Acceso a la Justicia y las Personas con Discapacidad*, Argentina, 2005.
- CAMPOY CERVERA, I. (Ed.), *Los Derechos de las Personas con Discapacidad: Perspectivas Sociales, Políticas, Jurídicas y Filosóficas*, Debates del Instituto Bartolomé de las Casas No. 2, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykinson S. L., Madrid, 2004.
- CARIGNANO, F., PALACIOS, A., dirigido por ROSALES, P.O., *Discapacidad, Justicia y Estado: acceso a la justicia de personas con discapacidad*, Infojus, Buenos Aires, 2012, pp. 42.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL, *Informe especial sobre la situación de los derechos humanos de las personas con discapacidad en el Distrito Federal 2007-2008*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2008, pp. 311.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, C., coordinador, *Derecho a la no discriminación*, UNAM-CONAPRED-CDHDF, México, 2006.
- DE LORENZO, R., y PÉREZ BUENO, L. C. (Directores), *Tratado sobre Discapacidad*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2007.
- GONZALEZ RAMOS, A. K., *Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2010.
- JIMENEZ, E. P. (Coordinador), *Igualdad, no discriminación y discapacidad: una visión integradora de las realidades españolas y argentinas*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2006.
- KAUFMAN, G. A., *Dignus Inter Pares: Un análisis comparado del derecho antidiscriminatorio*, AbaledoPerrot, Buenos Aires, Argentina, 2010.
- NACIONES UNIDAS, *Manual para parlamentarios sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo*, Naciones Unidas, Ginebra, 2007, pp. 162.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD Y BANCO MUNDIAL, *Informe mundial sobre la discapacidad (resumen)*, 2011.

- PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasma- ción en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapa- cidad*, Colección Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), No. 36, Ediciones Cinca, Madrid, octubre 2008.
- -----, Una aproximación a la Ley 27/2007 desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- *Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad. Propuestas para un trato adecuado*, Colección de Documentos de Política n° 2 Área Justicia, Eurosocial, Programa para la Cohesión Social en América Latina, Buenos Aires, oc- tubre 2013.
- PROYECTO DE LA ESCUELA DE DERECHO DE HARVARD SOBRE DISCAPACIDAD Y COMISION NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS MEXICO, *Tenemos Derechos Humanos, Manual de Derechos Humanos para Personas con Discapacidades Intelec- tuales*, 2008.
- REHABILITACION INTERNACIONAL, CONSEJO NACIONAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *Informe Final: Seminario sobre Capacidad Jurídica y Acceso a la Justi- cia de las Personas con Discapacidad en México*, México, 2010.
- SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES. PROGRAMA DE COOPERACIÓN SOBRE DERECHOS HUMANOS, *Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Memoria del Seminario Internacional Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapa- cidad*, Secretaría de Relaciones Exteriores, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, México, 2007, pp. 321.
- SILVA MEZA, JUAN N. *El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia, México, 2012.
- TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION, *Resoluciones de Cortes Internacionales sobre los derechos de las personas con discapacidad*, México, noviembre 2012.

FUENTES HEMEROGRÁFICAS

- CACÉRES RODRÍGUEZ, C., *Sobre el concepto de discapacidad. Una revisión de las propuestas de la OMS*, [en línea] *Auditio: Revista Electrónica de Audiología*, volu- men 2 (3), noviembre 2004, pp. 74 a 77. [http://www.auditio.com/revista/pdf/ vol2/3/020304.pdf](http://www.auditio.com/revista/pdf/vol2/3/020304.pdf).
- LAWSON, A., *Reasonable Accomodation and Accesibility Obligations: Towards a More*

Unified European Approach?, en *European Anti-Discrimination Law Review*, #11, December 2010, pp. 11 a 21.

- QUINN, G., *The New UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, en *European Anti-Discrimination Law Review*, Issue No. 5/ July 2007, pp. 41 a 43.

ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE ÍNDOLE NACIONAL

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad.
- Código Federal de Procedimientos Civiles.
- Código Federal de Procedimientos Penales.
- Norma Técnica de Competencia Laboral NUIPD001.01, Prestación de servicios de interpretación de la lengua de señas mexicana al español y viceversa. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de junio de 2009.
- Sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 3/2010.
- Amparo en Revisión 410/2012. Primera Sala. Resolución 21 de noviembre de 2012. Suprema Corte de Justicia de la Nación/México.
- Juicio de Amparo 806/2011-I. Juzgado Primero de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, radicado en el Juzgado Quinto de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región. Resolución del 30 de noviembre de 2011.
- [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1; Pág. 633. DISCAPACIDAD. PRESUPUESTOS EN LA MATERIA QUE DEBEN SER TOMADOS EN CUENTA POR LOS OPERADORES DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.
- [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1; Pág. 629. DISCAPACIDAD. ALCANCE DEL ARTÍCULO 9 DE LA LEY GENERAL PARA LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, A LA LUZ DEL MODELO SOCIAL CONSAGRADO EN LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

- [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1; Pág. 634. DISCAPACIDAD. SU ANÁLISIS JURÍDICO A LA LUZ DEL MODELO SOCIAL CONSAGRADO EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.
- [J]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2; Pág. 1096. ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. LAS GARANTÍAS Y MECANISMOS CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 8, NUMERAL 1 Y 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, TENDENTES A HACER EFECTIVA SU PROTECCIÓN, SUBYACEN EN EL DERECHO FUNDAMENTAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
- [J]; 10ª Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2, página 799. “PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE”;
- [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1; Pág. 630. DISCAPACIDAD. EL ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES EN LA MATERIA DEBE REALIZARSE A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN.
- [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1; Pág. 631. DISCAPACIDAD. EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 9 DE LA LEY GENERAL PARA LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, IMPLICA LA ADOPCIÓN DE AJUSTES RAZONABLES QUE PROPICIEN LA IGUALDAD.
- [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro IX, Junio de 2012, Tomo 2; Pág. 875. INCULPADO CON DISCAPACIDAD FÍSICA (AFONÍA). DESDE QUE RINDA SU DECLARACIÓN PREPARATORIA, EL JUEZ DEBE DESIGNARLE UN TRADUCTOR O INTÉRPRETE DE LENGUA DE SEÑAS MEXICANAS A FIN DE GARANTIZAR SU DEFENSA ADECUADA Y EL DEBIDO PROCESO LEGAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).
- [J]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2; Pág. 1189. REQUISITOS PROCESALES BAJO LA ÓPTICA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.
- [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 3; Pág. 2112. PERSONAS CON DISCAPACIDAD. NO ES INCONVENCIONAL LA APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ARTÍCULO 60. DE LA LEY DE AMPARO (INTERPRETACIÓN DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y PROTOCOLO FACULTATIVO).

- ▣ [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1; Pág. 334. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO.
- ▣ [J]; 10ª Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2, página 1053. ACCESO A LA JUSTICIA. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEBEN EVITAR, EN TODO MOMENTO, PRÁCTICAS QUE TIENDAN A DENEGAR O LIMITAR ESE DERECHO.
- ▣ [TA]; 10a. Época; Primera Sala; S.J.F. viernes 13 de diciembre de 2013 a las 13:20 horas. “SENTENCIA CON FORMATO DE LECTURA FÁCIL. EL JUEZ QUE CONOZCA DE UN ASUNTO SOBRE UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL, DEBERÁ DICTAR UNA RESOLUCIÓN COMPLEMENTARIA BAJO DICHO FORMATO”.

DE ÍNDOLE INTERNACIONAL

- ▣ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- ▣ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- ▣ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- ▣ Convención sobre los Derechos del Niño.
- ▣ Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- ▣ Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.
- ▣ Observación General No. 5 (personas con discapacidad) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas.
- ▣ Observación General No. 9 (2006) los Derechos de los Niños con Discapacidad, del Comité de los Derechos del Niño, 43º período de sesiones, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007.
- ▣ Observación General No. 12 (2009), el Derecho del Niño a ser escuchado, del Comité de los Derechos del Niño, 51º período de sesiones, CRC/C/GC/12, 20 de junio de 2009.
- ▣ Observación General No. 20 La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 42º período de sesiones, Ginebra, 4 a 22 de mayo de 2009, Distr. General E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.

- Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, sobre las necesidad de interpretar el artículo I.2, inciso B) in fine de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada en su primera reunión extraordinaria, OEA/Ser.L/XXIV.3.1, CEDDIS/doc.12(I-E/11) Rev.1, del 28 de abril de 2011.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Furlan y Familiares vs Argentina, Sentencia de 31 de agosto de 2012, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ximenes Lopes vs Brasil, Sentencia de 4 de julio de 2006.
- 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptada en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.
- Observaciones finales sobre el Informe inicial del Paraguay, aprobadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su noveno período de sesiones (15 a 19 de abril de 2013).
- Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a España, aprobadas en su sexto período de sesiones (19 a 23 de septiembre de 2011).

COLOMBIA

- Corte Constitucional de Colombia C-862/08.
- Corte Constitucional de Colombia T-340/10.
- Corte Constitucional de Colombia T-694/11.
- Corte Constitucional de Colombia T-810/11.
- Corte Constitucional de Colombia C-824/11.
- Corte Constitucional de Colombia C-606/12.

COSTA RICA

- Acta 44-08 del Consejo Superior del Poder Judicial de Costa Rica. 12 de junio de 2008. *Política de Igualdad para las Personas con Discapacidad en el Poder Judicial.*

- Proyecto Corte-BID del Poder Judicial de Costa Rica, a iniciativa de la Comisión de Accesibilidad. Septiembre 2008.
- *Modelo de señalización para servicios judiciales. Septiembre 2008.*
- Acta 70-09 del Consejo Superior del Poder Judicial de Costa Rica. 21 de julio de 2009. Capacitación a la población judicial en el Lenguaje de Señas Costarricense LESCO.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Secretaría General. Circular No. 18 D. G. 2009. Dirección General del Organismo de Investigación Judicial. Políticas para garantizar el adecuado acceso a la justicia de la población adulta mayor y personas con discapacidad.
- Comisión de Acceso a la Justicia, la Unidad de Acceso a la Justicia y la Oficina de Cooperación y Relaciones Internacionales. Junio 2013. Taller denominado “Personas con discapacidad psicosocial: Apuesta por los derechos vs. la consolidación de los mitos”.
- *Protocolo para garantizar accesibilidad a los expedientes a personas no videntes en cualquier Despacho Judicial.*

PUERTO RICO

- *Plan Estratégico de la Rama Judicial de Puerto Rico 2012-2015.*

Expectativas de la aplicación del Protocolo



La aplicación de las normas, los principios y las prácticas contenidas en el presente *Protocolo iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas*, representan una oportunidad para garantizar la vigencia de los derechos de estas personas y colectivos por parte de los Poderes Judiciales de la región.

La Cumbre Judicial Iberoamericana espera que este Protocolo coadyuve en la modificación de nuestra cultura jurídica adoptando actitudes proactivas que:

- Incorporen los más altos estándares de derechos humanos a nuestro quehacer;
- Propicien un acercamiento directo con las personas que intervienen en un juicio o un procedimiento para tener en cuenta su situación y sus características;
- Consideren el apoyo de personal multidisciplinario que auxilie en la resolución de los asuntos bajo el tamiz de los derechos humanos;
- Implementen medidas necesarias para garantizar que de manera progresiva, nuestros centros de impartición de justicia cuenten con personal capacitado, así como con instalaciones y servicios accesibles para todas las personas;
- Promuevan la generación de estadística que refleje cómo se consolidan los esfuerzos de nuestras instituciones para cumplir con las obligaciones internacionales.

Todos nuestros países han contraído compromisos concretos en materia de derechos humanos, a través de la firma de diversos instrumentos internacionales. A partir de ellos hemos buscado mecanismos y herramientas para mejorar la situación y el cumplimiento de los derechos al interior de nuestras instituciones. Este Protocolo puede considerarse una de esas herramientas.

Afortunadamente, en la actualidad también existen desarrollos jurisprudenciales y académicos que han contribuido a una reformulación necesaria de los sistemas jurídicos como espacios para mejorar la regulación de conductas y la solución de conflictos en un mundo marcado por la complejidad y la diversidad. Mejorar el acceso a la justicia para las personas históricamente marginadas, representará un claro indicador de que nuestros sistemas son más accesible y eficientes para la sociedad en su conjunto.

Alcanzar el objetivo de incorporar los más altos estándares de derechos humanos al quehacer judicial, basados en los principios pro persona y de progresividad, implica que las y los jueces incorporen los mejores criterios de interpretación que de estos derechos se han desarrollado en otras partes del mundo. En este sentido, el uso de jurisprudencia comparada es fundamental para que el criterio de las y los operadores judiciales abarque todos los componentes estructurales de cada derecho reconocido y amplíe a la población sus esferas de ejercicio, en la misma proporción en que ya lo ejercen las personas en países con condiciones de implementación semejantes a las de los nuestros.

Una relación democrática entre los jueces y las Cortes de Estados soberanos, implica el reconocimiento de la creciente influencia del derecho internacional, particularmente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el derecho interno y el necesario diálogo entre ambos. La universalización de los derechos y la transnacionalización de criterios genera un intercambio de resoluciones emitidas en otros países como referencia para la interpretación de derechos en el propio. Cada vez más, las resoluciones de las Cortes de otros países son orientadoras de los argumentos e interpretaciones que se hacen de los marcos internacionales compartidos.

Los planteamientos y las sugerencias contenidas en este Protocolo tienen como única finalidad servir como herramienta orientadora a las y los impartidores de justicia para que, en uso de sus facultades y en estricto ejercicio de su independencia y autonomía, encuentren más elementos para lograr una justicia más accesible emitiendo resoluciones que salvaguarden de la mejor manera posible derechos reconocidos. En este sentido, este Protocolo intenta apuntalar el papel social del derecho y coadyuvar a reposicionar la dignidad y el valor social de los jueces y las instituciones de justicia como garantes de gobernabilidad democrática.

Es importante destacar que el Protocolo está estrictamente basado en normas vigentes. Cada uno de sus planteamientos tiene un fundamento legal preciso y enuncia derechos que deben garantizarse eficazmente. Su objetivo central es ofrecer a las y los juzgadores las posibles acciones concretas que, a partir de una perspectiva de derechos humanos, mejoren los estándares de administración de justicia y consoliden el Estado de derecho al que todas y todos aspiramos.

Invitamos a las Cortes Supremas, los Tribunales Supremos de Justicia y los Consejo de la Judicatura a promover la apropiación de este documento por sus operadores como parte del compromiso de cooperación e intercambio que nos anima como comunidad Iberoamericana.

PROTOCOLO

IBEROAMERICANO

de actuación judicial para mejorar el acceso
a la justicia de personas con **discapacidad,**
migrantes, niñas, niños, adolescentes,
comunidades y pueblos indígenas

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Esta edición consta de 5000 ejemplares
y se terminó de imprimir en marzo 2014.

