

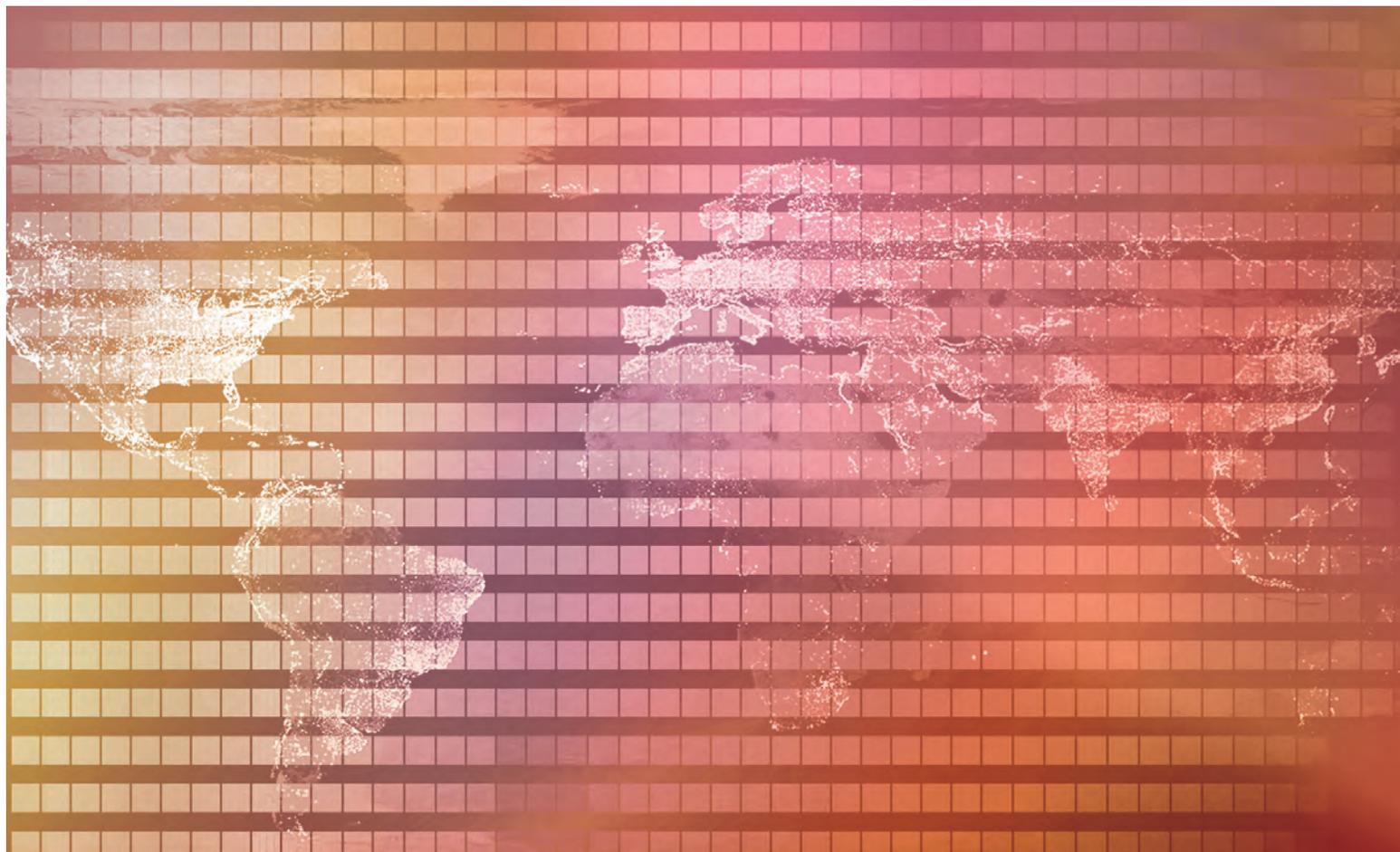


PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DE CHILE

NÚMERO 6 | AÑO 3 | 2010

# CUADERNOS DE DIFUSIÓN

CENTRO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES **ceiUC**



**DERECHOS HUMANOS: nuevos desafíos  
para un sociedad democrática; experiencias  
de Canadá y Chile**

# ÍNDICE

<b>PRÓLOGO</b> Juan Emilio Cheyre	2
<b>EDITORIAL</b> Sarah Fountain-Smith	5
<b>I CAPÍTULO</b> <b>UNA VISIÓN DEL MARCO CONCEPTUAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, TOMANDO EN CONSIDERACIÓN SU EVOLUCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL</b>	
<b>Los fundamentos de los derechos humanos, su evolución y los desafíos actuales</b> José Zalaquett D.	11
<b>Realidad regional y desafíos para los derechos humanos en las Américas</b> Santiago Canton	18
<b>II CAPÍTULO</b> <b>UNA VISIÓN DE LAS NUEVAS TENDENCIAS EN MATERIAS DE DERECHOS HUMANOS, PRINCIPALMENTE EN TRES GRANDES ÁREAS: MIGRACIÓN, PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y PUEBLOS NATIVOS</b>	
<b>La igualdad y la condición de pueblo originario en Canadá</b> Sébastien Grammond	31
<b>Las migraciones: una mirada desde el sistema multilateral</b> Alfredo Labbé	38
<b>Evolución internacional y cambio de paradigmas sobre las personas con discapacidad: desafíos en el enfoque de los derechos humanos para el siglo XXI</b> María Soledad Cisternas	43
<b>III CAPÍTULO</b> <b>UNA VISIÓN DE LA VALORACIÓN ACTUAL DE LOS DERECHOS HUMANOS TANTO EN LA REGIÓN COMO EN EL CASO ESPECÍFICO DE CANADÁ</b>	
<b>La obligación de consultar y considerar a los pueblos indígenas en Canadá</b> Elisabeth Patterson	57
<b>Instrumentos jurídicos y directrices para una ciudadanía plena e igualdad para las personas con discapacidad: ejemplos tomados de la realidad en Canadá</b> Edgar-André Montigny	65



## PRÓLOGO

Escribo este prólogo mientras nuestro sexto Cuaderno de Difusión se encuentra en proceso de edición. Entretanto, Chile ha sido nuevamente golpeado con la muerte de 81 compatriotas que se encontraban cumpliendo penas privativas de libertad en la cárcel de San Miguel.

Ahora muchos se preguntarán, ¿cuál es la relación de esta afirmación con el contenido de estas páginas? La respuesta es simple y directa, ya que la tragedia y sus efectos es un tema directamente relacionado con los derechos humanos. Allí radica la esencia y la magnitud del problema del cual este país y el mundo fue testigo; sin embargo, para muchos el vínculo ni siquiera es distinguido o se visualiza como muy indirecto.

En efecto, tradicionalmente los derechos humanos han sido relacionados –en especial en América Latina durante las últimas décadas– con el enfrentamiento a las secuelas que dejaron las violaciones de los mismos durante regímenes autoritarios, los crímenes de guerra y los efectos de conflictos armados. Sin embargo, la evolución del concepto va mucho más allá y se ha incorporado a la temática un amplio conjunto de contenidos que incluso a algunos los ha llevado a calificar como una nueva generación de derechos humanos.

Motivados por esa realidad, como Centro de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica de Chile quisimos, al inicio de 2010, abrir un espacio de debate para ampliar la mirada. Buscamos, por una parte, profundizar todos aquellos logros en una agenda de derechos humanos que en su vertiente tradicional de protección a la persona que los vio vulnerados en las últimas décadas ha sido exitosa, pero por otra, resaltar variables que nos parecía era fundamental abordar.

Allí radicó el origen de un seminario que, con el generoso patrocinio del gobierno de Canadá y el importante aporte de expertos y académicos, analizó conceptualmente los fundamentos de los derechos humanos, su evolución y los desafíos actuales. El encuentro también aplicó esas tendencias para dar una mirada a la situación en la región y hacer énfasis en áreas tales como personas con discapacidad, migraciones y pueblos originarios.

Buscábamos poner de relevancia a nivel societario –y muy particularmente en aquellos actores que deben tomar decisiones en la temática– que los derechos humanos del siglo XXI tienen múltiples componentes, todos orientados a asegurar que la persona, independiente de toda consideración, cuente con el Estado y con muchos otros actores donde destacan los organismos internacionales y también la comunidad, para dar a cada cual las condiciones de seguridad, protección y desarrollo que, a su vez, permitan que exista una situación de igualdad alejada de toda discriminación, marginación social o abierta inequidad.

Como en ocasiones anteriores, nuestro Centro aprovecha el desarrollo de una actividad académica –como el seminario realizado– para que toda la investigación, estudio y aporte de aquellas personalidades que participan sea poste-

riormente transformado en documentos. En la forma de este cuaderno de difusión, se busca que la información llegue a un público interesado en la temática específica, como asimismo a los centros de estudios internacionales, ya que cada uno de estos temas trasciende las fronteras, y cada día, en el caso de los derechos humanos y en muchos otros, vemos cómo aquello que era elemento propio y exclusivo de los Estados encuentra en la comunidad internacional y en múltiples actores a los más activos contribuyentes en la generación de políticas públicas y resoluciones que van adoptándose para construir un mundo mejor.

El contenido de esta publicación ha sido dividida para una mayor comprensión. En una primera parte, se aborda la visión del marco conceptual de los derechos humanos, donde se toma en consideración su evolución en el derecho internacional desde distintas perspectivas. Entre ellas se cuenta la contribución de la embajadora de Canadá en Chile, Sarah Fountain-Smith, el profesor y abogado chileno José Zalaquett, y el secretario ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, Santiago Cantón, quien además brinda una mirada regional al tema.

Un segundo capítulo trata especialmente las nuevas tendencias con relación a los derechos humanos de nueva generación. El capítulo se titula “Una visión de las nuevas tendencias en materias de derechos humanos, principalmente en tres grandes áreas: migración, personas con discapacidad y pueblos nativos”. Los aportes son del decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ottawa, Sebastián Grammond; Soledad Cisternas, quien es miembro del comité de expertos de la ONU sobre la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, y el embajador chileno Alfredo Labbé, a esa fecha director de Seguridad Internacional y Humana del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El tercer capítulo se titula “Una visión de la valoración actual de los derechos humanos tanto en la región como en el caso específico de Canadá”, y cuenta con los aportes de la abogada canadiense y experta en derecho aborígen, Elisabeth Patterson, y del profesor especialista del Disability Law Center de Ontario, Edgar-Andre Montigny.

El conjunto de artículos redactados especialmente para esta publicación busca entregar un enfoque orientado a revisar la temática de acuerdo a su dimensión histórica, pero haciendo énfasis en la realidad actual y los desafíos que se presentan habida consideración de la evolución del concepto.

Por lo expuesto, estimo que el mérito principal de esta publicación es presentar la tendencia dominante que resaltábamos al inicio de este prólogo, la que sintetizo en el surgimiento a nivel mundial, regional y en Chile, de una visión ampliada de aquella que tradicionalmente consideró la temática de los derechos humanos.



**JUAN EMILIO CHEYRE**  
DIRECTOR  
CENTRO DE ESTUDIOS  
INTERNACIONALES

Asumir ese cambio de paradigma me parece de la máxima relevancia para poder enfrentar las nuevas demandas en un mundo donde la persona humana, para ver respetada su libertad, ya no solamente requiere de la protección de ciertos derechos muy específicos, sino que cada día ellos se amplían en dimensiones hasta ahora desconocidas o ignoradas. Es el ejemplo al que me refería con la tragedia ocurrida en Santiago de Chile en diciembre de 2010, donde independiente del carácter de los delitos que hayan mantenido privados de libertad a las personas fallecidas en el incendio, un sistema carcelario propio del siglo XXI debería considerar no solo el respeto a sus vidas –que en este caso no existió–, sino que también la posibilidad de una permanencia en recintos de esa naturaleza que los lleve a procesos educativos que brinden una oportunidad para su reinserción en la sociedad de la cual forman parte.

Adicionalmente, la situación de América Latina –donde Chile no es una excepción– exige atender prioridades que hasta hace poco no eran visualizadas y, en el mejor de los casos, se estimaba que no constituían una prioridad. Es allí donde se inscriben, cada día y con creciente importancia, áreas tales como las tratadas en este cuaderno y otras como el derecho a la seguridad global, la protección ambiental, el derecho de la mujer, entre otros.

Lo descrito llama a que nuestro seminario y la difusión de este cuaderno, lejos de considerarlo como un aporte final y un análisis exhaustivo, sea solo un llamado a profundizar en el área temática de los derechos humanos, asumiendo la visión que hemos propuesto de ampliar la mirada a sus contenidos, formas, obligaciones y aporte a la solución de los problemas que exige enfrentar el mundo actual. Desde ya, comprometemos nuestro esfuerzo para participar en actividades de esta naturaleza, al constituir ella una línea de investigación que nuestro Centro tiene como prioridad.

JUAN EMILIO CHEYRE  
*Director Centro de Estudios Internacionales*

En nombre de la Embajada de Canadá en Chile y del Gobierno de Canadá, deseo agradecer al director del Centro de Estudios Internacionales, Juan Emilio Cheyre, y a su equipo de la Pontificia Universidad Católica de Chile por haber organizado el seminario “Nuevos desafíos para una sociedad democrática: experiencias de Canadá y Chile”, que se realizó el 29 de marzo de 2010.

Apreciamos enormemente la cooperación que tenemos con nuestros colegas chilenos en esta área y estamos muy orgullosos de haber podido colaborar con esta iniciativa. También me gustaría expresar mi sincero aprecio a todos los distinguidos expertos y dignatarios que participaron en seminario para dialogar acerca del relevante tema de los derechos humanos contemporáneos.

Esta es la segunda vez que colaboramos con la Pontificia Universidad Católica de Chile en el marco del programa Comprendiendo a Canadá. Este fue diseñado para incentivar un mayor conocimiento de Canadá, sus valores y su cultura entre académicos y otros grupos influyentes en el extranjero. El programa apoya los estudios o investigaciones realizadas por académicos extranjeros en Canadá y patrocina eventos en el exterior –como es el caso de este seminario– que sirven para destacar o hacer avanzar las prioridades internacionales y el compromiso de Canadá.

En Canadá estimamos que podemos hacer una contribución positiva trabajando con socios en la región, de modo que logremos construir una vecindad próspera y segura de naciones comprometidas con los valores de la democracia y la inclusión social. Vemos a Chile como un socio clave en la búsqueda de este importante objetivo.

Canadá y Chile comparten una estrecha amistad basada en el respeto mutuo y valores similares. En ese sentido, hemos construido la cooperación económica sobre una base sólida, que se apoya en un tratado de libre comercio firmado en 1997. Hoy las relaciones entre nuestros países son profundas y multidimensionales. Existe una excelente colaboración en una amplia gama de temas y en las más diversas áreas, que incluye el desarrollo sostenible de minerales y metales, energía, medio ambiente, responsabilidad social empresarial, ciencia y tecnología, becas y un programa de movilidad de jóvenes que, desde su creación en 2008, ha permitido que más de mil chilenos viajen a Canadá para conocer, estudiar o trabajar.

Esta exitosa cooperación nos ha llevado a la convicción de que nuestras sociedades tienen visiones similares del mundo y valores compartidos: un compromiso con la democracia, la transparencia, la educación, el estado de derecho y los mercados abiertos. Por esto, continuaremos fortaleciendo nuestro intercambio político y económico.

Otra característica que define nuestra relación es la buena disposición para participar en un diálogo sustantivo en materias de mutuo interés. Este seminario tuvo como foco un valor que es clave tanto para Chile como para Canadá: los derechos humanos. Ambos países han recorrido un largo camino y han sobrellevado muchos desafíos, pero también tienen un compromiso por seguir mejorando sus políticas y prácticas. Creemos que es importante que cada uno de nuestros países aprenda de las experiencias del otro. Y este seminario ha logrado el objetivo de permitir un intercambio sustancial en las áreas de derechos indígenas, derechos de las personas con discapacidades y políticas de inmigración.

La fundación de los derechos humanos en Canadá es la Carta Canadiense de Derechos y Libertades que entró en vigor en 1982 y que afianzó los derechos fundamentales y las libertades de todos los canadienses en nuestra Constitución. Su principal objetivo es proteger a los ciudadanos ante cualquier violación de sus derechos por parte del Estado.

Esta Carta constituye un documento unificador para los canadienses que afianza sus derechos y libertades fundamentales sin discriminación de raza, origen o etnia, color, religión, género, edad o discapacidades físicas o mentales.

En 1982, los derechos indígenas y de los tratados fueron consagrados en la Constitución. La Constitución reconoce los derechos especificados en los tratados, tanto históricos como modernos, que han sido negociados con los pueblos indígenas de Canadá.

En 1995, el Gobierno de Canadá reconoció el derecho inherente de los pueblos indígenas a autogobernarse en asuntos que son parte integral de su cultura e identidad. Actualmente, el Gobierno está negociando convenios de autogobierno en estas áreas con varios pueblos indígenas, reconociendo que las Primeras Naciones y los Inuit tienen derecho a dar forma a sus propios modos de gobierno para adaptarlo a sus circunstancias y culturas particulares.

Los pueblos originarios de Canadá incluyen a las Primeras Naciones, a los Métis y a los Inuit del Norte. Tenemos más de 1,1 millones de indígenas en Canadá, cifra que representa cerca del cuatro por ciento de la población canadiense.

Las políticas sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas han cambiado mucho en las últimas décadas en Canadá. Por ejemplo, años atrás, el sistema de Escuelas Residenciales Indígenas de Canadá separó a más de 150 mil niños indígenas de sus hogares y comunidades, una experiencia traumática para muchos de ellos. En junio de 2008, el Primer Ministro Harper ofreció, a nombre del Gobierno de Canadá y de todos los canadienses, una histórica disculpa formal y simbólica por esa antigua política. Pidió perdón por todo el sufrimiento de los alumnos y por el perjudicial impacto de estas escuelas en la cultura, las comunidades y los idiomas de los pueblos indígenas. Esta disculpa constituyó un paso positivo hacia el establecimiento de una nueva relación con los pueblos indígenas canadienses.

Al igual que Chile, Canadá también ha establecido una Comisión de Verdad y Reconciliación para los ex alumnos de las Escuelas Residenciales con el objeto de generar un registro exacto y público del pasado y de contribuir a la verdad, la rectificación y la reconciliación. A nivel internacional, el Primer Ministro Harper anunció, en marzo de 2010, que Canadá tomaría medidas para respaldar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de una manera consecuente con la Constitución y las leyes de Canadá.

Con respecto a los derechos de las personas con discapacidad, Canadá tiene un compromiso de larga data para mantenerlos y salvaguardarlos, además de promover su plena participación en la sociedad. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Canadá firmó la Convención en 2007 y la ratificó el 11 de marzo de 2010. La principal obligación impuesta

por la Convención es proteger el derecho a la igualdad y la no discriminación de las personas con discapacidad en relación con todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

La ratificación de esa Convención subraya el compromiso que desde hace mucho tiempo Canadá tiene con la igualdad, la inclusión y la participación total de las personas con discapacidad en la sociedad canadiense, las que actualmente suman aproximadamente 4,4 millones de personas (equivalente a un 14,3% de la población canadiense). La Convención ayudará a guiar el futuro desarrollo de políticas que cubran importantes áreas de interés para las personas con discapacidad en Canadá.

Finalmente, Canadá es un país de inmigrantes, y el crecimiento y éxito de nuestro país durante siglos ha dependido de la inmigración. En efecto, aunque somos una de las naciones occidentales con más baja tasa de natalidad en el mundo, la población de Canadá aumentó en casi cinco millones de habitantes en el transcurso de los últimos veinte años gracias a la inmigración. De hecho, se espera que en 2010 aproximadamente 250 mil inmigrantes se conviertan en residentes permanentes de Canadá. También se espera que la tendencia continúe y el Ministerio de Estadísticas de Canadá proyecta que, para 2031, casi la mitad de la población mayor de 15 años habrá nacido en otro país.

A través de nuestro Ministerio de Ciudadanía e Inmigración, el Gobierno de Canadá está comprometido con desarrollar e implementar políticas, programas y servicios que faciliten el arribo e integración de recién llegados, en una forma que maximicen su contribución al país toda vez que protejan la salud y seguridad de los canadienses. En la misma línea, las políticas de Canadá también apuntan a mantener su tradición humanitaria, protegiendo a los refugiados y a quienes lo necesiten.

Además, uno de los mandatos del Ministerio de Ciudadanía e Inmigración de Canadá es fomentar un mayor entendimiento intercultural y una sociedad integrada, con igualdad de oportunidades para todos, sin importar raza, etnia ni religión.

Así, Canadá ha logrado avances muy importantes en cuanto a los derechos humanos. Hoy vivimos en una sociedad diversa y pacífica. Sin embargo, como miembro de la comunidad internacional, aún tenemos mucho camino por recorrer si deseamos vivir en un mundo donde los derechos humanos no solo se reconocen, sino que además se respetan. Este es un objetivo que compartimos con Chile.



**SARAH FOUNTAIN-SMITH**  
**EMBAJADORA DE**  
**CANADÁ EN CHILE**

SARAH FOUNTAIN-SMITH  
*Embajadora de Canadá en Chile*



I CAPÍTULO

**UNA VISIÓN  
DEL MARCO  
CONCEPTUAL DE  
LOS DERECHOS  
HUMANOS**



**JOSÉ ZALAUQUETT D.**

Profesor titular de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la U. de Chile.

Codirector del Centro de Derechos Humanos

# LOS FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS HUMANOS, SU EVOLUCIÓN Y LOS DESAFÍOS ACTUALES

## Fundamentación

La fundamentación filosófica de lo que hoy conocemos como derechos humanos se remonta a los tiempos de la Ilustración. Esa época, que la mayoría de los autores sitúa dentro del siglo XVIII, aunque algunos la retrotraen hasta la segunda mitad del siglo XVII, produjo un cuerpo de filosofía política y moral de cardinal importancia, que abarca desde Locke (1632-1704) hasta Rousseau (1712-1778).

La literatura sobre fundamentación de los derechos humanos es voluminosa<sup>1</sup>. Se han agrupado las corrientes de opinión sobre esta materia en cuatro vertientes principales: iusnaturalista, ética, historicista y racional<sup>2</sup>. Todas ellas tienen algo de persuasivo, aunque el basamento historicista es, en realidad, un recuento o explicación del desarrollo ético y legal de los derechos humanos a lo largo del tiempo, antes que una sustentación filosófica. Por otra parte, no cabe duda que el lenguaje de las declaraciones y convenciones

1 Ver “Fundamentación” más “Derechos Humanos” en [www.google scholar.com](http://www.google scholar.com).

2 Así: SQUELLA, Agustín. *Introducción al Derecho*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 165-175.

internacionales sobre derechos humanos tiene claras connotaciones iusnaturalistas. Con todo, la fundamentación ética también asume que hay derechos de los que son titulares las personas, sin necesidad de que medie un reconocimiento por parte de los Estados, pero no supone que tales derechos respondan a una naturaleza inmutable de la persona, sino que se van definiendo conforme progresan las concepciones morales. Atendido lo anterior, Norberto Bobbio duda que pueda encontrarse una base absoluta o irresistible para sustentar tal o cual derecho humano y declara que, por ello, lo importante no es fundamentarlos, sino protegerlos<sup>3</sup>.

No obstante, en años recientes, particularmente a propósito del debate que se ha vuelto a encender sobre la universalidad de los derechos humanos versus su mayor o menor sujeción a particulares concepciones religiosas o culturales, la cuestión de la fundamentación de estos fueros como derechos inderogables, universales e inherentes a toda persona, ha vuelto a cobrar importancia.

## Evolución histórica de los derechos humanos

Se suelen citar antiguos precedentes de los derechos humanos. Los ejemplos se remontan a la Carta Magna<sup>4</sup> o incluso antes. Sin embargo, no obstante la semejanza de algunos de tales antecedentes con ciertas normas modernas sobre derechos humanos, el origen de la evolución de lo que hoy se tiene por el cuerpo de tales derechos, tuvo lugar con la fundamentación filosófica sobre ética política que comenzó sistemáticamente

en el ya citado período de la Ilustración y que, partiendo de la base de la igual dignidad y derechos de toda persona, se ocupa de materias como el sentido de la vida en sociedad, la soberanía popular, la base de la legitimidad del poder y los fueros de las personas de cara al Estado.

A partir de la Independencia de los Estados Unidos y de la Revolución Francesa, diversos derechos pasaron a incorporarse al derecho positivo<sup>5</sup> de algunos países, en la forma de declaraciones, normas constitucionales o leyes.

Comenzando en la primera parte del siglo XIX, se dio un proceso de extensión de los primeros derechos reconocidos legalmente, haciéndolos aplicables a un mayor rango de personas que los originales beneficiarios, es decir, varones libres (y propietarios). Esto marca los inicios de una evolución –aún inconclusa– que rechaza la discriminación arbitraria y afirma la igualdad en derechos.

Desde la segunda mitad del siglo XIX, ha tenido lugar un trabajoso proceso social, político y normativo que apunta a ampliar el catálogo de los derechos declarados en la primera oleada del pensamiento liberal y afirmado por las revoluciones del mismo cuño. Es así como comenzaron a postularse, en ese entonces, derechos laborales y, más tarde, algunas prerrogativas de seguridad social, para culminar, mucho más tarde, con convenciones internacionales que contienen un amplio conjunto de lo que hoy se denomina derechos económicos, sociales y culturales<sup>6</sup>.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, se produjo la internacionalización sistemática de los derechos humanos, comenzando por la Declaración Universal de estos, de Naciones Unidas, en 1948<sup>7</sup>.

3 BOBBIO, Norberto, et. ál. *Crisis de la democracia*. Editorial Ariel, Barcelona, España, 1985, p. 91-92.

4 *Magna Carta Libertatum*, documento suscrito por el rey Juan I de Inglaterra, en 1215, por el cual se reconocen fueros a los nobles anglosajones y normandos.

5 La Declaración de la Independencia de los Estados Unidos, de 1776, las primeras enmiendas a la Constitución de ese país, de 1791, y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de Francia, de 1789, se cuentan entre los primeros documentos estatales oficiales, inspirados en las ideas de filosofía moral del tiempo de la Ilustración, que contenían una fundamentación y catálogo de derechos humanos.

6 Así, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, de 1966; y en el sistema interamericano, el Protocolo de San Salvador, de 1988.

7 Con posterioridad a la Declaración Universal de Derechos Humanos (que originalmente tenía solo el valor de una recomendación de las Naciones Unidas, pero a la cual se reconoce hoy, generalmente, un valor vinculante, en razón de la costumbre y del hecho de contener normas imperativas de derecho internacional), Naciones Unidas adoptó, en 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ambos entraron en vigor en 1976. Precedente, paralela o posteriormente, se han acordado numerosos otros pactos o convenciones sobre derechos humanos en Naciones Unidas o en organizaciones regionales como la OEA.

Desde la década de los setenta en adelante, tuvo lugar una doble tendencia en el progresivo desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. Por una parte, la consagración de derechos especiales para determinados colectivos o categorías de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad (sea esta natural o inducida por factores histórico-culturales) y que precisan de especial protección (derechos de la mujer, del niño, de pueblos indígenas, de trabajadores migrantes, de discapacitados...). Y, por otra parte, intentos por consagrar derechos colectivos. Dentro de esta última categoría, solo han adquirido fuerza legal vinculante algunas normas internacionales sobre protección del medio ambiente y sobre autodeterminación de los pueblos, quedando otros de estos derechos colectivos en el plano de declaraciones retóricas de órganos multilaterales<sup>8</sup>.

Con el fin de la Guerra Fría, se reactivó la actividad internacional concerniente al desarrollo de la justicia penal internacional, interrumpida desde los primeros años de posguerra<sup>9</sup>. Al mismo tiempo, se desarrolló una actividad política y una rama académica relativas a la superación de conflictos armados internos o dictaduras y al enfrentamiento de un legado de violaciones de derechos humanos o crímenes de guerra cometidos en el pasado reciente, como un paso necesario para la reconstrucción política y ética de la sociedad. Este tópico se ha llegado a conocer como “justicia transicional”<sup>10</sup>.

Finalmente, luego de los ataques terroristas perpetrados en Nueva York y Washington D.C., el 11 de septiembre de 2001, se ha dado una tendencia, originada en ciertos círculos de Estados Unidos (que ha recibido críticas en otros ámbitos de ese país y en otras naciones), la cual apunta a cuestionar o relativizar la aplicabilidad de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario en determinadas situaciones de emergencia (tales como la denominada guerra

contra el terrorismo), más allá de lo que las mismas normas internacionales permiten en tales circunstancias<sup>11</sup>.

## Temarios de derechos humanos

Una vez iniciada la internacionalización sistemática de los derechos humanos que ha tenido lugar desde fines de la Segunda Guerra Mundial, ha habido distintos temarios dominantes sobre esta materia. En los años de posguerra, destacaba la generación de normas internacionales y la justicia internacional, principalmente expresada en los juicios de Núremberg y Tokio. Toda esta actividad se hallaba impulsada principalmente por los Estados, a través de organizaciones internacionales, y declinó sensiblemente en la década de los años cincuenta con la instauración del clima de la Guerra Fría.

A partir de la década de los sesenta, cobró preponderancia en el temario internacional la denuncia de violaciones de derechos humanos cometidas por diferentes Estados y la consiguiente defensa de las víctimas. Esta acción fue impulsada por organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, tanto internacionales como nacionales.

Con el fin de la Guerra Fría, durante la década de los noventa, la noción de los derechos humanos como idea-fuerza de carácter ético adquirió incontestable legitimidad internacional. Ello conllevó una expansión de la agenda de derechos humanos. Se incorporó a esta el tema ya aludido de la justicia transicional; rebrotaron las iniciativas para establecer instituciones de justicia penal internacional; se prestó mayor atención a la cuestión de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales; tomaron nuevo impulso temas como los derechos de la mujer o los

8 Así, la Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz, de 1984, y la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, de 1986, ambas de Naciones Unidas.

9 Esta alcanza su expresión más relevante con la aprobación del Estatuto de Roma, de 1998, que crea la Corte Penal Internacional, de carácter permanente. Dicho estatuto entró en vigencia en 2002 y fue ratificado por Chile en 2009.

10 Para una información general sobre este tema ver [www.ictj.org](http://www.ictj.org).

11 Ver bajo las palabras “war on terrorism” en [www.amnestyusa.org](http://www.amnestyusa.org) y [www.hrw.org](http://www.hrw.org).

derechos de los pueblos indígenas, energizados por el recurso a la normativa y la legitimidad del marco de los derechos humanos; se establecieron vínculos entre derechos humanos y la temática de protección del medio ambiente –que surgió en los años setenta– o entre derechos humanos y el campo emergente de la transparencia, probidad pública y lucha contra la corrupción.

## Principales temas de la agenda de derechos humanos actual

### a. Seguridad

A partir de los ataques terroristas contra Estados Unidos, el 11 de septiembre de 2001, y también por la creciente conciencia sobre los problemas serios de seguridad que enfrentan muchos Estados por la acción del crimen organizado (en América Latina, principalmente el narcotráfico, y en países de América Central, además, las bandas juveniles llamadas “maras”), el problema de la seguridad ha pasado a ser considerado como una de las cuestiones prioritarias de políticas públicas y de derechos humanos.

Sobre este punto, debe reconocerse que la noción de “seguridad” resuena más bien negativamente entre los activistas de derechos humanos de América Latina. Ello se explica, entre otras razones, porque –en nombre de la seguridad nacional– diversos gobiernos autoritarios, desde fines de los años sesenta, intentaron justificar algunas restricciones a las libertades civiles e, incluso, las más graves violaciones a los derechos humanos. No obstante, no cabe duda que uno de los fundamentos de la organización política de la sociedad bajo la forma de Estado es proveer protección y seguridad al territorio y a sus habitantes. La opinión pública, que ha sido el sustento y apoyo del movimiento moderno de los derechos humanos, percibe que si este no incluye en su agenda el apoyo a políticas estatales de protección de la vida y la integridad física de las personas y sus familias frente a la amenaza del crimen, su credibilidad se socavaría seriamente. Es por ello que, además de basarse en razones éticas de fondo, el

movimiento de los derechos humanos necesita desarrollar un planteamiento constructivo respecto del tema de la seguridad; de lo contrario arriesga perder, gradualmente, el apoyo de la opinión pública. Tal planteamiento constructivo no debería ser, por cierto, sinónimo de una postura ni feble ni de lo que tradicionalmente se entiende por “mano dura”. Una política de seguridad se puede fortalecer, antes que debilitarse, si se observan los principios propios de una sociedad democrática y de los derechos humanos. El desafío consiste, por cierto, en darle un contenido a la vez legítimo y efectivo.

La expresión que más se aproxima a la acepción de “seguridad”, desarrollada en el párrafo anterior, es la de seguridad ciudadana, que se refiere a la protección de las personas frente a la amenaza de la delincuencia, en particular del crimen organizado.

Existen también otras nociones de seguridad:

a) La seguridad global. Las principales amenazas actuales contra la paz internacional son las diferencias y conflictos, algunos de ellos aparentemente irreconciliables, de orden ideológico, religioso o político, que enfrentan a naciones y bloques de naciones. Un factor de especial inestabilidad es la posesión, por las partes contendientes, de armas de destrucción masiva, o bien, la acción de grupos o entidades subestatales, capaces de devastadora violencia y dotados de voluntad de autoinmolación.

América Latina no es escenario de enfrentamientos que amenacen seriamente la paz mundial. Sin perjuicio de ello, el problema de la seguridad global puede incidir en la vigencia de los derechos humanos en esta región; tanto por los efectos directos o indirectos de un potencial enfrentamiento bélico, o por la posible influencia expansiva de doctrinas de seguridad global que no toman en consideración las normas internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario.

b) La seguridad nacional en el pasado se ha entendido como la protección del Estado y de la integridad de su territorio. Pero a partir de los años setenta, algunos autores dieron cuenta de

una expansión doctrinal del concepto hasta entonces prevaeciente de seguridad nacional, ostensiblemente para adecuarlo a una situación de insurgencia-contrainsurgencia<sup>12</sup>.

c) En el seno de las Naciones Unidas se ha desarrollado, además, el concepto amplio de seguridad humana, el cual, siguiendo la tradición de esa organización de generalización conceptual, incluiría la protección de las personas en los ámbitos alimentario, sanitario, ambiental, personal, comunitario y político<sup>13</sup>.

## Superación de la exclusión social

El sentido último de la organización política de la sociedad es maximizar los beneficios de la cooperación social. Ello supone que cada cual pueda contar con las condiciones de seguridad, autonomía y apoyo de la comunidad que permita, a la vez, elegir su camino de vida y cumplir con sus responsabilidades para consigo, los suyos y la comunidad.

La exclusión social generada por condiciones de radical privación, debido a la pobreza, o bien, por prácticas sociales de discriminación o marginación, históricamente ha sido un obstáculo mayor para el cumplimiento de dicho supuesto. Por esta razón, las conquistas de la primera oleada de pensamiento y las políticas liberales en el plano de la igualdad entre las personas probaron ser insuficientes. Tales logros consistieron en la abolición legal de la sociedad estamental o de clases, la abolición de la esclavitud y el comienzo de una tarea, aún hoy largamente inconclusa, consistente en erradicar las discriminaciones arbitrarias. La conquista de las mencionadas

igualdades liberales (en el lenguaje de Bobbio, la igualdad ante la ley, la igualdad jurídica y la igualdad en derechos<sup>14</sup>) es, sin duda, un paso necesario, pero no suficiente. Aun si se alcanzare una plena igualdad en esos tres planos, muchas personas, grupos y sectores de la sociedad continuarían hallándose en situación de desigualdad de oportunidades por razones objetivas, o bien, por el peso de prejuicios histórico-culturales.

La igualdad de oportunidades, concepto central del segundo principio de justicia de Teoría de la justicia de John Rawls, y que ha sido incorporado a diversos documentos de Naciones Unidas<sup>15</sup>, supone al menos lo siguiente:

Que para poder valerse por sí mismas, en beneficio propio y de la comunidad, todas las personas debieran contar, sea por sus propios medios –las menos– o por acceso a políticas públicas apropiadas –las más–, con una educación y atención de salud suficientes, junto con condiciones laborales y de seguridad social adecuadas.

Además de ello, los Estados deben impulsar medidas especiales para lograr una efectiva igualdad de oportunidades a favor de aquellas categorías de personas que sufren objetivamente de alguna vulnerabilidad (discapacitados) o bien son vulnerables en razón de una discriminación histórico-cultural en su contra (mujeres, indígenas, afrodescendientes, inmigrantes, minorías sexuales). Las convenciones internacionales de derechos humanos no consideran discriminatorias las medidas especiales que adopten los Estados con ese propósito, siempre que ellas no se prolonguen más allá de la consecución del objetivo buscado<sup>16</sup>.

Pese a los avances que se han logrado en diversos países, en lo que se refiere a la superación de la discriminación y la marginación social, to-

12 Por ejemplo, COMBLIN, Joseph, *Le Pouvoir Militaire en Amérique Latine: l'idéologie de la sécurité nationale*. J.P. Delarge. París, Francia, 1977; y MONTEALEGRE, Hernán. *La seguridad del Estado y los derechos humanos*. Academia de Humanismo Cristiano. Santiago, 1979.

13 Ver PNUD, *Informe sobre desarrollo humano*, 1994.

14 BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Ediciones Paidós Ibérica S.A. Barcelona, España, 1993.

15 Por ejemplo, en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, de 1986.

16 Por ejemplo, el art. 4.1. de la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, de 1979, establece que “la adopción por los Estados partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”.

davía queda mucho por hacer. En particular, en la gran mayoría de los países del Tercer Mundo, la erradicación de la pobreza endémica persiste como un problema de muy difícil solución. Los progresos que se han alcanzado en el desarrollo de movimientos sociales por los derechos de la mujer o de los pueblos indígenas contribuyen a mantener estos temas en la agenda pública. Con todo, la erradicación de la pobreza supone tanto cambios culturales y políticos como el desarrollo de una agenda universal en pro de la equidad en las relaciones internacionales de comercio, crédito y cooperación económica.

### Calidad de las instituciones públicas

Tradicionalmente, los países iberoamericanos han considerado que el control de la actuación de las autoridades consiste, fundamentalmente, en un examen de legalidad y de cuentas. La calidad de la gestión pública ha comenzado a ser considerada en tiempos relativamente recientes como una tercera y muy importante obligación de ética política.

Hoy en día, una parte importante de la agenda pública, en muchos países, consiste en la modernización del Estado y de las políticas públicas. Estos ítems parecieran no guardar una relación directa con la agenda de los derechos humanos y así es, en buena medida. Sin embargo, respecto de algunos aspectos, esta vinculación se hace más estrecha. A continuación nos referimos a dos de los principales:

La transparencia y probidad públicas. El combate a la corrupción. Coincidente con el fin de la Guerra Fría, internacionalmente comenzó a

desarrollarse un nuevo campo de preocupación de ética política, que vino a sumarse al de los derechos humanos y la protección del medio ambiente, los cuales habían emergido en décadas precedentes. Se trata del campo conocido por los términos transparencia, probidad pública, rendición de cuentas (o accountability) y lucha contra la corrupción. Luego de cerca de dos décadas de actividades, sobre este tema se han establecido tratados<sup>17</sup>; se fundaron organizaciones no gubernamentales de carácter internacional<sup>18</sup> o nacional; se han creado departamentos o programas en entidades financieras internacionales<sup>19</sup>; han surgido agencias nacionales en diversos países, tales como fiscalías especiales o bien entidades autónomas encargadas de asegurar la transparencia de la gestión pública<sup>20</sup>; y se ha generado abundante literatura académica<sup>21</sup>. Los efectos nocivos de la corrupción en la economía de los países, las transacciones internacionales, los derechos de personas y grupos y la calidad misma de la democracia han sido abundantemente documentados por la mencionada literatura académica. Sin perjuicio de que el tema del combate a la corrupción tenga su propia identidad teórica, normativa y práctica, se han destacado las relaciones y puntos de contacto que existen entre este campo y el de los derechos humanos<sup>22</sup>. Entre ellos se cuentan los siguientes: el hecho que el acceso a la información pública, una herramienta fundamental a favor de la transparencia, es, normativamente, una dimensión de la libertad de expresión; la comprobación de que la corrupción suele afectar el derecho a la igualdad, en el sentido de no ser afectado por discriminaciones arbitrarias; el impacto de la corrupción en la economía y en los recursos públicos, que incide en la posibilidad de satisfacer los derechos económicos, sociales y culturales; las relaciones entre el financiamiento de las elecciones y partidos y los derechos polí-

17 Los principales son la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003, y la Convención Interamericana contra la Corrupción, de 1996.

18 Transparency International, con sede en Berlín, es la más conocida. Cuenta con capítulos nacionales en numerosos países.

19 Sobre la política anticorrupción del Banco Mundial ver [www.bancomundial.org](http://www.bancomundial.org); para el Banco Interamericano de Desarrollo, ver [www.iadb.org](http://www.iadb.org).

20 En Chile, el Consejo para la Transparencia, establecido por la Ley 20.285.

21 Ver bajo "corruption" en [www.google.com](http://www.google.com); en particular, los escritos de Daniel Kaufmann y Susan Rose-Ackerman de 2008.

22 Ver el Informe del International Council on Human Rights Policy, titulado Corruption and Human Rights: Making the Connection, en [www.ichrp.org](http://www.ichrp.org).

ticos; el efecto nocivo de la corrupción judicial sobre el derecho a un juicio justo y a una justicia imparcial.

b. Organismos autónomos. Locke, Rousseau, Montesquieu y otros autores del tiempo de la Ilustración, aludieron al principio clásico de los tres poderes del Estado y de la separación entre ellos. Además de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, en tiempos recientes se han creado numerosas organizaciones estatales autónomas, en diversos países. El objetivo de estas es enfrentar los complejos desafíos de la gestión pública, velar por su calidad y legalidad, así como por la protección de los derechos de las personas y grupos (lo que asegura las necesarias garantías para las minorías políticas). Entre estos organismos, el más antiguo y asentado es el que se conoce como Contraloría, la cual puede ejercer controles de legalidad, cuentas y calidad de la gestión pública. En las últimas décadas ha proliferado la creación de otros entes autónomos, o bien la reforma de algunos antiguos, con el fin de dotarlos de autonomía frente a los demás poderes públicos. Así, en el panorama institucional de muchos países se ven, hoy en día, entre otras organizaciones, bancos centrales autónomos, tribunales constitucionales, oficinas de ombudsman o defensor del pueblo, consejos de transparencia, órganos encargados de la protección de datos, ciertas agencias o tribunales especializados en determinadas áreas de la economía o de servicios públicos y determinadas empresas estatales.

La experiencia irá dictando en qué medida y de qué forma podrían estos y otros organismos públicos cumplir la función que se les ha asignado de mejorar la calidad de la gestión estatal. Su carácter contra-mayoritario, real o aparente, puede justificarse, desde la perspectiva de la teoría democrática, en la medida que se demuestre que son esenciales, precisamente, para garantizar que el Estado opere imparcialmente para beneficio de todos (incluidas, por cierto, las minorías), o en sentido general, para asegurar la calidad de la gestión pública.

**SANTIAGO CANTON**

Secretario Ejecutivo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos.

# REALIDAD REGIONAL Y DESAFÍOS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS AMÉRICAS

Es un honor para mí poder compartir con ustedes algunas reflexiones acerca de los principales logros y desafíos en materia de derechos humanos en la región, en particular desde la perspectiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Creo que para poder hacer frente a nuevas tendencias y desafíos, es fundamental recordar el pasado y resolver deudas históricas con las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos para poder asegurarnos que estos hechos no vuelvan a repetirse.

Si bien son muchos los avances de los que han sido partícipes los órganos del sistema interamericano, fruto también de la tenacidad de la sociedad civil en su papel de veedor de los derechos de los más vulnerables, así como de los esfuerzos de muchos Estados por implementar las decisiones de los órganos del sistema, la realidad del conti-

nente americano sigue arrojando un panorama plagado de desigualdades sociales, problemas serios de acceso a la justicia, discriminación hacia las mujeres, los pueblos indígenas, los afrodescendientes, los migrantes y a un importante número de la población por su orientación sexual. Asimismo, la inestabilidad democrática sigue siendo una amenaza imposible de ignorar, tal como lo demuestra el golpe de Estado perpetrado en Honduras en junio de 2009. Este hecho demuestra la fragilidad de la democracia y la importancia de afianzarla en un proceso constante, en que deben participar todos los sectores de la sociedad. En este proceso es fundamental el respeto a los derechos humanos.

Indudablemente, el derecho a la participación política, a la libertad de expresión, a la libertad de asociación y a la protección y garantías judiciales son esenciales para desarrollar una vida

comunitaria pluralista y respetuosa de las diferencias, donde todas las voces sean escuchadas y no predomine la fuerza o los intereses de un sector de la sociedad en franco detrimento de otro, sino el bien de todas las personas.

Por otro lado, la Comisión Interamericana ha recalcado, desde hace muchos años, que el respeto de los derechos humanos debe ser integral, pues no basta garantizar los derechos civiles y políticos si ello no comporta también la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales de los habitantes. En este sentido, cabe resaltar que luego de 10 años de entrada en vigencia del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como Protocolo de San Salvador, tan solo catorce países lo han ratificado y aún no se ha integrado completamente el grupo de trabajo para analizar los informes periódicos de los Estados parte del protocolo.

Es por ello que, antes de referirme a los desafíos actuales que enfrenta la región en materia de derechos humanos, quisiera hacer un breve recorrido por los logros que se han alcanzado hasta el momento en los casi 51 años de historia de la Comisión Interamericana.

Para poder comprender el impacto que ha tenido la CIDH en el desarrollo jurídico del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, es preciso remontarnos a sus orígenes. Recordemos que la Comisión Interamericana es el órgano más antiguo de protección y promoción de los derechos humanos en el sistema interamericano. Fue creada por la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, llevada a cabo precisamente en Santiago de Chile, en agosto de 1959. En esa reunión, los Ministros de 21 países de la región firmaron la Declaración de Santiago, en la cual se reconoció que “la armonía entre las Repúblicas americanas solo puede ser efectiva en tanto el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el ejercicio de la democracia representativa sean una realidad en el ámbito interno de cada una de ellas”.

Asimismo, consideraron que los avances alcanzados en el respeto de los derechos humanos, luego de 11 años de haber sido proclamada la

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, generaban el momento propicio para acordar la creación de una convención americana sobre derechos humanos y crear órganos que se encargaran específicamente de velar por la tutela y observancia de estos. En este contexto nació la CIDH, el primer órgano de la OEA encargado de promover el respeto por los derechos fundamentales en la región. Los Estados resolvieron “crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se compondrá de siete miembros, elegidos a título personal de ternas presentadas por los gobiernos, por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos, encargada de promover el respeto de tales derechos, la cual será organizada por el mismo Consejo y tendrá las atribuciones específicas que este le señale.” En 1960 se dictó el Estatuto de la Comisión, y ese mismo año fueron elegidos sus primeros miembros.

En un principio, se pensó que la CIDH simplemente se encargaría de realizar estudios esporádicos y generales sobre la situación de los derechos humanos, y podría realizar recomendaciones generales, con el objetivo central de examinar la relación intrínseca entre derechos humanos y democracia establecida por la OEA. De hecho, dos propuestas que daban a la CIDH las facultades para analizar peticiones individuales, fueron rechazadas por los Estados.

Sin embargo, la realidad imperante en esos años, llevó a que la Comisión interpretara sus facultades estatutarias y convencionales de manera que permitiera responder rápidamente a las necesidades en materia de derechos humanos en el hemisferio. Durante las décadas posteriores a la creación de la Comisión, principalmente los sesenta, setenta y principios de los ochenta, la CIDH tuvo que concentrar su trabajo en la protección de las víctimas de violaciones masivas y sistemáticas que estaban teniendo lugar como consecuencia de las dictaduras militares que regían en América del Sur, así como a las complejas situaciones que se vivían en varios países de América Central.

Ante la emergencia y la gravedad de la situación de derechos humanos en las Américas, la Comisión utilizó todos los recursos y herramientas que tuvo a su alcance, aun cuando estas no esta-

ban previstas de manera explícita en su normativa. Así, la Comisión empezó a emitir solicitudes de información a los Estados, y esta información empezó a formar parte del trámite de casos individuales, así como también de los informes de la CIDH sobre la situación de los derechos humanos en ciertos países. De la misma forma, la Comisión sesionó fuera de la sede, transformando a las sesiones en lo que fueron y son las visitas in loco.

En este orden de ideas, es preciso comprender que la CIDH fue el primer órgano internacional en tramitar peticiones individuales sin que esta facultad estuviera precedida por un tratado de derechos humanos que le otorgara tal competencia. Las herramientas de trabajo desarrolladas por la Comisión Interamericana fueron reconocidas, en primer lugar, por su reglamento adoptado el 2 de mayo de 1967, pero recién recibieron un mandato expreso cuando, en 1969, se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.

La Comisión hizo uso de las visitas in loco como una de sus principales herramientas para combatir las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos que caracterizaban al continente en los años setenta y ochenta. Es así como la CIDH fue marcando su presencia y su rol en el territorio, como una voz de alerta temprana frente a la comunidad internacional; pero, más que todo, estas visitas generaron cambios importantes en la situación de derechos humanos en el hemisferio.

Por ejemplo, en 1978 la Comisión recibió un mandato de la Asamblea General de la OEA para llevar a cabo una visita a Nicaragua y testificar sobre la situación de derechos humanos en ese país. El informe de la Comisión fue devastador para la dictadura de Somoza, lo que contribuyó a su descrédito internacional.

Asimismo, la visita de la Comisión a Argentina, en septiembre de 1979, tuvo un enorme impacto en la sociedad de ese país y fue uno de los factores que contribuyó al debilitamiento de la dictadura y a la disminución significativa de las violaciones a los derechos humanos. Durante su visita, la Comisión estuvo en centros de detención clandestinos y se reunió con decenas de detenidos, lo cual le permitió reportar a la co-

munidad internacional sobre las violaciones sistemáticas a los derechos humanos que ocurrían en Argentina, en especial sobre las desapariciones forzadas. Cabe notar que, hasta la visita de la CIDH, otros órganos internacionales como la ONU no habían prestado mayor atención a la situación de derechos humanos en Argentina. La intervención de la Comisión fue, entonces, clave para salvar a muchas personas que estaban detenidas clandestinamente y destinadas a ser desaparecidas.

De la misma manera, décadas después, el informe de la visita de la Comisión a Perú en noviembre de 1998 denunció las violaciones a los derechos humanos durante el gobierno de Fujimori y jugó un rol importante en la presión internacional para el proceso de transición a la democracia. Los ejemplos anteriores dan cuenta de cómo la Comisión ha ido desarrollando las herramientas jurídicas a su disposición, con el objetivo de cumplir su rol como la principal voz de la comunidad interamericana al momento de denunciar las graves y masivas violaciones de derechos humanos en el hemisferio.

También cabe destacar cómo la CIDH ha desarrollado su rol frente a los Estados con el fin de ajustarse a los estándares internacionales de protección. Por ejemplo, antes de la entrada en vigencia de la Convención, la CIDH ejercía un papel activo para investigar las denuncias que recibía y para dar a conocer a la comunidad internacional sus hallazgos con el fin de presionar internacionalmente a los gobiernos. Esta función se llevaba a cabo sin examinar lo que ahora se conoce como los requisitos de admisibilidad de las denuncias o peticiones.

Con la entrada en vigencia de la Convención, se consagró el requisito de agotamiento de los recursos internos con el fin de evitar que se sometan a la jurisdicción internacional asuntos que podrían resolverse a nivel interno. Además, la Comisión ha desarrollado una amplia jurisprudencia sobre el requisito de agotamiento de los recursos internos y sus excepciones, y deja siempre en claro que no basta la existencia formal de los recursos internos, sino que estos deben ser adecuados y eficaces. Al mismo tiempo, la Comisión Interamericana se ha visto en la necesidad de aplicar una interpretación flexible de las

reglas convencionales relacionadas con el agotamiento de los recursos internos, con el fin de responder efectivamente a las denuncias relacionadas con violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos. En los casos en que existe un cuadro sistemático de violaciones generalizadas, la Comisión ha aplicado una especie de presunción en el sentido de que los recursos internos no son adecuados ni eficaces.

Asimismo, la Comisión ha ido perfeccionando sus procedimientos para dar un adecuado seguimiento y facilitar el cumplimiento de las recomendaciones que emite. Mientras que al comienzo de sus funciones la publicidad era la única arma de la Comisión para influir en el cumplimiento de sus recomendaciones, luego se fueron generando nuevos mecanismos de seguimiento, tales como las solicitudes de información a las partes y la convocatoria a audiencias con el fin de verificar el estado de cumplimiento de las recomendaciones de la CIDH.

Adicionalmente, la Comisión utiliza mecanismos más formales. En ese sentido, otorga a los Estados un plazo para la implementación de sus recomendaciones y, teniendo en cuenta las medidas adoptadas por los gobiernos, la Comisión evalúa en cada caso la procedencia de la publicación del informe así como del envío del caso a la Corte. Es necesario destacar que el cumplimiento de las recomendaciones de la CIDH por parte de los Estados miembros de la OEA ha permitido importantes avances en la protección a los derechos humanos y el desarrollo de políticas públicas con un enfoque de derechos humanos, tanto a nivel de políticas legislativas, como ejecutivas o judiciales.

### **Contribución al desarrollo de los sistemas democráticos en las Américas**

Con el retorno a la democracia, a partir de la década de los ochenta, se inició en el hemisferio un cambio incuestionable en cuanto a la defensa de los derechos humanos. Aunque durante los primeros años de trabajo muchos gobiernos se rehusaron a cooperar con la Comisión e ignoraron sus solicitudes de información así como sus

recomendaciones, con el pasar de los años, la CIDH fue ganando terreno y, para finales de los ochenta, sus decisiones de fondo en varios casos tuvieron un impacto concreto en distintos países de América, especialmente en la construcción de sus sistemas democráticos.

Por ejemplo, las decisiones de la Comisión en relación con la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana abrieron paso a un cambio fundamental y decisivo en los sistemas jurídicos latinoamericanos y generaron un importante movimiento en contra de la impunidad.

Al respecto, desde fines de 1987 la Comisión Interamericana comenzó a recibir denuncias de Argentina sobre que las leyes de amnistía violaban los derechos de protección judicial efectiva y debido proceso. Un total de seis casos, en relación con numerosas víctimas, fue resuelto y publicado mediante el informe 28/92 de 1992. En este informe, la Comisión estableció por primera vez lo que hoy es una jurisprudencia inequívoca y establecida: las leyes de amnistía son incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos, en particular, con los derechos de las víctimas y sus familias a protección judicial y garantías del debido proceso. Desde entonces, la Comisión ha emitido informes contra las leyes de amnistía en Uruguay, El Salvador, Chile y Perú, entre otros. Algunos años más tarde, la Corte Interamericana reafirmó la jurisprudencia de la Comisión mediante la sentencia en el caso de Barrios Altos contra Perú.

Ciertamente, han debido pasar años para que los Estados vayan incorporando estas recomendaciones. En la actualidad ya es posible verificar que varios Estados las han incorporado de las más diversas maneras. Por ejemplo, como consecuencia de la decisión de la Comisión y Corte, en Perú, la ley de amnistía ha quedado derogada en la práctica; y, en Argentina, la Corte Suprema de Justicia anuló las leyes de obediencia debida y punto final.

Por su parte, en Chile, el retorno a la democracia en 1989 permitió a los tribunales interpretar la ley de amnistía de tal forma que no les impida avanzar en las investigaciones y condenas de responsables de las violaciones a los derechos humanos.

Vale la pena mencionar la decisión de la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano C. Chile*. El 26 de septiembre de 2006, la Corte Interamericana emitió sentencia sobre este caso, que versa en lo sustancial sobre la aplicabilidad del Decreto Ley de Amnistía publicado el día 18 de abril de 1978 por la Junta Militar que había asumido, de facto, el gobierno de Chile el día 11 de septiembre de 1973. *Almonacid* constituye el paso más reciente en la evolución de la doctrina del sistema interamericano de protección de derechos humanos sobre la ilegitimidad, ilegalidad e inaplicabilidad de medidas legales que impiden la investigación, procesamiento y eventual sanción por violaciones a los derechos humanos consideradas particularmente graves por el derecho internacional. Dichas medidas son conocidas comúnmente como leyes de amnistía, de auto-amnistía o de impunidad.

La conclusión principal de la Corte en este caso es que existen ciertos crímenes de extrema gravedad, respecto de los cuales el derecho internacional establece obligaciones imperativas de investigación, persecución, juzgamiento y eventual sanción; que tales crímenes no prescriben ni pueden ser objeto de amnistías u otras medidas legales que impidan que se cumplan tales obligaciones; que los Estados no pueden invocar normas de derecho interno para excepcionarse de esas obligaciones y que existe una obligación internacional para los Estados de cooperar entre sí con el fin de asegurar el cumplimiento de ellas. Otra contribución importante de la Comisión en este mismo ámbito han constituido sus decisiones relacionadas con la administración de justicia, en especial la necesidad de un juez imparcial y los desafíos que conlleva la justicia militar. En ese sentido, la Comisión ha reiterado en su jurisprudencia la responsabilidad de los Estados cuando sus órganos judiciales no investigan seriamente y sancionan a los autores materiales e intelectuales de las violaciones a los derechos humanos; y la CIDH ha insistido en que una característica primordial de una investigación seria es que sea efectuada por un órgano independiente y autónomo.

La Comisión ha enfatizado siempre que *el problema de la impunidad se ve agravado por el procesamiento por parte de la justicia penal militar,*

*de la mayoría de casos que involucran violaciones de derechos humanos perpetradas por agentes de las fuerzas de seguridad estatales. Al respecto, la CIDH ha indicado también, en forma reiterada y consistente que la jurisdicción militar no ofrece las garantías de independencia e imparcialidad necesarias para el juzgamiento de casos que involucran sancionar a miembros de las Fuerzas Armadas, con lo que se garantiza la impunidad. La Comisión ha explicado que el problema de la impunidad en la justicia penal militar no se vincula exclusivamente a la absolución de los acusados, sino con los problemas que conlleva para el acceso a un recurso judicial efectivo e imparcial. La Comisión también ha encontrado que el destino natural del fuero militar especial es mantener la disciplina de los integrantes de las Fuerzas Armadas en el ejercicio de sus funciones militares. Por lo tanto, esta competencia no debe extenderse, bajo ninguna circunstancia, al juzgamiento de los crímenes comunes cometidos contra la población civil por parte de los policías militares en el ejercicio de sus funciones policiales. Años más tarde, la Corte Interamericana ratificó la jurisprudencia de la Comisión dejando claro que el juzgamiento de militares por tribunales castrenses debe ser limitado y que personas civiles no pueden ser juzgadas por tribunales militares.*

Otro tema en el cual la Comisión ha hecho énfasis, impulsando el desarrollo de los sistemas democráticos de las Américas, ha sido el de la necesidad de que existan recursos judiciales para impugnar cualquier parte del proceso electoral, y que esa posibilidad de impugnación sea efectiva y permita a los tribunales revisar ampliamente todo el proceso electoral. El tema fue analizado en profundidad relacionado con la denuncia que presentara la ex esposa de Fujimori, Susana Higuchi, quien quiso presentarse a las elecciones en Perú y las interpretaciones del Jurado Nacional de Elecciones le impidieron oficializar su candidatura. En este caso, la Comisión Interamericana encontró que Perú había violado la Convención Americana por la forma arbitraria en que había rechazado esas candidaturas y, fundamentalmente, por no proveer un recurso de amparo para proteger los derechos políticos de Susana Higuchi. Esta jurisprudencia de la Comisión ha sido reiterada en varias ocasiones, por lo

que ha influido directamente en la transparencia de los procesos electorales de varios países. A pesar de que algunos países han cuestionado el rol de la Comisión en relación con los procesos electorales, la CIDH ha sostenido reiteradamente su facultad de pronunciarse sobre el cumplimiento por parte de los Estados de la protección efectiva del ejercicio de los derechos políticos, lo que lleva de la mano la obligación de brindar un recurso sencillo, rápido y efectivo ante tribunales independientes e imparciales.

Asimismo, la CIDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre otros varios asuntos directamente relacionados con los sistemas democráticos. Por ejemplo, la Comisión ha insistido en la importancia de la participación política de pueblos indígenas, interpretando el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Políticos a la luz de las disposiciones que tienden a fortalecer la participación política de los pueblos indígenas como un reconocimiento a la tradicional marginación política de que fueron víctimas los pueblos indígenas de la región. Posteriormente, en 2005, la Corte Interamericana reiteró la jurisprudencia de la Comisión y condenó al Estado de Nicaragua por violación –entre otros– de los derechos políticos y el derecho a la igualdad ante la ley, en perjuicio de los candidatos propuestos por la organización indígena Yatama para participar en las elecciones municipales de 2000.

A pesar de estos avances jurisprudenciales que he mencionado, es por todos conocido que el fortalecimiento de los sistemas democráticos en las Américas sigue siendo un desafío pendiente. La Comisión cree firmemente que uno de los pilares fundamentales de la democracia es el pleno respeto por todos los derechos humanos de los habitantes del hemisferio: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; y por ello seguirá utilizando todas las herramientas a su alcance con el fin de contribuir con el desarrollo de la democracia en nuestra región.

## **Contribución al desarrollo de la libertad de expresión en las Américas**

Uno de los aspectos centrales del trabajo de la

Comisión Interamericana ha sido la libertad de expresión en América. Ejemplo de esto es el informe sobre el caso de Horacio Verbitsky contra Argentina, adoptado por la CIDH en 1995, referido a las leyes de desacato y la libertad de expresión. En este informe, producto de una solución amistosa entre el peticionario y el gobierno argentino, se concluyó que las leyes de desacato son incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos.

En 1998 se creó la Relatoría para la Libertad de Expresión, cuya tarea inicial fue la de lidiar con los vestigios de la represión que en décadas pasadas habían afectado a un importante número de países del continente y apoyar los esfuerzos dirigidos a consolidar las democracias. Desde sus comienzos, un aspecto central del trabajo de la Relatoría fue la derogación de las leyes de desacato en los países de la OEA. El trabajo especializado de esta relatoría ha tenido resultados concretos como consecuencia. Por ejemplo, más de nueve Estados miembros de la OEA han derogado las denominadas “leyes de desacato” al reconocer su incompatibilidad con el derecho a la libertad de expresión.

Por otro lado, en los últimos años, Estados de la OEA como Trinidad y Tobago, México, Panamá, Perú, Jamaica, Ecuador y República Dominicana, han aprobado importantes normas sobre el acceso a la información pública, logrando avances sustanciales para la garantía de este derecho.

Por su parte, la Corte Interamericana ha decidido dos casos importantes sobre libertad de expresión. El primero de ellos es el caso de *La última tentación de Cristo* (Olmedo Bustos y otros), referido a la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película *La última tentación de Cristo*. El segundo, el caso *Claude Reyes y otros*, que se refería a la negativa del Estado de brindar a tres ciudadanos la información que requerían del Comité de Inversiones Extranjeras, en relación con una empresa forestal, acerca de un proyecto de deforestación que se llevaría a cabo en la XII Región de Chile y que podía ser perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible del país. La negativa se dio sin que el Estado argumentara una justificación válida de acuerdo con la legislación chilena, y no

se otorgó un recurso judicial efectivo para impugnar la violación del derecho al acceso a la información.

### **Contribución al desarrollo del derecho de los pueblos indígenas en las Américas**

Otro asunto que ha sido de especial interés para la Comisión Interamericana es el de los derechos de los pueblos indígenas. En 1972, la Comisión sostuvo que, por razones históricas, morales y humanitarias, es un compromiso de los Estados proteger especialmente a los pueblos indígenas. Desde entonces, el sistema interamericano de derechos humanos ha avanzado significativamente en el desarrollo de jurisprudencia en esta materia. En el año 1990 se creó en la Comisión la Relatoría Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, con el objeto de brindar atención a los pueblos indígenas de América que se encuentran especialmente expuestos a violaciones de derechos humanos por su situación de vulnerabilidad.

La Comisión ha realizado una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, contribuyendo al desarrollo del derecho de los pueblos indígenas en varios ámbitos. En relación con el derecho a la propiedad, la Comisión ha considerado que el artículo 21 de la Convención Americana protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal. La CIDH ha reconocido que la pertenencia de la propiedad no se centra en un individuo, sino en el grupo y su comunidad, y que está íntimamente vinculada con el derecho a la identidad y la preservación de la cultura.

Adicionalmente, la Comisión ha reiterado que para el reconocimiento oficial de la propiedad de las tierras y territorios poseídos por los pueblos indígenas basta la posesión de la tierra, teniendo en consideración para ello el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. La CIDH ha insistido, asimismo, en el deber de los Estados de adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias

para crear mecanismos efectivos de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, agregando también que este proceso debe estar acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de los pueblos indígenas.

También se ha reconocido que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente, el cual está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida.

### **Contribución al desarrollo de las legislaciones internas en base a los estándares internacionales de derechos humanos: desaparición forzada, pena de muerte y terrorismo**

Desde principios de los ochenta, en los informes sobre la situación de los derechos humanos en diversos Estados —así como en los informes anuales a la Asamblea General de la OEA— la CIDH ha planteado su atención sobre esta gravísima violación a los derechos humanos. Además, la Comisión se ha pronunciado en varios casos, en diferentes países, en donde los gobiernos han negado sistemáticamente la detención de personas, a pesar de los convincentes elementos que prueban que personas han sido privadas de su libertad por autoridades policiales o militares y, en algunos casos, que las mismas están o han estado recluidas en determinados sitios de detención. También en reiteradas oportunidades se ha indicado la necesidad de que se esclarezca la suerte de los detenidos desaparecidos y se informe a sus familiares acerca de su situación. Ha recomendado, por ejemplo, el establecimiento de registros centrales de detención y que las detenciones se lleven a cabo únicamente por autoridades competentes debidamente identificadas, debiéndose ubicar a los detenidos en lugares destinados a ese propósito.

Uno de los casos más trascendentales tramitados por la Comisión en relación con la desaparición

forzada fue la denuncia por la detención y posterior desaparición de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez en Honduras. En su 61° Período de Sesiones, la Comisión aprobó la resolución 30/83 del 4 de octubre de 1983 y, el 24 de abril de 1986, se convirtió en el primer caso en ser sometido a la Corte. La jurisprudencia de la Comisión respecto de la desaparición forzada de personas fue ratificada mediante la sentencia de la Corte del 29 de julio de 1988.

En esa línea, se comenzó a ver que la política de desapariciones forzadas se había constituido en un mecanismo de represión y supresión física de disidentes y que, dada la extrema crueldad de esa práctica, era necesaria la adopción de medidas especiales para contribuir a erradicarla. Así, en el año 1987, la Comisión propuso a la Asamblea General de la OEA un proyecto de Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, que fue adoptado en 1994 en el marco del vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

Un tema en el cual la CIDH ha puesto especial interés desde su creación y ha logrado impulsar un desarrollo jurídico favorable a los derechos humanos, es el de la pena de muerte. La CIDH ha reiterado desde su creación que el derecho a la vida constituye el fundamento y el sustento de todos los otros derechos humanos y por ello no puede ser suspendido. La CIDH se ha opuesto sistemáticamente a la política de algunos Estados de extender la pena de muerte o aplicarla de una manera generalizada y ha formulado una serie de llamados a todos los gobiernos americanos para que procedan a su abolición, de acuerdo al espíritu del artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la tendencia universal favorable a la supresión de la pena de muerte. Con el fin de facilitar la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por el mayor número de Estados, este instrumento no abolió la pena de muerte, y se limitó a restringir su aplicación. Y es que cuando se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no existían las condiciones que hubiesen permitido, mediante la vía convencional, abrogar la pena de muerte.

La Comisión ha insistido en la necesidad de que los Estados miembros de la OEA modifiquen su

legislación interna para adecuarse a los estándares de derechos humanos en relación con el derecho a la vida. Así, ya en 1986 la CIDH, en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, propuso a los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que dieran un paso más adelante y aprobaran un protocolo adicional a la Convención mediante el cual se proscirba la pena capital, sin excepciones. La Comisión ha sido además enfática en su interpretación del artículo 4 de la Convención y ha publicado una serie de informes de casos individuales, así como informes anuales y de país, a través de los cuales ha condenado la pena de muerte.

Hoy en día, gracias a los esfuerzos de la comunidad internacional y las reiteradas recomendaciones de la Comisión, se ha observado una tendencia en algunos países del hemisferio a modificar sus códigos penales o incluso sus ordenamientos constitucionales, con el fin de proscribir la pena capital.

Otro tema que no puede ser dejado de lado es el del terrorismo. El terrorismo —y la violencia y el miedo que genera— ha constituido un rasgo predominante e inquietante de la historia moderna de las Américas y ha planteado exigencias significativas a la Comisión Interamericana desde su creación. Ante esta realidad, la Comisión ha declarado que las implicancias de estos hechos para la protección de los derechos humanos y la democracia son sumamente graves y exigen la atención inmediata y profunda de la comunidad internacional. La Comisión ha señalado, en reiteradas ocasiones, que el terrorismo no se justifica en ningún caso y que, en todas las situaciones de emergencia, el Estado tiene la obligación de respetar los derechos humanos.

En tal sentido, el año 2003 la Comisión publicó un informe sobre terrorismo y derechos humanos con la finalidad de brindar a los Estados miembros orientación para la adopción de leyes y políticas contra el terrorismo que estuvieran en consonancia con el derecho internacional. El informe se nutre de las opiniones de especialistas internacionales en derechos humanos y terrorismo, así como de observaciones que hicieron llegar por escrito algunos Estados miembros de

la OEA y organizaciones no gubernamentales. El informe concluye con una serie de recomendaciones para que los Estados miembros de la OEA pongan en práctica las conclusiones de la Comisión.

La Comisión también se ha pronunciado a través de algunos casos individuales, con lo que ha logrado la modificación de normas sobre antiterrorismo incompatibles con la Convención Americana. Por ejemplo, en 1994 la Comisión recibió una demanda en contra del Estado peruano por violación de los derechos humanos de cuatro ciudadanos chilenos, todos procesados en el Estado peruano por un tribunal sin rostro perteneciente a la justicia militar, y condenados a cadena perpetua bajo el cargo de ser autores del delito de traición a la patria. El 11 de marzo de 1997 la Comisión aprobó el Informe 17/97 (Castillo Petruzzi y otros), en cuya parte final señaló que las normas bajo las cuales se juzgaron a los cuatro ciudadanos chilenos son incompatibles con las garantías judiciales establecidas en la Convención, y que el delito de traición a la patria que regula el ordenamiento jurídico del Perú viola principios de derecho internacional universalmente aceptados, de legalidad, debido proceso, garantías judiciales, derecho a la defensa y derecho a ser oído por tribunales imparciales e independientes. En 1997, la Comisión sometió el caso ante la Corte Interamericana y se dictó sentencia en mayo de 1999. En base a las decisiones del sistema interamericano, en el año 2003 el Estado peruano anuló los aspectos de las leyes antiterroristas del régimen de Fujimori así como los procesos por delito de terrorismo seguidos ante jueces y fiscales con identidad secreta.

Como complemento de su trabajo sobre terrorismo, recientemente la CIDH ha publicado un informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. Esto contribuye al debate sobre políticas de seguridad pública con lineamientos y estándares que permiten a los Estados y a la sociedad civil concertar planes de acción en esta materia, que sean acordes con las garantías y derechos fundamentales de las personas.

Los anteriores ejemplos son una muestra de la diversidad de temas en los que trabaja la Comisión y cómo esta ha utilizado todas las herramientas a su alcance con el fin de cumplir con su

mandato y promover la observancia de los derechos humanos en el hemisferio. La Comisión ha avanzado en jurisprudencia, lo que ha permitido generar un consenso interamericano en relación con los estándares de derechos humanos.

## Los desafíos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Si bien los desafíos de la CIDH y del sistema interamericano de derechos humanos, son tantos como las necesidades de protección de los derechos humanos en el hemisferio, quisiera referirme a cuatro en particular: la universalización de su jurisdicción, la implementación de sus recomendaciones, la ampliación de sus funciones y el financiamiento de su actividad.

Los instrumentos básicos en materia de derechos humanos del sistema interamericano aún no han sido ratificados en su totalidad por los Estados miembros y aun en relación a la propia Convención Americana, existen ciertos Estados que no obstante haberla ratificado, no han aceptado aún la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esta forma, en la actualidad no existe un sistema unificado para todos los Estados de la región, sino tres niveles distintos de vinculación. Por una parte, se encuentran aquellos Estados que han ratificado la Convención Americana y han aceptado la competencia contenciosa de la Corte; también hay un grupo de Estados que, aun cuando han ratificado la Convención Americana, no han aceptado la competencia de la Corte y, por último, hay un tercio de los Estados miembros de la OEA que no han ratificado la Convención. Las razones para esta situación son diversas y van desde la compatibilidad de las disposiciones de la Convención con el derecho interno, hasta el temor de que la adhesión a este instrumento signifique modificar normas sustantivas en materia de derechos de las personas o derechos reproductivos.

Mientras el sistema interamericano de derechos humanos no funcione en plenitud para todos los Estados miembros, y solo los países de América Latina y una minoría del Caribe sean parte de la Convención y hayan aceptado la competencia de

la Corte, la posibilidad de protección de los derechos humanos de cada uno de los habitantes de los Estados miembros de la OEA estará limitada. Para el funcionamiento regular del Sistema es necesario que todos los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos sean ratificados por los 35 Estados miembros.

Ligado al problema anterior, pero con un impacto más inmediato en las actividades de la Comisión y de la Corte, está el problema del incumplimiento de las recomendaciones. La Comisión formula recomendaciones a los Estados miembros para hacer justicia o reparar los daños incurridos con la violación de los derechos de las personas. Si bien varios Estados miembros cumplen o buscan efectuar dichas recomendaciones, aún estamos lejos de tener un cumplimiento completo con las decisiones de ambos órganos del sistema. Tanto la Corte, como la Comisión, han desarrollado distintas actividades para incrementar el nivel de cumplimiento de sus recomendaciones. Sin embargo, esta cuestión esencial para el sistema interamericano de derechos humanos es, en definitiva, un resorte exclusivo de la voluntad de los países miembros: son ellos, en consecuencia, quienes deben decidir si quieren contar o no con un sistema plenamente operativo y efectivo.

La necesidad de ampliar las funciones de los órganos del sistema surge de la constatación del hecho que, no obstante que la gravedad de los acontecimientos ocurridos en América Latina en las últimas décadas del siglo pasado condicionó en gran medida la actuación del mismo, la situación comienza visiblemente a cambiar. La mayor parte de las denuncias está relacionada con hechos actuales que dan cuenta sobre el largo camino que queda por recorrer para la efectiva vigencia de los derechos humanos. Problemas de violación de derechos políticos, libertad de expresión, discriminación racial o de género, derechos de los pueblos originarios, de denegación de justicia, de abusos contra detenidos, etc., se agolpan en la Comisión en la medida que muchos habitantes del hemisferio ven en ella una instancia de reparación o de justicia que sienten negada en sus propios países.

Lo anterior demuestra que existe una ampliación objetiva de los derechos en áreas donde antes no eran reconocidos. La discriminación y el abuso

contra minorías son hoy reconocidos cada vez más y ello expande al mismo tiempo la demanda por una adecuada garantía de los mismos. Por otra parte, existe también mayor disposición de los Estados a realizar modificaciones a su legislación y ampliar la vigencia de los derechos humanos.

Todos los desafíos anteriores conducen a examinar un factor limitante para la adecuada labor de la Comisión: la precariedad de sus recursos financieros. En la última década, la cantidad de casos que se presentan ante la Comisión de Derechos Humanos se ha multiplicado varias veces sin que haya existido un real aumento de los recursos de los que ella dispone para su trabajo y lo mismo ocurre con la Corte Interamericana. Esto se traduce en lentitud en la atención de los casos y hace difícil, por cierto, ampliar las actividades de ambas entidades.

Con estas breves reflexiones no pretendo dar por agotado el tema de los logros y desafíos de la Comisión Interamericana en el transcurso de sus 50 años de existencia. Por el contrario, espero que sea interpretado como una invitación a participar en el debate sobre el rol y el futuro de la CIDH y del sistema interamericano de derechos humanos en general, así como una invitación a dialogar sobre las formas de fortalecer el sistema para que los éxitos logrados hasta la fecha en la mejor protección de los derechos humanos en el hemisferio, sean solo una pequeña muestra de lo que podemos esperar en el futuro.



II CAPÍTULO

**UNA VISIÓN DE LAS  
NUEVAS TENDENCIAS  
EN MATERIAS DE  
DERECHOS HUMANOS**



**SÉBASTIEN GRAMMOND**

Licenciado en Derecho,  
Magíster en Humanidades,  
Doctor en Filosofía  
(Universidad de Oxford),  
Decano de la Facultad de  
Derecho, Departamento de  
Derecho Civil, Universidad de  
Ottawa.

# LA IGUALDAD Y LA CONDICIÓN DE PUEBLO ORIGINARIO EN CANADÁ

## Introducción

Cada vez que un Estado reconoce en forma seria los derechos de sus pueblos originarios, uno de los temas más difíciles que debe abordarse es el de la membrecía (Kingsbury 1998; Chartrand, 2002; Grammond, 2009b). ¿Quién puede sostener que es un indígena? ¿Quién puede beneficiarse de los derechos que poseen los pueblos indígenas? Esto se vuelve aún más problemático cuando las definiciones de la condición de indígena se miden usando estándares de igualdad.

A primera vista, la igualdad se opone a la creación de clases entre los ciudadanos tomando en cuenta su origen étnico, como la atribución de derechos específicos a los pueblos indígenas. Sin embargo, es ampliamente reconocido que al derecho a la igualdad consagrado en los tratados internacionales y en las constituciones nacionales se le debe dar un sentido “sustantivo”, es decir, que admite que los beneficios especiales pueden ser concedidos a los grupos desfavorecidos a fin de paliar la desigualdad “de facto” (Kymlicka,

1995; Macklem, 2001). Sin embargo, las políticas tendientes a mejorar la situación de los pueblos indígenas, considerados minorías desfavorecidas, por sí mismas pueden discriminar si ellas excluyen en forma injusta de su radio de acción a los beneficiarios meritorios o, en otras palabras, si adoptan definiciones contenidas en él sobre la condición de indígena.

Este trabajo analizará la interacción entre las normas de la condición de indígena aprobadas en Canadá y el derecho a la igualdad consagrado en la constitución canadiense. En primer lugar, se realiza un análisis contrastivo de las concepciones formales y sustantivas del derecho a la igualdad y de cómo se aplican a los derechos de las minorías. En segundo lugar, se presenta una descripción de la Ley Indígena y se explica por qué los derechos que esta produce hace necesario controlar la incorporación a los grupos indígenas. En tercer lugar, se analizan las controversias que han resultado de la adopción de criterios de membrecía discriminatorios en la Ley Indígena.

## Los derechos de las minorías y la igualdad

Una concepción formal de la igualdad se centra en cómo son tratadas las personas. No tiene que ver con los resultados, sus consecuencias o cómo los diferentes individuos surgen cuando son tratados con equidad. El principio de la igualdad formal garantiza que el Estado no dé un tratamiento más favorable a una categoría de personas que otras, sino que mantiene, en ese sentido, el ideal de neutralidad e imparcialidad del Estado. Por otra parte, una concepción de la igualdad puede ser llamada “de fondo” cuando ella analiza los resultados (la situación real de los individuos) en lugar del tratamiento (las decisiones o normas que se aplican a los individuos).

Así, el objetivo de la igualdad no sería tratar a la gente en forma consistente, sino que garantizar que la aplicación de la ley los deje en una situación similar. La igualdad sustantiva es, pues, un concepto que implica un elemento de redistribución. Sin embargo, es un concepto de composición abierta, porque no hay ninguna manera obvia para seleccionar el objeto de ser distribuido equitativamente (la riqueza, los ingresos, la educación). El artículo 15 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, que garantiza el derecho a la igualdad, permite expresamente la adopción de medidas destinadas a corregir la situación de los grupos desfavorecidos. Por lo tanto, el Tribunal Supremo de Canadá ha reconocido que en él se consagra una concepción sustantiva de la igualdad<sup>1</sup>.

Los Tribunales que luchan con la existente tensión entre la igualdad y derechos de las minorías han adoptado tradicionalmente dos enfoques. En primer lugar, pueden considerar los derechos de las minorías como la antítesis de la igualdad<sup>2</sup>. En segundo lugar, se puede sostener que los derechos de las minorías, sobre todo cuando se en-

cuentran en la Constitución, están “exentos” del derecho a la igualdad o, en otras palabras, que las distinciones que hacen entre las categorías de ciudadanos se deben tolerar con el fin de mejorar la situación de las minorías desfavorecidas<sup>3</sup>. Mientras que la segunda opción es preferible a la primera sigue siendo insatisfactoria, ya que puede dejar sin marcar las normas discriminatorias por la única razón de que forman parte de un paquete de derechos de las minorías. Por lo tanto, se privilegia cada vez más un tercer enfoque: los derechos de las minorías no estarían exentos de la igualdad, pero no habría una presunción de que las medidas de mejoramiento son compatibles con una igualdad sustantiva<sup>4</sup>. Los tribunales entonces podrían examinar si una medida particular se justifica por tener como objetivo mejorar la situación de una minoría desfavorecida.

## Los derechos de los pueblos indígenas de Canadá

Para los fines del presente trabajo, no es posible ofrecer un análisis exhaustivo de los derechos de los pueblos indígenas en Canadá (Macklem, 2001; Grammond, 2003). En aras de la simplicidad, nos centraremos en la Ley Indígena, una ley federal que es de origen colonial, pero que todavía rige un gran número de estas comunidades. Originalmente, esta ley tenía como finalidad asimilar a los pueblos indígenas y, en espera de la consecución de ese objetivo final, brindarles protección contra las amenazas que se creía se derivaban del contacto con la sociedad no indígena. El foco principal de la ley se centraba en pequeñas extensiones de tierra, llamadas “reservas indígenas”, que fueron adjudicadas a las comunidades indígenas locales – “bandas (comunidades) indígenas” – y que caían bajo la administración paternalista del gobierno federal. La ley también

1 Véase: *Law v. Canadá* (Ministerio del Trabajo e Inmigración), 1999 1 S.C.R. 497.

2 Por ejemplo, la Corte Suprema de EE.UU. anuló las leyes que otorgaban derechos a los indígenas de Hawai en *Rice v. Cayetano* 528 US.495, 120 S.Ct. 1044 (2000).

3 En Canadá, este enfoque ha sido utilizado para proteger los derechos lingüísticos y los derechos a la enseñanza de religión en la revisión de la igualdad: referencia nuevo proyecto de ley 30, ley que enmienda la Ley de Educación (Ont.), [1987] 1 SCR 1148; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *Gosselin (Tutor de) v. Quebec (AG)*, [2005] 1 SCR 238.

4 Este fue el enfoque Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en *Waldman v. Canadá*, Doc. ONU. CCPR/C/67/D/694/1996 (1999).

regulaba muchos aspectos de la vida de los pueblos indígenas y llevó a la ideología del “tutelaje” a sus límites, al imponer restricciones represivas como la prohibición de la compra de alcohol, la negación del derecho a voto en las elecciones federales y provinciales, la prohibición de ceremonias tradicionales y de contratar los servicios de un abogado. Los consejos electos, con ciertos poderes de autogobierno local en las reservas, tenían la intención de sustituir a los gobiernos tradicionales de aquellas comunidades.

La Ley Indígena sigue vigente hoy y sigue siendo criticada por su espíritu colonialista, pero ha sido despojada de sus aspectos más paternalistas. Por ejemplo, la prohibición sobre el consumo de alcohol y las referidas a las ceremonias tradicionales indígenas han sido derogadas. La Ley Indígena ahora puede ser concebida principalmente como una ley que regula el uso y la posesión de las reservas indígenas y el gobierno de las comunidades indígenas.

Así, su naturaleza ha evolucionado de un estatuto que establece discapacidad en los miembros de una “raza” que se considere ser inferior, a una ley que confiere beneficios a los miembros de un grupo étnico en desventaja. Los principales beneficios conferidos por la ley son la posesión de la tierra dentro de una reserva indígena (artículo 20) y las exenciones de impuesto y tributación por tenencia de la tierra (secciones 87 y 89). Aparte de la Ley Indígena, el gobierno federal también ofrece beneficios a las personas indígenas, que incluye el reembolso de los gastos de matrícula universitaria o la libre prestación de ciertos servicios médicos que no están asegurados por los regímenes de salud provincial. Por otra parte, el gobierno federal financia en gran medida la construcción de viviendas y otras infraestructuras en las reservas indias, así como los gastos de funcionamiento de las comunidades indígenas.

Esto no quiere decir que esos beneficios corrigen plenamente las injusticias históricas impuestas a los pueblos indígenas o que remedian su desfavorecida situación actual dentro de la sociedad canadiense. En este sentido, los Comités de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Discriminación Racial y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han criticado el tratamiento

de Canadá de sus pueblos indígenas y han expresado su profunda preocupación por la marginación económica de esas comunidades, el endémico desempleo masivo, la alta tasa de suicidio y la alta tasa de encarcelamiento, así como la escasez de viviendas adecuadas y la frecuente falta de agua potable que se registran en las comunidades indígenas.

El reparto equitativo de los beneficios exige que la pertenencia de los individuos a las comunidades indígenas sea verificada. Si no fuera así, por ejemplo, las personas no indígenas podrían tratar de adquirir tierras de reserva o votar en las elecciones de los consejos comunales, lo cual frustraría los objetivos de las reservas indígenas o los de la autonomía de las comunidades indígenas. Por otra parte, las personas no indígenas podrían valerse de la exención de impuestos u otros beneficios destinados a los pueblos indígenas, creando así una carga para los contribuyentes. Como resultado, desde su creación la Ley Indígena ha contemplado medidas de verificación para probar la pertenencia de los individuos a una comunidad determinada, conocidas como normas para el reconocimiento de la condición indígena. Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en la actualidad van mucho más allá de las contenidas en la Ley Indígena. En particular, los indígenas y los tratados de derechos de los pueblos indígenas “fueron reconocidos y confirmados por el artículo 35 de la nueva Constitución Canadiense adoptada en 1982. Como consecuencia de ello, los tribunales fueron facultados para examinar las medidas gubernamentales que restringieron los derechos de los pueblos indígenas. Una de las consecuencias es que los tribunales han reconocido que el Estado tiene el deber de consultar a los pueblos indígenas antes de autorizar los proyectos de extracción de recursos que afecten sus derechos. Obviamente, la aplicación de esos derechos exige también que sus beneficiarios sean definidos claramente. El resultado es que se han desarrollado nuevas categorías de la condición indígena en paralelo con la condición definida en la ley. Nos centraremos, sin embargo, en esto último, ya que proporciona los ejemplos más claros de los conflictos entre las definiciones de la condición y la igualdad.

## La discriminación en la Ley Indígena

Desde el comienzo, la ley utilizó la ascendencia como criterio principal de transmisión de la condición indígena. Inicialmente, las normas del Estado eran neutras en lo referido al género. Sin embargo, a partir de 1876, la descendencia patrilineal sola concede la condición indígena. De hecho, los hombres indígenas transmitían su condición no solo a sus hijos, sino también a sus esposas. A partir de 1869, las mujeres indígenas que se casaban con hombres no indígenas quedaban privadas de su condición indígena y, en consecuencia, del derecho a residir o heredar la tierra en la reserva donde nacieron. Esto está en clara contradicción con el tratamiento dado a los hombres indígenas, ya que un hombre indígena no solo mantenía su condición al casarse con una mujer no indígena, sino que también lo transmitía a ella. La mujer siguió al hombre, en ambas direcciones. Por lo tanto, la antigua Ley Indígena produjo una concepción racista y sexista de la identidad indígena.

La supuesta inferioridad intelectual, cultural o conductual atribuida a la condición indígena se presumía adquirida al momento de nacer y que permanecía inmutable por el resto de la vida. El género era el factor decisivo en los casos de unión interracial, lo que refleja claramente la mentalidad de una época en que el hombre era la cabeza de la familia. Este ejemplo de discriminación de género seguiría en vigencia durante más de un siglo hasta su derogación en 1985, después de que Canadá fuera condenada a nivel internacional.

En 1976, Canadá ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al igual que el protocolo adicional que permite la presentación de denuncias individuales ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Sandra Lovelace, una mujer indígena que se había casado con un hombre no indígena y que posteriormente se había divorciado, presentó una denuncia ante la Comisión<sup>5</sup> alegando que las disposiciones de la Ley Indígena que la privaban de su condición de indígena eran contrarias a varios derechos garantizados por el Pacto, que incluían

la igualdad derechos, el derecho a escoger libremente la residencia, a contraer matrimonio y el derecho, consagrado en el artículo 27, de las personas pertenecientes a minorías étnicas para disfrutar de su cultura en común con otros miembros de su grupo. El aspecto del caso que más preocupó al Comité fue el hecho de que Lovelace había perdido el derecho a residir en una reserva de su comunidad natal: mientras el artículo 27 no otorga expresamente el derecho a residir en una reserva indígena, el Comité concluyó que implícitamente sí lo hacía, porque no había otro lugar donde Lovelace pudiera vivir entre los demás miembros de su comunidad y disfrutar de la cultura del grupo. Por lo tanto, el artículo 27, y no la disposición contra la discriminación, fue el más “directamente aplicable” a la situación.

El Comité realizó su propia valoración de la identidad étnica de Sandra Lovelace y llegó a la conclusión de que ella era un miembro de una minoría étnica protegida por el artículo 27. Tanto factores objetivos como subjetivos fueron considerados: el lugar donde uno ha nacido y se ha criado, así como el grupo étnico al que pertenece (presumiblemente una referencia a la ascendencia indígena) son los rasgos que uno no puede cambiar. Por el contrario, el hecho de que uno mantiene lazos con su comunidad y desea seguir haciéndolo depende de la voluntad individual. Es importante subrayar que el Comité no se refiere a cualquier elemento que pueda estar vinculado a una concepción racial de la identidad indígena. De hecho, el Comité consideró que la etnia de una persona está determinada por el lugar donde ella nació y se crió, y no por su ascendencia.

El Comité hizo referencia a un segundo aspecto de su análisis: si la denegación de los derechos a una persona a primera vista cubierta por el artículo 27 era objetiva y razonable. En términos generales, reconoció “la necesidad de definir la categoría de personas que tienen derecho a vivir en una reserva, para fines tales como los que se explican por el Gobierno en materia de protección de sus recursos y la preservación de la identidad de su pueblo”. Por lo tanto, la legitimidad de controlar la pertenencia a una etnia se reconoció como principio. Sin embargo, esto no logró una conclusión

5 Lovelacev. Canada, U.N. Doc. CCPR/C/13/D/24/1977(1981).

del problema, ya que los efectos de la regla deben ser proporcionales a su objetivo. Las razones del Comité en este sentido eran muy específicos en cuanto a la realidad. Hizo hincapié en que el caso de Lovelace tenía que ser considerado a la luz de la ruptura de su matrimonio, después del cual su “principal apego cultural” estaba más dirigido a su comunidad étnica. En estas circunstancias, “cualesquiera sean los méritos de la Ley Indígena en otros aspectos, no le parece a la Comisión que negar a Sandra Lovelace el derecho a residir en la reserva sea razonable o necesario para preservar la identidad de la tribu”. Por consiguiente, fue violado el artículo 27.

Sandra Lovelace creó una situación bastante embarazosa al gobierno canadiense, que por entonces se hacía aparecer como un defensor de los derechos humanos. Como resultado de la impugnación, en 1985 el Parlamento aprobó la Ley C-31, que elimina, aparentemente, distinciones de género de las disposiciones referidas al estatus indígena.

Sin embargo, la historia no había terminado, en gran parte debido a la combinación de discriminación racial y de género existentes en la antigua normativa, mientras que en la legislación de 1985 solo se abordó la problemática de la discriminación de sexo. Desde 1951, la Ley Indígena ha contenido lo que entonces era conocida como la “normativa de la doble madre” (la normativa de la “madre-abuela”) y ahora como la normativa de la “eliminación de la segunda generación” (la normativa de la segunda generación). En su forma actual, esta disposición priva de su condición de personas indígenas a aquellos que solo tienen un abuelo indígena. La normativa está consagrada en el artículo 6 de la Ley Indígena. El Art. 6 (1) establece que una persona tiene la condición de indígena si sus dos padres tienen ese estatus. Un indígena protegido por el Art. 6 (2) no puede, por sí solo, transmitir su condición de indio a sus hijos. O, para decirlo de otra manera, la condición indígena se pierde después de dos generaciones de matrimonios con personas no indígenas. Aunque no explícitamente, el Art. 6 exige que una persona lleve una cantidad mínima (50%) de sangre indígena en sus venas para

mantener la condición de tal, en una medición que solamente considera dos generaciones de antepasados. De este modo, la Ley Indígena recurre a un concepto racial de la identidad indígena, porque el estatus indígena depende únicamente de la genealogía, como si la cultura y tradiciones fueran transmitidos biológicamente (lo que, por supuesto, ha demostrado ser falso).

Aunque una explicación detallada está más allá del alcance de este documento, la forma en que la transición entre el antiguo y el nuevo régimen se aplicó en 1985 dio lugar a lo que se llamó “discriminación residual”. En pocas palabras, el resultado de las nuevas disposiciones fue que la normativa que establece que “el estatus se corta después de la segunda generación” operaría una generación antes, si el abuelo indígena es una mujer. Estas disposiciones dieron lugar a una nueva serie de litigios en el caso *McIvor*<sup>6</sup>. La legislación fue invalidada por el tribunal de primera instancia. En sus razones, el juez demostró tener conocimientos de la existencia de una supuesta discriminación tanto de tipo racial como de género. Por lo tanto, rechazó las justificaciones ofrecidas por el gobierno sobre la normativa del “término del estatus indígena después de la segunda generación”.

El Tribunal de Apelación, sin embargo, adoptó un enfoque más estricto e invalidó solo algunos aspectos de las disposiciones transitorias, que estaban más explícitamente vinculados a la discriminación de sexo. Esta puso la cuestión de la discriminación residual en el contexto de la voluntad del gobierno federal para definir la condición de indígena considerando la ascendencia. Establecía expresamente que conectar el estatus indígena solamente a la ascendencia constituía un fin legal válido que podría justificar una violación de los derechos individuales.

En verdad, el aspecto racial no fue discutido en el caso *McIvor*. Al enmarcar su ataque en el Art. 6 de la Ley Indígena sobre la base de la discriminación de género solamente, y no en la discriminación racial, la señora *McIvor* hizo a los tribunales adoptar una visión trunca de las deficiencias de la Ley Indígena. El centro de atención en la discriminación de género puede ser fácilmente

6 *McIvor v. Canada (Register, Indian and Northern Affairs)*, [2007] 3 C.N.L.R. 72 (B.C.S.C.): [2009] 2 C.L.N.R. 236 (B.C.C.A.).

comprendido. Grupos de mujeres indígenas han sido las principales críticas de las normas del estatus de indígena en los últimos 40 años. Es normal que hayan planteado sus desafíos en términos de discriminación de género.

Por otra parte, hay una falta generalizada de claridad entre los jueces, abogados y público en general en Canadá sobre la naturaleza de la población indígena: ¿es una raza? ¿un grupo cultural? ¿un grupo político? Dada la percepción generalizada de que los pueblos indígenas son una “raza”, uno no se sorprende al encontrar jueces del Tribunal Supremo diciendo, en relación con el estatus indígena, “no es fácil legislar haciendo abstracción de raza o sexo cuando es la raza lo que hay que definir”<sup>7</sup>. Recurrir a diferencias raciales para definir el estatus indígena tiene una aceptación intuitiva que hace que su impugnación sea más problemática que desafiar las distinciones de género (Grammond, 2008). Sin embargo, hace unos años, un tribunal de primera instancia invalidó una disposición de las citadas normas adoptadas por un grupo indígena en sí mismo –a diferencia de las reglas de la condición indígena aprobada por el Parlamento– sobre la base de que ellos hicieron diferencias exclusivamente basadas en la raza, lo que no podía ser justificado<sup>8</sup>.

En resumen, la aplicación del derecho a la igualdad a las definiciones de la condición de indígena ha dado lugar a la eliminación de normas de evidente injusticia de carácter discriminatorio contra la mujer. También ha dado un enfoque importante a las concepciones de la identidad indígena subyacentes en las normativas. Los tribunales generalmente han encontrado que las concepciones referidas a sexo o raza no resisten un análisis detallado. Sin embargo, los tribunales han sido más abiertos a las concepciones étnicas o culturales de la identidad (Weaver, 2001). Por ejemplo, en Lovelace, el Comité de Derechos Humanos determinó la verdadera identidad étnica de Lovelace mediante la evaluación de una combinación de factores como el lugar de nacimiento, residencia, lazos familiares y antepasados. Debido a que una evaluación caso a caso de estos factores es pro-

bable que proporcione una aproximación mucho mejor de la identidad real de una persona que la daría una norma basada exclusivamente en la genealogía, los tribunales han concluido que por lo general un enfoque flexible es compatible con el derecho a la igualdad.

## La igualdad fuera de la Ley Indígena

Quienes son reconocidos como “grupos indígenas” por el gobierno federal bajo la Ley Indígena, siempre han sido considerados solo como un subconjunto de la población que se considera a sí mismo indígena. A fines del siglo XIX y a principios del siglo XX, el gobierno en realidad excluía de la condición de indígenas a personas o grupos de personas a las que considera más “civilizadas” o más fácilmente susceptibles a la “civilización” y, en consecuencia, menos necesitadas de protección.

Un grupo muy conocido que fue excluido del estatus de indígena fue el pueblo Métis del Oeste de Canadá, un grupo que se deriva de las uniones entre mujeres indígenas y hombres europeos que se dedicaban al comercio de pieles. Otro grupo excluido es el pueblo Inuit (los pueblos indígenas de la región del Ártico), que el gobierno decidió no incluir en la Ley Indígena, al parecer porque consideraba que los Inuit, como grupo, eran racialmente diferentes de otros pueblos indígenas y serían más fáciles de integrar a la sociedad canadiense misma. Después de una decisión de la Corte Suprema de 1939, que sostenía que los Inuit de todos modos quedaban bajo la jurisdicción federal<sup>9</sup>, el gobierno federal acordó tratarlos como un pueblo indígena, aunque fuera del alcance de la Ley Indígena. Varios otros grupos no han sido reconocidos como indígenas por diversas razones basadas más en un accidente histórico que de principio. Además, muchas personas indígenas se han trasladado a las ciudades y están buscando ser reconocidos como comunidades distintas de sus grupos iniciales.

Cabe destacar que la calificación de un determi-

7 Canada (A.G.) v. Canard, [1976] 1S.C.R. 170 at 207.

8 Jacobs v. Mohawk Council of Kahnawake, [1998] 3 C.N.L.R. 68 (Can. Hum. Rts. Tr. b.).

9 Re Eskimos, [1939] S.C.R. 104.

nado grupo indígena en una u otra de las categorías oficiales tiene importantes repercusiones políticas, sociales y económicas. Gran parte del esfuerzo y gasto federal se dirige a las comunidades indígenas y a los Inuit. El gobierno federal, en general, niega cualquier responsabilidad por los indios Métis o los grupos indígenas sin estatus reconocidos. Como resultado de ello, los grupos Métis o los indígenas sin estatus reconocido no han gozado de los derechos a los pueblos originarios y los gobiernos han estado poco dispuestos a negociar acuerdos de autonomía con ellos.

Los tribunales están ocupándose cada vez más de reclamaciones que alegan que las distinciones entre los diversos grupos aborígenes son discriminatorias (Grammond, 2009a). Estas afirmaciones han resultado particularmente difíciles, puesto que los descubrimientos de casos de discriminación dependen de una comparación entre la situación de los grupos involucrados y una evaluación de la justificación ofrecida por la diferencia de trato. Sin embargo, los casos recientes muestran una mayor disposición para exigir que las definiciones de los grupos indígenas se basen en principios compatibles con la igualdad y no en la contingencia histórica.

## Conclusión

Se ha demostrado que es posible conciliar el derecho a la igualdad y los derechos de los pueblos indígenas. Más precisamente, como lo ha demostrado el caso Lovelace, someter las definiciones de la condición indígena al escrutinio judicial puede eliminar normas discriminatorias que injustamente excluyen del estatus a importantes subgrupos de la población indígena. Sin embargo, es más difícil de aplicar este razonamiento a las reclamaciones de la igualdad de grupo que a las reclamaciones de la igualdad individual.

El análisis de las disposiciones que reconocen el estatus indígena obliga a los tribunales a lidiar con preguntas básicas subyacentes al reconocimiento de los derechos indígenas. En primer lugar, como hemos visto, los tribunales deben determinar cuál es el concepto aceptable de identidad indígena. Por lo general, el derecho a la igualdad lleva a los jueces a rechazar las normas basadas en concep-

ciones raciales de la identidad. En segundo lugar, los tribunales deben entender las justificaciones filosóficas de los derechos indígenas, a fin de conciliar con la igualdad sustantiva. En ambos casos, la prudencia de los tribunales probablemente refleja el hecho de que estas preguntas se encuentran en el límite exterior de la *expertise* judicial tradicional y que la aplicación del derecho a la igualdad es especialmente delicada.

## Bibliografía

- Chartrand, Paul L.A.H. (ed.) (2002). *Who Are Canada's Aboriginal Peoples? Recognition, Definition and Jurisdiction* (Saskatoon: Purich Publishing).
- Grammond, Sébastien (2003). *Aménager la coexistence: les peuples autochtones et le droit canadien* (Brussels & Montreal, Bruylant & Yvon Blais).
- Grammond, Sébastien (2008). "Disentangling Race and Indigenous Status: The Role of Ethnicity", 33 *Queen's Law Journal* 487.
- Grammond, Sébastien (2009a). "Equality Between Indigenous Groups", 45 *Supreme Court Law Review* (2d) 91.
- Grammond, Sébastien (2009b). *Identity Captured by Law: Membership in Canada's Indigenous Peoples and Linguistic Minorities* (Montreal and Kingston: McGill-Queen's University Press).
- Kingsbury, Benedict (1998). "Indigenous Peoples' in International Law: A Constructivist Approach to the Asian Controversy", 92 *American Journal of International Law* 414.
- Kymlicka, Will (1995). *Multicultural Citizenship* (Oxford: Oxford University Press).
- Macklem, Patrick (2001). *Indigenous Difference and the Constitution of Canada* (Toronto: University of Toronto Press).
- Weaver, Hilary N. (2001). "Indigenous Identity: What Is It, and Who Really Has It?" 25 *American Indian Quarterly* 240.

AUTOR

**EMBAJADOR  
ALFREDO LABBÉ**

Director de Seguridad  
Internacional y Humana del  
Ministerio de Relaciones  
Exteriores.

## **LAS MIGRACIONES: UNA MIRADA DESDE EL SISTEMA MULTILATERAL**

En Budapest, la capital húngara en la que tuve el honor de servir a principios de los noventa, se halla uno de los monumentos más hermosos de Europa: la denominada Hősök Tere o Plaza de los Héroes, cuya construcción fue iniciada en 1896, cuando la nación húngara celebraba el primer milenio de su instalación en las llanuras danubianas entre los Tatra y los Cárpatos. En el centro de la plaza se yerguen las figuras ecuestres de los jefes de las nueve tribus que –según la leyenda– hicieron el recorrido desde Asia Central hasta su nuevo hogar.

La palabra latina *migrationem* implica el movimiento desde un lugar a otro. La vida –y no solo la humana– está hecha de movimientos. El ciclo de vida de los pájaros americanos los hace volar

miles y miles de kilómetros según un calendario gobernado por las estaciones. Los húngaros originarios, que eran nómades y jinetes diestros, se desplazaron con el apoyo de sus armas y ocuparon los espacios que una vez fueron la provincia romana de Pannonia.

Las migraciones han hecho y deshecho imperios, han vitalizado civilizaciones y generado otras nuevas. La historia ha registrado este moverse constante que quizá es un reflejo de un mundo que también se mueve... o se nos mueve.

De hecho, las migraciones y el trato a los migrantes están considerados en La Biblia. En el segundo capítulo de su Epístola a los Efesios, San Pablo escribe a los miembros de la creciente iglesia cristiana: *ya no sois extranjeros o forasteros, sino*

*conciudadanos de los santos y miembros de la familia de Dios.* En el original en griego, el Apóstol usa los términos “*xenos*” y “*poroikos*”. *Xenos*, la raíz de la que procede la palabra xenofobia denota al extranjero transeúnte o no establecido. *Poroikos* es, en cambio, el extranjero residente, el que ha instalado su domicilio en otro país, pero que aún no se ha naturalizado como ciudadano del mismo.

En la época en que San Pablo escribe su carta a los Efesios –el apogeo del Imperio Romano–, la vida de los extranjeros transeúntes y residentes no era fácil. Tampoco hoy día. En inglés, la palabra *alien* se utiliza para describir tanto a un extranjero –un migrante por ejemplo– como a los extraterrestres de la ciencia ficción. La asociación es sugestiva.

Los *xenoi* –los extranjeros– ocurren en la Biblia ya en el Pentateuco. Las normas que Moisés entrega al pueblo de Israel, recogidas en el libro de Éxodo incorporan preceptos destinados a proteger a los migrantes. En el capítulo 22 se lee: “*Al extranjero no engañarás ni angustiarás, porque extranjeros fuisteis vosotros en la tierra de Egipto*”. De la misma forma, en el capítulo 23 se dispone que: “*Seis días trabajarás, pero el séptimo día reposarás, para que descansen tu buey y tu asno, y tomen refrigerio el hijo de tu sierva y el extranjero*”. Más adelante, en el capítulo 10 de Deuteronomio, y en el marco de una enérgica exhortación divina a vivir una fe auténtica y no meramente ritual, se advierte que “*Dios, es Dios de dioses y Señor de señores (...) Grande, poderoso y temible, que no hace acepción de personas* (esto es que no discrimina en razón de rango social o religioso), que (no) recibe sobornos, que hace justicia al huérfano y a la viuda, y –atención– *que ama también al extranjero y le da pan y vestido. Amaréis, pues, al extranjero, porque extranjeros fuisteis en la tierra de Egipto*”.

Jehovah recuerda a los judíos su propia condición de migrantes y siervos en Egipto, y no les ordena simplemente “no afligir” al extranjero, sino que amarlo.

En nuestra época las migraciones constituyen un fenómeno que, como virtualmente todas las

cuestiones que atañen al ser humano, debe ser estudiado desde varias disciplinas.

En el párrafo 9 del Documento Final de la Cumbre 2005 de Naciones Unidas, los Jefes de Estado y Gobierno que lo emitieron reconocen *que la paz y la seguridad, el desarrollo y los derechos humanos constituyen los pilares del sistema de Naciones Unidas y los cimientos de la seguridad colectiva y el bienestar. Reconocemos que el desarrollo, la paz y la seguridad y los derechos humanos están interrelacionados y se refuerzan mutuamente*<sup>1</sup>.

En la actualidad, las migraciones –especialmente las migraciones forzosas– siguen resultando de los conflictos (recordemos la “limpieza étnica” que se hiciera tristemente célebre en los Balcanes en los años noventa), pero también son una manifestación potente del subdesarrollo social y económico que continúa atenazando a buena parte de la Humanidad. Así, el Banco Mundial estima que al menos mil quinientos millones de congéneres viven bajo la línea de pobreza (esto es, ganan menos de un dólar y medio al día<sup>2</sup>).

La migración, que es una forma de desarraigo necesario, complejo y hasta doloroso para el migrante, es el resultado de fenómenos sociales, pues la guerra y la pobreza lo son. La globalización, con su híper conectividad y movimiento intenso de bienes, personas y servicios facilita el ciclo de las migraciones y eleva la conciencia universal sobre sus causas y consecuencias. Pero conciencia no es lo mismo que aceptación.

Por ello la visión integral, transversal y multidisciplinaria que ilumina la noción de tres pilares interdependientes que sostienen al sistema multilateral resulta no solo apropiada, sino indispensable para abordar la migración en tanto fenómeno humano. Porque los que se desplazan son personas, investidas de una dignidad y de derechos que son anteriores al Estado.

La migración es muestra de la inestabilidad y las precariedades de sociedades que no consiguen ser sustentables y que no alcanzan un nivel de integración social y política que permita su correcto desenvolvimiento. En ellas el bien común no es satisfecho, la seguridad humana de sus ciudadanos no está protegida y hasta la vida misma

1 Resolución de la Asamblea General A/60/1.

2 Vale la pena tener presente que un ochenta por ciento de la Humanidad vive con menos de diez dólares por día.

es azarosa. El pacto social no es cumplido y los ciudadanos deben desplazarse a sociedades en las que creen poder satisfacer sus necesidades y aspiraciones.

En muchos Estados receptores la migración es percibida como una amenaza. Los desplazamientos masivos que acompañan a conflictos de gran envergadura son una hipótesis de asalto a la seguridad del Estado, que condiciona incluso la política exterior de algunos de ellos. Ciertos analistas indican que la eventualidad de un colapso del Estado norcoreano –y la huida de millones de personas a las naciones vecinas– está en la base de la acción extremadamente cauta de Beijing al régimen de Pyongyang.

Esto no ha sido siempre así: Catalina la Grande de Rusia atrajo inmigrantes de la actual Alemania para poblar y desarrollar parte de sus vastas posesiones imperiales. Chile organizó la inmigración ordenada de alemanes y otros súbditos europeos que se incorporaron armónicamente al tejido social nacional y enriquecieron poderosamente su cultura.

Las dificultades vienen dadas cuando los procesos migratorios son anárquicos, forzados y cuando las personas que se desplazan provienen de culturas y razas marcadamente diferentes a las de los Estados receptores. En estos, el imaginario colectivo estigmatiza al migrante y, por la vía del voto, condiciona la conducta de la clase política. En ciertos casos, la cultura política, aunque imbuida por imperativos de promoción y defensa de los derechos humanos, no logra neutralizar temores justificados o arbitrarios.

Y aun cuando los procesos migratorios hayan sido originalmente ordenados y de mutua conveniencia –como ocurre con la importante presencia turca en Alemania, originada en un “milagro” económico que requería de abundante mano de obra–, el poco éxito de la sociedad receptora para absorber culturalmente a los migrantes, unida a la reluctancia de estos hacia los patrones culturales de la sociedad huésped, termina generando guetos que operan a la vez como bolsones de pobreza y caldo de cultivo para la diseminación de otros males sociales. Porque los migrantes son especialmente vulnerables a las denominadas “nuevas” amenazas a la seguridad: en particular la droga y otras manifestaciones del crimen organizado.

Las “maras” centroamericanas en Estados Unidos, como amenaza a la seguridad interna de ese país, acrecienta la percepción local de la migración como un factor desestabilizador. Lo que retroalimenta la idea de una “latinoamericanización” creciente de la nación que, vista desde fuera, aparece como el *melting pot* más exitoso de la historia de la humanidad. La idea en cuestión es ciertamente especiosa; tras haber vivido cuatro años en Nueva York, he podido verificar cómo los nietos y aun los hijos de inmigrantes latinoamericanos hablan un inglés fluido, pero un español notoriamente deficiente.

En la dimensión económica, los migrantes no solo distorsionan el mercado laboral –con la complicidad de empleadores inescrupulosos–, sino que pueden afectar la estabilidad financiera de países, sobre todo de aquellos que mantienen un Estado de “bienestar” y cuyos generosos esquemas de seguridad social pueden resultar sobrepasados. Ello podría incrementar la carga impositiva y reducir, ciertamente, la calidad de los servicios de educación y salud, entre otros.

En lo sociológico, la migración plantea desafíos variados, algunos de los cuales constituyen amenazas objetivas a la identidad religiosa y cultural de las naciones receptoras. La reacción internacional ante la enmienda legal que prohíbe la construcción de minaretes en Suiza no considera la fragilidad de un Estado multicultural, multinacional y federal cuya población total es menor que la de Santiago de Chile. No todos los migrantes están a la altura de sus deberes ciudadanos y a la observancia que deben al Estado de Derecho en las naciones que los acogen. En particular, la resistencia a incorporarse a la sociedad huésped, esto es, la carencia de *affectio societatis* ante la familia social que abre sus puertas, da lugar a una “minorización” que, de perpetuarse, generará un *corpus alienus*, un cuerpo extraño que será visto como tal de mil maneras.

El sistema multilateral ha enfrentado el fenómeno de las migraciones primeramente a partir del pilar de los derechos humanos. Los migrantes son, antes que todo, personas. Así, el 18 de diciembre de 1990, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias,

instrumento que entró en vigor en 2003, al conseguir veinte ratificaciones. La Convención no genera ningún paquete nuevo de derechos humanos, pues afirma que aquellos que asisten a los trabajadores migrantes son derechos humanos generales. El instrumento constata, eso sí, que la situación de los trabajadores migrantes es una de gran vulnerabilidad, por lo que sus derechos humanos suelen ser violados o ignorados fácilmente. Los elementos nuevos de la Convención consisten en incluir entre los trabajadores migrantes a los migrantes indocumentados, que no por serlo dejan de ser personas investidas de derechos humanos fundamentales; también una protección extendida a los familiares de los migrantes, por las mismas razones.

Es evidente que la Convención y su régimen, férreamente apoyados por Estados latinoamericanos como México, Guatemala, Honduras, El Salvador, República Dominicana y Ecuador, da cuenta del problema desde dos de los tres pilares de Naciones Unidas. El de desarrollo está implícito, pues la protección de los trabajadores migrantes facilita las remesas de dinero que ellos hacen, en cantidades más crecientes, a su Estados de origen y que representan, en algunos casos, porcentajes decisivos de las divisas que ingresan a las economías receptoras.

Una visión más holística la provee la Organización Internacional de las Migraciones, creada en 1951 como el Comité Internacional para las Migraciones Europeas. La OIM es la principal organización intergubernamental en el ámbito de la migración y trabaja en estrecha colaboración con asociados gubernamentales, intergubernamentales y no gubernamentales. La OIM está consagrada a promover la migración humana y ordenada para beneficio de todos, ofreciendo servicios de asesoramiento a gobiernos y migrantes. Cuenta con 125 Estados miembros y noventa observadores, que comprenden 18 Estados y 74 organizaciones internacionales. La labor de la OIM apunta a una gestión ordenada y humana de la migración; a la promoción de la cooperación internacional sobre cuestiones migratorias; a la búsqueda de soluciones prácticas a los problemas migratorios y a ofrecer asistencia humanitaria a los migrantes que lo necesitan, ya se trate de refugiados, de personas desplazadas o desarraigadas.

La Asamblea General de Naciones Unidas también ha venido adoptando resoluciones sobre otros aspectos de la migración. En el tercer período de sesiones, aprobó la Resolución 63/225 que versa sobre la migración y el desarrollo. En esta Resolución se alienta a los Estados y a la comunidad internacional a que adopten medidas para promover un enfoque equilibrado, coherente e integral de la migración internacional y el desarrollo, con hincapié en los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los migrantes.

Otra Resolución, la 63/184, sobre protección de los migrantes, exhorta a los Estados a proteger de manera efectiva los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los migrantes, independientemente de su estatus migratorio, especialmente de las mujeres y los niños. Aquí se enfatiza que, aunque se trate de un inmigrante ilegal, su estatus migratorio no cancela derechos inherentes a su condición humana. Tales derechos, en cualquier orden normativo, deben tener preeminencia.

De todas maneras, la dimensión de seguridad no es ignorada por Naciones Unidas. El mismo Documento Final de la Cumbre de 2005 –que lanzó el proceso de reforma de la Organización– consagró el principio de la “responsabilidad de proteger”, que consiste en identificar tres principios operativos para que la comunidad internacional, de ser necesario, actúe preventiva o correctivamente ante la comisión de cuatro crímenes especialmente graves: genocidio, crímenes de guerra, limpieza étnica y crímenes de lesa humanidad. La responsabilidad de proteger, estatuida en los párrafos 138 y 139 del Documento Final citado, aunque no versa específicamente sobre las migraciones, tiene un efecto preventivo y correctivo sobre los desplazamientos forzados de personas resultantes de conflictos especialmente cruentos. La limpieza o depuración étnica, que alcanzó triste celebridad durante el sangriento desmembramiento de Yugoslavia, ha sido un gatillador de migraciones forzadas.

La mejor aproximación multilateral al fenómeno migratorio es aquella que procede desde el paradigma de seguridad humana. Este coloca a las personas en el centro de la acción protectora del Estado. Si antiguamente la “razón de Estado”

permitía al gobernante sacrificar a personas, la seguridad humana lo compele a concebir toda política de seguridad en función de, por y para las personas. Un componente esencial de una visión de seguridad humana es la prevención de los conflictos, la reversión de los fenómenos que amagan el desarrollo humano de las poblaciones. En los términos del Informe del Milenio del anterior Secretario General, se trata de que los seres humanos sean “libres de temor” y “libres de necesidad”. La seguridad humana pone énfasis en el temor y, para conjurarlo, los derechos humanos y las libertades fundamentales deben ser realidades tangibles en la vida de los seres humanos. Ya sea desde una vertiente moral cristiana o laica, encontraremos las mejores respuestas mirando, antes que todo, la humanidad de los migrantes. Una vez aprehendida, asumiremos mejor el deber de respetarla. Y traduciremos ese deber en acciones concretas, nacionales, internacionales multilaterales.

Son deberes que los diplomáticos, entendiendo servimos causas más grandes que nosotros, más grandes incluso que nuestras instrucciones, hemos de tener siempre como norte y como vocación.

**MARÍA SOLEDAD  
CISTERNAS**

Abogada, cientista política y miembro del Comité de Expertos sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas.

# EVOLUCIÓN INTERNACIONAL Y CAMBIO DE PARADIGMAS SOBRE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: DESAFÍOS EN EL ENFOQUE DE LOS DERECHOS HUMANOS PARA EL SIGLO XXI

## 1. Introducción

### Antecedentes

#### A. Algunos datos estadísticos<sup>1</sup>

- Según Naciones Unidas, más de 650 millones de personas en el mundo presentan una o más disfunciones en los planos físico, sensorial, intelectual o de causa psíquica, constituyendo la mayor minoría en el mundo. Se estima que cerca de un sesenta por ciento de esta población son mujeres y niñas con discapacidad. Por otro lado, UNICEF señala que doscientos millones de niños y niñas tienen discapacidad.

- Según el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas 2006, en los países don-

de la esperanza de vida es superior a 70 años, en promedio alrededor de 8 años o el 11,5 por ciento de la vida de un individuo transcurre con discapacidad.

- Según el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el ochenta por ciento de las personas con discapacidad vive en países en desarrollo.

- El Banco Mundial estima que el veinte por ciento de los más pobres del mundo presentan discapacidad y tienden a ser considerados dentro de sus propias comunidades como las personas en situación más desventajosa.

- Según UNICEF, el treinta por ciento de los jóvenes que viven en la calle tienen discapacidad.

- Según la Unesco, el noventa por ciento de los niños con discapacidad no asiste a la escuela.

1 Recuperado de [www.un.org/spanish/disabilities/convention/overview.html](http://www.un.org/spanish/disabilities/convention/overview.html)

- Las mujeres y las niñas con discapacidad son particularmente vulnerables al abuso. Según una encuesta realizada en Orissa (India), prácticamente todas las mujeres y las niñas con discapacidad eran objeto de palizas en el hogar, el 25 por ciento de las mujeres con discapacidad intelectual habían sido violadas y el seis por ciento de las mujeres con discapacidad habían sido esterilizadas por la fuerza.

### B. Origen y cronología

El movimiento social de las personas con discapacidad a través de sus federaciones mundiales, sumado al decidido apoyo de algunas delegaciones estatales, fueron el catalizador que llevó a obtener en el año 2000, en el marco de la Conferencia contra el racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación (Durban/ Sudáfrica), la gestación de la Resolución 56/168 del año 2001, que convocó a un comité especial de Naciones Unidas para elaborar una convención internacional amplia e integral para la promoción y protección de los derechos del citado sector de la población.

Cabe tener presente que el Estado de México conformó el primer grupo de expertos que preparó el borrador preliminar que daría estructura y algunos lineamientos para el posterior trabajo del Comité Ad Hoc de Naciones Unidas.

Tras cuatro años de trabajo, a fines de agosto de 2006, dicho Comité Ad Hoc logró consensuar el texto íntegro de la mencionada convención, cuya aprobación por la Asamblea General se realizó el 13 de diciembre del año 2006.

El 30 de marzo de 2007 se abrió el proceso de ratificaciones. El 3 de mayo del 2008 se completaron las veinte ratificaciones que requería el tratado para su entrada en vigor. Se activaron los procedimientos operativos y de monitoreo, a través de la primera Conferencia de los Estados Partes, realizada en noviembre de 2008, oportunidad en la cual se procedió a la elección del primer comité de seguimiento, cuya instalación se produjo en febrero de 2009.

El citado proceso, que contó con participación de los distintos Estados que integran Naciones Unidas (192), sumados a los representantes de la sociedad civil de personas con discapacidad, concibió una nueva manera de visualizar el dis-

frute de los derechos fundamentales, a la vez que generar una modalidad de trabajo de efectiva interacción y colaboración entre las delegaciones oficiales y el International Disabilities CAUKUS IDC, que agrupó a las diferentes organizaciones de personas con discapacidad presentes en las sesiones del Comité Ad Hoc de Naciones Unidas.

Se debe tener presente que, si bien es cierto que desde el año 1966 existe el Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos como también el Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales basados en los ejes de libertad e igualdad, no es menos cierto que dichos cuerpos jurídicos no fueron suficientes para cimentar el disfrute real y el pleno ejercicio por parte de las personas con discapacidad, del repertorio de derechos allí contenidos. Incluso, el tratamiento de género que efectúa la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW año 1979/ ONU), no ha alcanzado siquiera a mitigar la situación de desventaja que experimentan niñas y mujeres con discapacidad, quienes constituyen el eslabón más bajo para la igualación en esta materia. Mención especial merece la circunstancia de esterilización forzada a la que se ven enfrentadas algunas mujeres en esta condición en distintos lugares del planeta sin que a la fecha se haya logrado impedir esta vulneración irreversible a los derechos de ellas. Igual situación de vulneración de derechos se ha repetido en el caso de niños y niñas con discapacidad, pese a la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño.

De este modo, la labor de Naciones Unidas junto con precisar los principios que orientan el articulado básico en donde se destaca la dignidad, autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas, asigna obligaciones específicas a los Estados de manera que no se trate solo de una “declaración de buenas intenciones”. En este plano, cabe destacar la prescripción de incorporar las cuestiones de discapacidad en todas las políticas y programas de desarrollo económico y social como también proporcionar información accesible a las personas con discapacidad acerca de las ayudas a la movilidad, los dispositivos y las tecnologías de asistencia, entre otras.

También se consolidó el estatus jurídico de la

persona con discapacidad como sujeto de derecho pleno, lo cual se demuestra en los distintos artículos de la Convención y el cambio de paradigma contenido en ella.

## 2. Breve reseña de la negociación

El Comité Ad Hoc se constituyó en una primera etapa de negociaciones, en miras a la estructura básica del tratado y los derechos contemplados en él<sup>2</sup>. En una segunda etapa se desarrolló con mayor grado de detalle el articulado, manteniéndose la premisa que “nada está aprobado mientras todo no esté aprobado”<sup>3</sup>. Se condujeron las negociaciones de los Estados, a través de las reuniones de la totalidad del Comité adicionando, además, el mecanismo de “facilitadores”, que fueron expertos que ayudaron a conciliar las divergentes posiciones de los Estados en materias controvertidas y de “finas precisiones”.

Se debe destacar que primó como opinión mayoritaria la importancia, no solo de la presencia, sino también de la participación efectiva de la sociedad civil a través de un diálogo claro y sustantivo. De este modo, se consideró la voz de las grandes federaciones de personas con discapacidad, a través de la Alianza Internacional sobre Discapacidad<sup>4</sup>, a lo que se sumó el denominado Proyecto Sur, que representa a los países en vías de desarrollo, especialmente de América Latina. A lo expresado cabe agregar la conformación de grupos regionales, quienes aunaban posiciones respecto de los distintos tópicos del texto, en donde también participó la sociedad civil.

Algunas delegaciones fueron muy proclives al diálogo personalizado con miembros del IDC, lo que ocurrió particularmente con aquellas delega-

ciones que contaron con expertos con discapacidad, produciéndose un dinamismo permanente en el análisis e intercambio de ideas, para que ello se tradujere en una articulación muy coordinada desde distintos puntos focales de la concurrencia. De este modo, la experiencia de negociación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CDPD<sup>5</sup>, fue una concreción no solo del multilateralismo estatal, sino también la expresión del “multilateralismo ciudadano”, a través de una participación permanente y sistemática de la sociedad civil.

El proceso de la Convención, que en una primera mirada pudo aparecer como sencillo de consensuar, no lo fue tanto, ya que debió combinar las distintas miradas, no solo jurídicas, sino también religiosas, políticas y económicas.

En lo jurídico, definir si se trataría de una convención con un eje antidiscriminación y, por lo mismo, con un breve articulado, frente a quienes sostuvieron que debía tratarse de un texto más amplio que, con un moderado grado de detalle, permitiese una comprensión cabal acerca de las adecuaciones y formas que concretaren el pleno goce de los derechos por parte de las personas con discapacidad. Prevalió esta última opinión, concluyendo en una Convención de cincuenta artículos más su Protocolo Facultativo con 18 artículos.

Desde la mirada de las distintas confesiones religiosas, no resultó fácil congeniar aquellas posiciones que, por ejemplo refiriéndose a la vida privada, hablaban de relaciones interpersonales, frente a quienes, en el mismo tema, consideraban hablar de relaciones matrimoniales.

En lo político también hay ejemplos, puesto que en el artículo sobre situaciones de riesgos y emergencias humanitarias, en principio había una referencia sobre la “ocupación extranjera”. Hubo

2 Primera etapa presidida por el Embajador de Ecuador ante Naciones Unidas, Luis Gallegos.

3 Segunda etapa presidida por el Embajador de Nueva Zelandia ante ONU, Don Mackay.

4 Integran la Alianza Internacional sobre Discapacidad las siguientes organizaciones de y para personas con discapacidad: Inclusión International, Rehabilitación Internacional, Unión Mundial de Ciegos, Federación Mundial de Sordos, Federación Mundial de los Sordo-ciegos, Asociación Mundial de los Sobrevivientes de los Centros de Psiquiatría, Federación Internacional de personas con problemas auditivos y Red Latinoamericana de Organizaciones No Gubernamentales de Personas con sus Familias y Discapacidad, RIADIS. En [www.internationaldisabilityalliance.org/about-us/members](http://www.internationaldisabilityalliance.org/about-us/members).

5 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, año 2006. Psiquiatría, Federación Internacional de personas con problemas auditivos y Red Latinoamericana de Organizaciones No Gubernamentales de Personas con sus Familias y Discapacidad, RIADIS. En [www.internationaldisabilityalliance.org/about-us/members](http://www.internationaldisabilityalliance.org/about-us/members).

países que abogaron por la eliminación de esta enunciación, por lo que se debió retirar del articulado, pero esta mención quedó en el preámbulo, lo cual también trajo repercusiones en los minutos finales al cierre de la negociación ante el Comité Ad Hoc. Se trató del único punto en que no se llegó a un consenso. De hecho, se debió someter a votación y finalmente se logró la permanencia de dicha expresión en el preámbulo<sup>6</sup>. En lo económico, se generó un largo debate respecto de la visión de los países desarrollados y de los países en vía de desarrollo en relación a la “cooperación internacional”. Los primeros se sentían los principales conminados al cumplimiento de este tipo de obligaciones, miradas particularmente en términos de transferencias financieras. No obstante, los países en vía de desarrollo hicieron una fuerte defensa a la consagración de un artículo específico sobre el tema. Allí se argumentó que la cooperación no solo podía ser Norte-Sur, sino también Norte-Norte, Sur-Sur y por qué no decirlo, en algunas ocasiones Sur-Norte, en términos de procedimientos y “estilo de hacer las cosas”, por lo que quedaba claro que dicha cooperación no se reducía solo al ámbito financiero. Finalmente se consagró un artículo en esta materia<sup>7</sup>.

### 3. Cambio de paradigma

Se hace notar que, con anterioridad a la década de 1980, el abordamiento de la persona con discapacidad fue principalmente desde una perspectiva médico-asistencial. Entonces, la persona con discapacidad era considerada como “beneficiaria” de prestaciones otorgadas por el Estado.

El cambio teórico en la mirada de este sector de la población se inicia con la proclamación del decenio de las personas con discapacidad, el cual culmina con la emisión de las Normas Uniformes para la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad, en el año 1993, documento que tiene el estatus jurídico de resolución de Naciones Unidas. Por lo mismo, se puede afirmar que esta década fue de transición, donde las Normas Uniformes presentan un enfoque diferente de las personas con discapacidad hacia la mirada de un sujeto de derechos.

Es así como en la década de los ochenta se comienza a vislumbrar el denominado “modelo social de las personas con discapacidad”, según el cual el concepto de “discapacidad” es complejo y multifocal, ya que no coloca el acento en la deficiencia, sino que observa las barreras que experimenta este sector de la población y los distintos factores contextuales que le rodean. La sumatoria de las condiciones del individuo, en términos de limitaciones y su entorno ambiental y personal, determina su mayor o menor grado de participación social, lo que impacta al ejercicio de derechos humanos y libertades fundamentales de la persona. Esta perspectiva visibiliza a la persona con discapacidad como sujeto de derecho, tanto en su titularidad como en su ejercicio.

De este modo, la CDPD, recoge este nuevo modelo, lo perfecciona y lo plasma en sus normas, que tienen carácter vinculante para los Estados partes. Esta obligatoriedad implica que los Estados ratificantes deberán adoptar este tratado internacional dentro de su ordenamiento jurídico interno, en términos de desplegar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole

6 En la votación optaron por la eliminación cinco Estados, ocho delegaciones se abstuvieron y ciento dos Estados reiteraron la importancia de mantener la referencia, quedando definitivamente consignada la referencia “ocupación extranjera”.

7 CDPD, op. cit., Artículo 32: 1. Los Estados partes reconocen la importancia de la cooperación internacional y su promoción, en apoyo de los esfuerzos nacionales para hacer efectivos el propósito y los objetivos de la presente Convención. Tomarán las medidas pertinentes y efectivas a este respecto, entre los Estados y, cuando corresponda, en asociación con las organizaciones internacionales y regionales pertinentes y la sociedad civil, en particular organizaciones de personas con discapacidad. Entre esas medidas cabría incluir: a) Velar porque la cooperación internacional, incluidos los programas de desarrollo internacionales, sea inclusiva y accesible para las personas con discapacidad; b) Facilitar y apoyar el fomento de la capacidad, incluso mediante el intercambio y la distribución de información, experiencias, programas de formación y prácticas recomendadas; c) Facilitar la cooperación en la investigación y el acceso a conocimientos científicos y técnicos; d) Proporcionar, según corresponda, asistencia apropiada, técnica y económica, incluso facilitando el acceso a tecnologías accesibles y de asistencia y compartiendo esas tecnologías, y mediante su transferencia. 2. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán sin perjuicio de las obligaciones que incumban a cada Estado parte en virtud de la presente Convención.

para su implementación.

En concordancia, la CDPD tiene como propósito “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”<sup>8</sup>.

A su vez, entrega elementos para conceptualizar al sujeto de derecho, desde la mencionada mirada multifocal, y señala que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”<sup>9</sup>. Como se aprecia, no se trata de una definición taxativa, en cuanto señala que “las personas con discapacidad incluye aquellas que...”, haciéndose cargo que muchas veces el devenir de la humanidad puede enfrentarnos a otras situaciones de deficiencias<sup>10</sup>.

Desde allí, el cambio de paradigma se puede observar a través del análisis sistematizado del tratado. De este modo, el principio del “respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”<sup>11</sup>, atraviesa todo el articulado. Su expresión más cabal es la del Artículo 12, en especial cuando señala que “las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica” y que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. Además, algunas expresiones de este principio se encuentran en:

**DIGNIDAD:** Artículo 10: Derecho a la vida; Artículo 15: Protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

**AUTONOMÍA:** Artículo 12: Igual reconocimien-

to como persona ante la ley; Artículo 19: Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.

Lo propio ocurre con otras expresiones transversales de los demás principios de la Convención. Algunos ejemplos:

**LA NO DISCRIMINACIÓN:** Artículo 4: Obligaciones generales; Artículo 5: Igualdad y no discriminación; Artículo 6: Mujeres con discapacidad; Artículo 7: Niños y niñas con discapacidad; Artículo 23: Respeto del hogar y de la familia; Artículo 24: Educación párrafos 1 y 5; Artículo 25: Salud párrafo 1; Artículo 27: Trabajo y empleo, párrafo 1, a y b y párrafo 2.

**LA PARTICIPACIÓN E INCLUSIÓN PLENAS Y EFECTIVAS EN LA SOCIEDAD:** Artículo 13: Acceso a la justicia párrafo 1; Artículo 19: Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad; Artículo 24: Educación párrafo 2; Artículo 26: Habilitación y rehabilitación párrafo 1, b.

**EL RESPETO POR LA DIFERENCIA Y LA ACEPTACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO PARTE DE LA DIVERSIDAD Y LA CONDICIÓN HUMANAS:** Artículo 24: Educación párrafo 2, a.

**LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES:** Artículo 24: Educación párrafo 1; Artículo 27: Trabajo y empleo párrafo 1, b; Artículo 29: Participación política y pública; Artículo 30: Participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte.

**LA ACCESIBILIDAD:** Artículo 9: Accesibilidad; Artículo 21: Libertad de expresión y de opinión y acceso a la información, letras a, b, d; Artículo 27: Trabajo y empleo párrafo 1; Artículo 29: Participación en la vida política y pública, letra a/i; Artículo

8 CDPD, op.cit., Artículo 1º, inciso 1.

9 CDPD, op. cit., Artículo 1º inciso 2.

10 Este marco conceptual de sujeto de derechos, recoge la mirada de la Clasificación Internacional sobre el funcionamiento de la discapacidad y la salud CIF, que atribuye un rol significativo a los factores contextuales, sean ambientales y/o personales, para la definición de una persona con discapacidad. OMS, año 2001.

11 CDPD, op.cit., Artículo 3, letra A.

30: Participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte párrafo 1, a y b, párrafo 5, c, d y e agregado; Artículo 31: Recopilación de datos y estadísticas párrafo 3; Artículo 32: Cooperación internacional párrafo 1, a y d.

**LA IGUALDAD ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER:** Artículo 6: Mujeres con discapacidad; Artículo 8: Toma de conciencia párrafo 1, b; Artículo 16: Protección contra la explotación, la violencia y el abuso.

**EL RESPETO A LA EVOLUCIÓN DE LAS FACULTADES DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS CON DISCAPACIDAD Y DE SU DERECHO A PRESERVAR SU IDENTIDAD:** Artículo 7: Niños y niñas con discapacidad; Artículo 24: Educación.

Por otro lado, la Convención registra un componente vinculado al desarrollo social de las personas con discapacidad, cuya expresión más significativa se encuentra en el artículo sobre cooperación internacional.

## 4. Algunos puntos significativos

### a. Discriminación

La Convención la define como “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”<sup>12</sup>.

Generalmente, el propósito y el efecto se presentan unidos en un acto u omisión discriminatoria. Sin embargo, sobre este punto se tipifica el propósito

discriminator, que puede ir separado del efecto discriminatorio. Según lenguaje penal, podría existir este ánimo en el inicio de una acción de ejecución que, si finalmente no se concreta, igualmente habrá discriminación posible de sancionar<sup>13</sup>.

Por otro lado, podría existir un efecto discriminatorio, aun cuando se alegue no haber existido el propósito de discriminar. Estas circunstancias se pueden vincular a los denominados “maltratos estructurales”, que produce el sistema al individuo por una negligencia o descuido en la visualización e implementación de aquellos elementos necesarios para la equiparación de oportunidades. Por ejemplo, el espacio público no accesible. Además, se debe resaltar que la denegación de ajustes razonables podrá ser discriminación. Se entienden por ajustes razonables “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran 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”<sup>14</sup>. Este es un factor de intensa significación para que las personas con discapacidad puedan desarrollarse en educación, trabajo, deporte, recreación y vida política, entre otros.

### b. Toma de conciencia

Esta prescripción constituye un puente social de gran importancia para que el sistema sea verdaderamente inclusivo. Para ello, deberá eliminar estereotipos, prejuicios y prácticas nocivas, y hacer más relevantes los méritos, competencias y habilidades de las personas con discapacidad. En esta tarea todos los agentes sociales tendrán roles significativos, como el sistema educativo y los medios de comunicación entre otros.

### c. Capacidad jurídica

Este tema produjo álgidos debates en las negociaciones de la CDPD, toda vez que para algunos

12 CDPD op.cit., Artículo 2.

13 Este punto debe producir el análisis de la discriminación en términos de los grados de ejecución. Nos referimos al debate sobre la tentativa de discriminación.

14 *Ibid.*

Estados era difícil reconocer que las personas con discapacidad tienen pleno derecho al ejercicio de su capacidad jurídica, tópico que afecta fundamentalmente a las personas con discapacidad intelectual, de causa psíquica, o discapacidades sensoriales en ciertas circunstancias. Como esto implica la eliminación de la calidad de legalmente “incapaz” para actuar en la vida jurídica (celebración de actos y contratos), profundos debates sobre la figura de interdicción y voluntad sustitutiva obligará a reformas legales sustantivas en los sistemas jurídicos nacionales. Fue así como, aun cuando el artículo fue consensuado, al término del período de negociaciones del Comité Ad Hoc, tres países<sup>15</sup> efectuaron una declaración interpretativa en la cual, en definitiva, hacían prevalecer su ordenamiento jurídico interno en la materia. Este asunto debió ser analizado en un diálogo posterior, en donde tuvo gran participación e incidencia la sociedad civil de personas con discapacidad, y que logró la eliminación de dicha declaración interpretativa en la Comisión revisora final.

No obstante, este tema ha seguido trayendo repercusiones, como se aprecia en las reservas y declaraciones interpretativas efectuadas por algunos Estados partes<sup>16</sup>, al momento de la firma y sus ratificaciones.

#### d. Accesibilidad y rehabilitación

En el proceso de consolidación jurídica que se comenta, se aprecia su riqueza en cuanto a recoger nuevas tendencias, recepcionando los puntos de vista de los sujetos de derecho. De este modo, podemos hablar de “la accesibilidad” que corresponde a las condiciones que deben cumplir los ambientes, elementos, productos y tecnologías para ser utilizables por todas las personas, en forma segura, confortable y de la manera más autónoma posible.

También estamos frente a la innovación jurídica que significa la consagración de la “rehabilitación” en la CDPD, entendido por tal el proceso

continuo y coordinado, tendiente a obtener la restauración máxima de la persona con discapacidad en los aspectos funcionales, físico, psíquico, educacional, social, profesional y ocupacional, con el fin de integrarla o reintegrarla como miembro productivo a la comunidad<sup>17</sup>.

En la Convención se produce la separación de la rehabilitación, respecto del derecho a la salud, con todas las implicancias que ello tiene en la adopción de medidas específicas por los Estados partes. Esto redundará en superar la cifra que indica que solo un dos por ciento de las personas con discapacidad en el mundo acceden a rehabilitación<sup>18</sup>.

De este modo, la exigibilidad que tienen la accesibilidad y la rehabilitación, de acuerdo a la CDPD, nos permitiría hablar de “derechos nuevos”, toda vez que gozarían de tutela, titularidad en las personas con discapacidad y la fuerza coactiva en los Estados que forman parte del tratado, para efectos de cumplimiento.

#### e. Voto asistido

En el articulado sobre “participación política y pública”, junto con las facilidades para sufragar, recibió consagración normativa el “voto asistido”<sup>19</sup>.

Primó la posición que, el elector con discapacidad tiene la facultad de escoger alguna persona de su confianza para que le apoye en el acto de votar, sin que esto signifique violación del carácter secreto del voto, que es una garantía exclusiva para el votante.

#### f. Acceso a la justicia

Cabe destacar que en Convenciones anteriores se hablaba de las “garantías del debido proceso”, en referencia al ámbito judicial. Es preciso tener presente que estas suponen la existencia de un proceso de índole civil o penal. La Convención que nos ocupa da cuenta de que muchas veces las personas con discapacidad tienen dificultades

15 China, Egipto y Rusia.

16 [www.un.org/disabilities/default.asp?id=475](http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=475)

17 OPS/OMS 47° Consejo Directivo, OPS/OMS, Washington, septiembre de 2006.

18 *Ibid.*

19 CDPD, *op.cit.*, Artículo 29.

des para llegar a la esfera de la judicatura, y por ello consagró el “derecho de acceso a la justicia” respecto de todo tipo de procedimiento, en cualquier calidad en que la persona con discapacidad comparezca, proyectando su alcance a las etapas previas, investigativas y policiales. A la vez se refirió a la necesaria capacitación de magistrados, auxiliares de la administración de justicia y personal carcelario-penitenciario.

#### g. Mujeres y niñas con discapacidad

Teniendo en cuenta que alrededor del sesenta por ciento de las personas con discapacidad son mujeres y niñas, se consagra en el tratado la perspectiva de género tanto en el preámbulo, en los principios, en un artículo específico<sup>20</sup> y de manera transversal en otros artículos de la Convención: Toma de Conciencia<sup>21</sup>; Protección contra la explotación, la violencia, y el abuso<sup>22</sup>; Respeto del hogar y de la familia<sup>23</sup>; Salud<sup>24</sup>; Nivel de vida adecuado y protección social<sup>25</sup> y Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>26</sup>.

Esto resulta significativo para una aplicación conjunta con la CEDAW, dada la invisibilidad de este sector de la población y los necesarios pasos para el adelanto y potenciación de las mujeres y niñas con discapacidad.

#### h. Protección de la integridad personal

Esta materia tiene gran significación para la proscripción de psicocirugías, cirugías invasivas e irreversibles y esterilizaciones, sin consentimiento de la persona con discapacidad.

Además, nadie deberá ser sometido a experimen-

tos médicos o científicos sin su libre consentimiento.

Lo expresado tiene particular impacto en quienes presentan discapacidad de causa psíquica e intelectual, sin perjuicio de que existan violaciones de esta naturaleza en algunos casos de personas con discapacidades sensoriales o físicas.

Lo prescrito hace plena concordancia con la Declaración sobre Bioética y Derechos Humanos de UNESCO, cuyos ejes fundamentales son la autonomía y el consentimiento libre e informado de las personas.

#### i. Educación

Se establece que los Estados deben asegurar el acceso a la educación básica y secundaria inclusiva, gratuita, obligatoria y de calidad. Se reconoce que el proceso educativo se extiende por toda la vida de una persona e implica no solo el acceso, sino también la permanencia y progreso en el respectivo sistema.

Se hace referencia a las distintas formas de comunicación y a los ajustes razonables que deben realizarse para el pleno cumplimiento de los objetivos que persigue la educación, tanto en el ámbito del desarrollo personal como social.

#### j. Trabajo

Se expresa que el derecho a trabajar incluye tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad.

Se reconoce la importancia de adoptar medidas de acción afirmativa e incentivos para la contratación, la promoción del empleo en el sector

20 CDPD, op.cit. Artículo 6: 1. Los Estados partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. 2. Los Estados partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención.

21 CDPD, op.cit., Artículo 8.

22 CDPD, op.cit., Artículo 16.

23 CDPD, op. cit., Artículo 23.

24 CDPD, op. cit., Artículo 25.

25 CDPD, op. cit., Artículo 28.

26 CDPD, op. cit., Artículo 34.

público y la promoción de oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias.

#### k. Estadísticas y recopilación de datos

La CDPD ha querido dar una base científica a la elaboración de políticas públicas y legislación, considerando en una de sus normas la temática de la recopilación estadística.

A la vez, esta prescripción produce desafíos a la disciplina estadística, en términos de sus principios rectores: relevancia / pertinencia, acuciosidad / exactitud, credibilidad, oportunidad, accesibilidad y coherencia<sup>27</sup>. Se debe tener presente que esta información debe llegar a distintos estratos y usuarios, incluidas las personas con discapacidad.

#### l. Seguimiento nacional<sup>28</sup>

La Convención se ocupa de orientar expresamente a los Estados partes en cuanto a la importancia de designar uno o más organismos gubernamentales encargados de la aplicación del tratado y la designación de mecanismos para la coordinación en la adopción de las medidas de implementación. La Convención fue más allá, haciendo referencia al marco nacional que debe existir para la promoción, protección y supervisión. Además de incorporar a la sociedad civil en los procedimientos de seguimiento a escala nacional.

#### m. Mecanismo de monitoreo internacional

Al inicio de las negociaciones hubo países que no deseaban la existencia de un mecanismo de seguimiento del tratado, por existir otros órganos de Naciones Unidas para vigilar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. Fue en el último período de sesiones en donde se acordó establecer, como órgano de monitoreo, un Comité sobre los derechos

de las personas con discapacidad, cuya principal función es examinar los informes de los Estados partes en relación a la situación de las personas con discapacidad en sus respectivos países.

Un segundo tema era resolver si este comité tendría facultades para recibir quejas o comunicaciones individuales o grupales por violaciones de sus derechos y que no fueren subsanadas en el ámbito interno del Estado denunciado. Como una fórmula de consagrar esta atribución para el Comité, visualizando las dificultades y posibilitando dejar en libertad de acción a los Estados en esta materia, se redactó un Protocolo Facultativo que viene a zanjar la problemática. Por lo tanto, como figura establecida en el tratado madre el comité tiene la atribución de tramitar procedimientos por comunicaciones individuales o de grupo de individuos, en virtud del protocolo opcional y respecto de los Estados ratificantes de dicho protocolo. De este modo, un Estado puede ratificar ambos instrumentos o ratificar solo el tratado, sin su Protocolo Facultativo. En el estado actual de ratificaciones se registran 86 Estados ratificantes del tratado y 53 que han ratificado el Protocolo Facultativo.

## 5. Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad: avances

El comité, integrado por doce expertos de distintas regiones del mundo, fue elegido de acuerdo a lo prescrito en el tratado, en la Primera Conferencia de los Estados Partes<sup>29</sup>. Dicho comité ha ido desarrollando su labor en un intenso trabajo, durante su primer año de existencia.

Es así como ha efectuado la producción de las Directrices para la presentación de los informes de los Estados partes, documento que orienta a los Estados para la elaboración de sus reportes, haciendo consultas específicas en relación a cada uno de los derechos signados en la Convención. De acuerdo a la cronología de ratificaciones, 41 Estados partes se encontrarían en situación de

27 Organisation for Economic Cooperation and Development OECD, en [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

28 CDPD, op.cit., Artículo 33.

29 Primera Conferencia de los Estados Partes celebrada el 3 de noviembre de 2008 en Naciones Unidas, Nueva York.

rendir sus informes en el año 2010. Además, el comité dará atención a los insumos que pueda proporcionar la sociedad civil en relación a cada uno de estos informes. El examen del comité lleva a la enunciación de una “lista de preguntas” surgidas durante el estudio del reporte. A continuación habrá un proceso de audiencia ante el comité, de cada delegación estatal que presente un informe, a través de la metodología de “diálogo constructivo”.

El examen culminará con un comentario u observación final que contendrá introducción; aspectos positivos (incluidos todos los avances); factores y dificultades que no permiten llevar a la práctica las medidas o las obstaculizan; asuntos que suscitan especial preocupación y sugerencias y recomendaciones al Estado parte<sup>30</sup>. Finalmente, se asignará un relator de seguimiento para supervisar el cumplimiento de lo recomendado por el comité.

El comité también ha aprobado su reglamento y los métodos de trabajo, prescripciones que regulan el funcionamiento de este órgano.

Además, en su primer período de sesiones, se emitió la primera declaración oficial del comité, en que se pronuncia sobre la importancia de la ratificación de la Convención por más Estados, sin reservas ni declaraciones interpretativas, la significación entregada a los distintos tipos de discapacidad en reconocimiento a su diversidad e insta la acción de los gobiernos y de los órganos dentro y fuera del sistema de Naciones Unidas para trabajar en este ámbito, además de destacar que las crisis financieras no deben obstaculizar el cumplimiento de los derechos de las personas con discapacidad, junto a la necesidad de promover la cooperación internacional.

En relación al artículo sobre situaciones de riesgo y emergencias humanitarias<sup>31</sup> se han emitido Declaraciones sobre “Terremoto en Haití y personas con discapacidad”, “Terremoto y tsunami en Chile y personas con discapacidad” y “Terremoto en Qinghai, República Popular China”.

Mención especial requiere el “Día de Debate General”, celebrado el 21 octubre de 2009, que versó sobre el tema “capacidad jurídica de las

personas con discapacidad”, lo que dio paso al acuerdo del comité en cuanto conformar una subcomisión de trabajo que deberá arribar a un comentario general que entregue mayores detalles para la interpretación e implementación de tan significativa norma del Artículo 12.

Un nuevo día de debate general se ha proclamado para el 3 de octubre de 2010 sobre el tema “accesibilidad”, existiendo un grupo de trabajo para esta preparación.

Por su parte, el Comité ha tenido especial atención en el Protocolo Facultativo para la recepción de comunicaciones individuales o de grupos de individuos, para lo cual se han examinado comunicaciones anteriores y se ha previsto un relator especial para el trabajo futuro en relación a dichas comunicaciones y medidas provisionales. Además, con el propósito de transversalizar las perspectivas de las pcd se ha designado a una de sus integrantes como enlace con otros Comités de Derechos Humanos en el marco de Naciones Unidas.

## 6. Prospectiva

La Convención ha generado desafíos en diversos planos que implican el mejoramiento legal y la reformulación de políticas públicas en los Estados partes.

El Comité Ad Hoc para la elaboración de la CDPD concibió y consagró una nueva forma de negociación de los instrumentos internacionales en donde, junto al “multilateralismo estatal”, se erigió el “multilateralismo ciudadano”, que no solo generó un nuevo estilo, sino que también validó el aporte significativo de la sociedad civil en el enriquecimiento de los procesos y circuitos jurídicos y políticos que se registraron en Naciones Unidas en este hito histórico en derechos humanos.

Por lo tanto, dicho sello distintivo debe traducirse hoy en una modalidad de trabajo interactivo para la implementación de la CDPD que valore y procese los insumos de los componentes estatales junto a aquellos que proporcione la sociedad

30 Métodos de Trabajo del Comité CDPD, ítem I, letra B.10. En [www2.ohchr.org/SPdocs/CRPD/](http://www2.ohchr.org/SPdocs/CRPD/)

31 CDPD, Artículo 11.

civil, cuyos integrantes están llamados a seguir siendo actores relevantes en la concreción de estos logros, en los planos nacionales y por ende, en la vida misma de cada una de las personas con discapacidad en el mundo.

[www.un.org/disabilities/default.asp?id=475](http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=475)

[www.oecd.org](http://www.oecd.org)

[www.ohrch.org](http://www.ohrch.org)

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Instrumentos jurídicos internacionales

- **Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW**, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979.
- **Convención sobre los Derechos del Niño**, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989.
- **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas (ONU), con fecha 13 de diciembre de 2006.
- **Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos**, adoptada en la 33ª Conferencia General de la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), 2005.
- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.
- **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966.
- **Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad**, aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Cuadragésimo Octavo Período de Sesiones, mediante Resolución 48/96 del 20 de diciembre de 1993.
- Páginas web  
[www.un.org/spanish/disabilities/convention/overview.html](http://www.un.org/spanish/disabilities/convention/overview.html)  
[www.internationaldisabilityalliance.org/about-us/members](http://www.internationaldisabilityalliance.org/about-us/members)



III CAPÍTULO

**UNA VISIÓN DE LA  
VALORACIÓN ACTUAL  
DE LOS DERECHOS  
HUMANOS TANTO EN  
LA REGIÓN COMO EN  
EL CASO ESPECÍFICO  
DE CANADÁ**



**ELISABETH PATTERSON**

Dionne Schulze SENC abogada,  
Montreal, Canadá.  
www.dionneschulze.ca  
Junio de 2010

# LA OBLIGACIÓN DE CONSULTAR Y CONSIDERAR A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN CANADÁ

El Derecho nacional e internacional reconoce cada vez más que los pueblos indígenas no sólo tienen derecho a gozar de los derechos humanos que existen para todas las personas, sino que también tienen ciertos derechos que son propios de su indigenismo. Por ejemplo, los pueblos indígenas tienen derechos sobre los territorios que han ocupado ancestralmente, mientras que los demás ciudadanos en general no gozan de tal derecho.

De este reconocimiento de los derechos indígenas, se desprende que tienen el derecho a ser consultados por el Gobierno cada vez que una medida gubernamental o proyecto pueda afectar sus derechos. En algunos casos, el consentimiento de los pueblos indígenas incluso puede ser necesario para poder seguir adelante con las medidas o proyectos.

Este documento examina la forma en que se define en Canadá la obligación de consultar y considerar a los pueblos originales, y sostiene que es un buen ejemplo de respeto a una nueva forma de derechos humanos: los Derechos Culturales de los Pueblos Indígenas. También puede condu-

cir a una menor dependencia de fondos del gobierno y, en algunos casos, a mayores poderes de autogobierno legalmente reconocido.

## Marco jurídico de los derechos de los pueblos indígenas en Canadá

### a) Orígenes de los derechos de los pueblos indígenas

Canadá fue colonizada inicialmente por los franceses (entre los siglos XVI y XVIII) y luego por los británicos (s. XVIII). Estos reconocieron oficialmente que los pueblos indígenas tenían el título de las tierras que ocupaban; por lo tanto, aunque llegaron a tener un poder militar superior, los británicos consideraron que era necesario obtener el consentimiento de los pueblos indígenas para la extinción de sus títulos de propiedad, con el fin de ocupar el territorio en forma legal. Esto llevó a los colonizadores a firmar tratados con los



nativos, principalmente en el siglo XIX, mediante los cuales los pueblos nativos renunciaban a sus derechos a cambio de derechos de caza y pesca, pequeñas reservas de tierras, algo de dinero y promesas de provisión de medicamentos y educación. Tratados de este tipo se firmaron en la mayor parte de Canadá, desde Ontario hasta las Montañas Rocallosas.

La mayoría de los pueblos indígenas de Canadá fueron seminómadas hasta el siglo XX. En muchos, la transición a una vida sedentaria en una pequeña reserva aislada en el Norte ha sido muy difícil. El impacto en la cultura, el idioma y el bienestar físico y psicológico ha sido evidentemente enorme. También lo ha sido sobre la independencia económica y política de las comunidades. La sustitución de su carácter nómada de subsistencia –basada principalmente en la caza, pesca y recolección– por una economía sedentaria (tales como la agricultura, la industria y los servicios) no ha tenido mucho éxito. El desempleo es en general muy alto y las personas indígenas y los gobiernos locales a menudo no tienen ingresos independientes por lo que dependen en gran medida de los fondos del Gobierno.

En Canadá, los derechos de los pueblos indígenas –o “pueblos aborígenes”, como se denominan allá– se pueden dividir en dos categorías:

**Derechos ancestrales.** Es decir, los derechos que existían antes de la conquista y que han

sobrevivido en cierta forma hasta hoy en día, por ejemplo, los derechos de caza y pesca y la gobernabilidad. También se incluye de título de aborígen (el derecho a la tierra).

**Derechos ganados mediante tratados.** Derechos que fueron reconocidos por un “tratado” entre una nación indígena y la Corona Británica, o su sucesor, el gobierno de Canadá.

En el siglo XX, los tribunales canadienses reconocieron en varios casos los derechos ancestrales de los indígenas a sus tierras tradicionales. Por otra parte, en 1982, se adoptó una nueva enmienda a la Constitución canadiense que reconoce los derechos aborígenes y los derechos tratados concluidos entre los pueblos aborígenes y el gobierno de Canadá (Art. 35 de la Ley Constitucional de 1982). Además, en el s. XX se firmaron tratados con las naciones indígenas, especialmente en las regiones más septentrionales donde nunca se habían elaborado tratados al estilo de los alcanzados en el siglo XIX.

b) Comprobación de la existencia de derechos y títulos

Canadá es un país de derecho anglosajón –*common law*–<sup>1</sup> donde la interpretación de la Constitución y las leyes por los tribunales es muy importante. Los criterios para tener reconocido un derecho ancestral no ha sido establecido

1 Con la excepción de la ley civil en la provincia de Quebec, que es una ley derivada de la *Coutume* de París, codificada en forma similar al Código Francés Napoleónico.

en una ley, sino más bien en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá.

El Tribunal Supremo ha desarrollado una prueba que las naciones originarias deben cumplir para obtener el reconocimiento de un derecho ancestral o de un título de tierra. En forma muy simple, para ser reconocido como un derecho ancestral protegido por la Constitución, una actividad debe haber existido al momento del contacto con los europeos y seguir siendo un elemento de práctica integral de la cultura del grupo indígena que reclama el derecho (caso Van der Peet de 1996)<sup>2</sup>. Por ejemplo, si un grupo indígena puede probar que pescaba en un río determinado en 1603 (fecha de primer contacto con los europeos) y la actividad pesquera era parte integral de la cultura del grupo y que han continuado pescando allí en cierta medida desde ese momento, tendrán un derecho reconocido para pescar en ese río<sup>3</sup>. Este derecho está protegido por la Constitución de Canadá y no se puede extinguir. Este derecho tampoco puede ser infringido, a menos que sea por causas justificadas, las que son muy limitadas.

La prueba para comprobar un título aborígen en una zona geográfica fue establecida en el caso *Delgamuukw*<sup>4</sup>. Si un grupo aborígen puede demostrar que en el momento en que los europeos obtuvieron la soberanía sobre la zona que ellos reclaman, ellos ocupaban exclusivamente dicho territorio y que se ha mantenido una conexión importante hasta nuestros días, ellos tienen un título ancestral.

## La obligación de consultar y considerar a los pueblos indígenas

### a) No en la legislación

El gobierno federal, que tiene la responsabilidad de “los indios” –nombre legal en Canadá–, no ha

promulgado ninguna ley que establezca un marco en cuanto a la obligación de consultar a los pueblos originales.

Solamente existen leyes en zonas específicas de Canadá y que tienen que ver con situaciones determinadas. Por ejemplo, en el territorio de Yukón en el norte de Canadá, la Ley del Petróleo y el Gas establece la exigencia de consentimiento y consulta a los primeros pueblos de Yukón<sup>5</sup>. También la Ley de Calidad del Medio Ambiente de Quebec<sup>6</sup> establece un régimen que implementa los derechos de los pueblos Cree e Inuit bajo el acuerdo de reclamaciones de tierras a ser consultados durante el proceso de evaluación ambiental. En sus respectivos territorios, estos pueblos participan en un comité indígena-federal o en un comité indígena-provincial que hace recomendaciones relacionadas con la evaluación del impacto ambiental y con la aprobación de proyectos.

### b) Jurisprudencia

Los parámetros del derecho a consulta han sido establecidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá (CSC).

La obligación de consultar a los pueblos aborígenes en Canadá generalmente emana de los derechos ancestrales o conseguidos a través de tratados. El caso que da origen a la presente ley es el del pueblo Haida<sup>7</sup>, que fue decidido en 2004. El derecho a ser consultada de una comunidad aborígen dependerá en gran medida del tipo de derecho que tiene sobre el territorio que se ve afectado por una ley o un proyecto y la solidez de las pruebas relativas a este derecho.

Por ejemplo, si el derecho de la comunidad para cazar en una zona determinada ya ha sido probada en los tribunales, su derecho a la consulta es claro. Si la comunidad indígena solamente alega un derecho, pero no hay nada probado, esta todavía puede tener derecho a la consulta, pero el alcance de la obligación dependerá de la prueba *prima facie* de su reclamación de dichos derechos o títulos.

2 R.v. Van der Peet, [1996] 2 S.C.R. 507, disponible en <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1996/1996scr2-507/1996scr2-507.html>.

3 R.v. Adams [1996] 3 S.C.R. 101, disponible en <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1996/1996scr3-101/1996scr3-101.html>.

4 *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010.

5 R.S.Y. 2002, c. 162 en los art. 13-14. Ver en <http://www.canlii.org/yk/laws/sta/162/20060728/whole.html>.

6 <http://www.canlii.org/en/qc.laws/stat/rsq-c-q-2.html>.

7 <http://csc.lexum.unmontreal.ca/en/2004/2004scc73/2004scc73.html>.

i) Consulta cuando los derechos ancestrales han sido probados

En Canadá, demostrar los derechos ancestrales en la Corte es un proceso muy largo y costoso. Esto implica la participación de muchos abogados y expertos –como historiadores, arqueólogos, lingüistas y ancianos indígenas– y, a menudo, por tres niveles de tribunales (el Tribunal Superior de Justicia, la Corte de Apelaciones, la Corte Suprema). Este trámite puede tomar hasta 10 años y fácilmente puede costar decenas de millones de dólares canadienses.

Si un derecho ancestral o un título aborígen ya ha sido probado, claramente existe la obligación de consultar al titular de dicho derecho o título. Además, si el impacto ambiental es importante, sería necesario contar con el consentimiento del pueblo originario<sup>8</sup>.

En algunos casos, los pueblos indígenas pueden no tener derecho a bloquear una medida legislativa –que pudiera tener un impacto sobre sus derechos– cuando los tribunales consideran que es una medida justificada. Por ejemplo, en el caso de una ley cuyo objetivo es conservar el medio ambiente, en algunas circunstancias se justifica infringir un derecho ancestral, como es el caso de la ley que limita la captura de peces. El gobierno todavía tendría que consultar y tomar en cuenta a los pueblos originarios afectados, asignándoles, por ejemplo, una cuota mayor que la que se les concede a los pueblos no originales. Sin embargo, los casos en que se justificaría la infracción son muy limitados. Por ejemplo, no hay ningún caso en nuestro conocimiento donde haya habido una violación de un derecho ancestral que haya sido justificado por la construcción de un proyecto (represa, explotación de bosques, etc.).

ii) Consulta cuando los derechos ancestrales no se han probado

La situación es más complicada cuando los derechos ancestrales no han sido demostrados, que es lo más común. Por ejemplo, una empresa forestal quiere cortar árboles en un área donde los gru-

pos indígenas tienen derechos, pero aún no han demostrado su título, como en el caso de Haida. En este caso, la Corte Suprema de Canadá en Haida decidió que el gobierno federal y provincial –referido como “la Corona” en Canadá, ya que nosotros aún somos parte de una monarquía constitucional– tiene la obligación de consultar a los pueblos aborígenes y considerar sus preocupaciones, incluso antes de que sus reclamaciones de títulos o derechos ancestrales hayan sido comprobados o resueltos por un tribunal.

El Tribunal Supremo de Canadá ha establecido las siguientes reglas en el caso de los Haida, relativas a la obligación de consultar.

Fundamentos del derecho a ser consultado

La obligación de consultar a los pueblos indígenas se basa en el principio de que “la Corona” debe actuar honorablemente en sus relaciones con los pueblos originales. Esta obligación surge de la aceptación de la soberanía por parte de la Corona sobre una población aborígen y el control de facto de las tierras y los recursos que antes estaban bajo el control de ese pueblo. Con el reconocimiento de la soberanía surge la obligación de tratar a los pueblos indígenas de manera justa y honorable para protegerlos de la explotación<sup>9</sup>.

La obligación está en el gobierno, no en la industria

El Tribunal Supremo de Canadá determinó que los gobiernos provinciales y federales son las únicas entidades que tienen el deber de actuar con honor y, por lo tanto, deben consultar a los pueblos aborígenes. Por ejemplo, la Corona puede delegar los aspectos de procedimiento de consulta a los proponentes del sector industrial, que busca un desarrollo particular en las evaluaciones medioambientales. Sin embargo, la responsabilidad jurídica última de consultar a los pueblos aborígenes corresponde a la Corona. El honor de la Corona no puede ser delegado<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> El concepto de “consentimiento previo e informado libre” realmente no es utilizado como un concepto legal en Canadá y deriva más del ámbito internacional.

<sup>9</sup> Haida, para. 32.

<sup>10</sup> En para. 54.

### ¿Cuándo surge la obligación de consultar?

Esta obligación surge en cuanto la Corona toma conocimiento, real o constructivo, de la posible existencia del derecho o título ancestral y toma una decisión que podría afectarlo en forma adversa.

### ¿Cuánto debe consultar la Corona? ¿Necesita obtener el consentimiento?

La Corte Suprema de Canadá describe un “espectro” de condiciones para realizar una consulta a un pueblo aborigen, que están basadas básicamente en dos ejes: el primero es el nivel de violación que una medida tendrá sobre un supuesto derecho ancestral o conseguido por tratado. El segundo se basa en el grado de prueba o certeza de un supuesto derecho.

Si la violación es menor y la reclamación no tiene mucho fundamento, la única obligación de la Corona debe ser “notificar”, divulgar la información y discutir cualquier cuestionamiento planteado en respuesta a la notificación<sup>11</sup>.

Si, por el contrario, la reclamación es fuerte y el derecho y potencial violación es de alta importancia para los pueblos originales y el riesgo de daño moral indemnizable es alto, se necesita realizar una consulta minuciosa y profunda. Se puede conceder a los pueblos originales “la posibilidad de presentar sus reclamaciones para que sean consideradas, una participación formal en el proceso de toma de decisiones y se les puede dar razones escritas para demostrar que sus apprehensiones fueron tomadas en cuenta, además de mostrar que ellas tuvieron un impacto en la toma de decisiones”<sup>12</sup>.

Como hemos visto, se puede requerir una consulta en el caso de que existan derechos ancestrales que han sido probados.

### Consideración a los pueblos originales

El Tribunal de Justicia en Haida también establece que “una consulta importante puede obligar a la Corona a realizar cambios en su propuesta de acción basada en la información obtenida a tra-

vés de consultas”. En Canadá, esta obligación se ha denominado “tomar consideración”, y se puede definir como “adaptar, armonizar, conciliar [...] un ajuste o una adaptación para satisfacer un propósito especial o diferente... un arreglo conveniente, un acuerdo o compromiso”<sup>13</sup>. Consideración, en general, no significa que los pueblos originarios tengan derecho a veto, sino que ambas partes deben actuar de buena fe y tratar de alcanzar acuerdos.

En la práctica, la consideración significa la modificación de una propuesta de un plan para limitar así los eventuales impactos sobre los pueblos originales y la compensación por los impactos, a través de regalías como capacitación de indígenas para que puedan trabajar en el ámbito del proyecto (silvicultura, minas, energía), empleos, contratos para empresas indígenas y la participación en el seguimiento del daño medioambiental. En Haida, la Corte también invitó a los gobiernos a elaborar políticas y marcos legislativos para aclarar la manera en que se realizarán las consultas y como se resolverán las reclamaciones de los pueblos originales. A continuación veremos que, en realidad, se han adoptados políticas interinas.

## **La obligación de realizar consultas y considerar a los pueblos originales en la práctica**

### **a) Los desafíos en la práctica**

A continuación describimos algunos de los temas que hemos notados en nuestra profesión de abogada con respecto al ejercicio de las obligaciones de consultar y resolver las demandas de los pueblos indígenas.

En primer término, aunque las cortes han establecido que los gobiernos (provinciales y federales) tienen la obligación de consultar a los

11 Haida, supra, en para. 42.

12 Haida, supra, en para. 44.

13 Concise Oxford Dictionary of current English (9<sup>th</sup> Ed, 1995), citado en Haida.

pueblos aborígenes, en la realidad los gobiernos muchas veces no están cumpliendo este rol. En algunos casos, los proponentes del proyecto (por ejemplo, las compañías mineras, forestales y energéticas) están haciendo esta tarea en forma muy escasa al contactar a las comunidades para consultarlas, porque ellos desean que sus proyectos salgan a delante. Ellos también pueden ofrecer “satisfacer sus demandas” cerrando acuerdos de royalties y fuentes de trabajo.

En muchas otras instancias, ni el gobierno ni la compañía involucran a la comunidad indígena, y puede ser necesario recurrir a las Cortes o entidades casi judiciales. En algunos casos, simplemente interponiendo una demanda se puede llevar al gobierno y la compañía a la mesa de negociaciones con el respectivo grupo indígena. De lo contrario, si el grupo indígena debe someterse a un proceso judicial para obtener una resolución, puede resultar un proceso largo y oneroso. Igualmente, el modo en que las comunidades indígenas están siendo “consultadas” puede resultar desafiante para ellas. Por ejemplo, pueden recibir una gran cantidad de descripciones realizadas por el proponente acerca del proyecto y las evoluciones en cuanto al impacto medioambiental y social, que se les pide revisar y comentar dentro de plazos muy cortos. Los empleados gubernamentales indígenas locales pueden no contar con el tiempo, los conocimientos y recursos financieros para revisar los documentos o para pagar a consultores para que realicen las revisiones. Además, el gobierno indígena suele no tener recursos para pagar estudios de impacto independientes que podrían llegar a conclusiones diferentes del proponente.

Existe cierta confusión en cuanto a si los gobiernos deben consultar a las comunidades indígenas en forma específica o si, en algunos casos, procesos generales de consulta relacionados con asuntos medioambientales son suficientes.

## b) Políticas de consultas

Desde la decisión de Haida, organismos aborí-

genes y gobiernos federales y provinciales han adoptado políticas para proveer pautas para la ejecución de la obligación de consultar y resolver las demandas en la práctica.

Por ejemplo, el gobierno federal de Canadá ha adoptado pautas interinas para ayudar a los empleados federales a cumplir con la obligación de consultar<sup>14</sup>. Estas pautas describen en forma detallada cómo se deber realizar una consulta desde el punto de vista del gobierno federal.

La Asamblea de los Primeros Pueblos de Quebec y Labrador también ha preparado un detallado protocolo de consultas<sup>15</sup>.

## c) Acuerdos para la resolución de demandas

### i) Acuerdos para paliar el impacto medioambiental

Como hemos visto, los proponentes de proyectos que puedan tener impactos sobre los pueblos aborígenes a menudo darán lugar a negociaciones con las comunidades interesadas, a veces incluso antes de la participación por parte del gobierno. Tales discusiones pueden también abordar la utilización de medios que puedan minimizar el impacto de un proyecto sobre las comunidades y la participación de miembros indígenas en el proyecto mediante contratos, empleos, formación y beneficios monetarios. Estas empresas por parte de los proponentes se confirman en un “acuerdo de impacto y de beneficios” por el cual las comunidades afectadas aceptan el proyecto bajo ciertas condiciones, a cambio de la participación en el proyecto y una serie de beneficios.

Muchos acuerdos para paliar el impacto medioambiental son de naturaleza confidencial y, por lo tanto, no son dados a conocer en forma pública. Algunos acuerdos sobre la zona ártica de Canadá alcanzados entre los pueblos indígenas y las compañías BHP Billiton, De Beers y Río Tinto, sin embargo, han sido dados a conocer públicamente y constituyen modelos para ser examinados<sup>16</sup>.

Los acuerdos a menudo tienen cláusulas similares. Por ejemplo, los acuerdos de beneficios pa-

14 <http://www.ainc-inac.gc.ca/ai/mr/is/acp/intgui-eng.asp>.

15 <http://www.iddpnql.ca/fichiers/protocol2005.pdf>.

liativos por impacto ambiental (“IBA”) suelen incluir un artículo sobre el empleo, mediante el cual la compañía se compromete a la contratación prioritaria de personal indígena calificado. En algunos casos, se indica un porcentaje específico de miembros de la comunidad indígena (por ejemplo 30%). La obligación se extiende a los subcontratistas de la empresa. Hay, por lo general, un artículo detallado sobre los programas de capacitación y una cláusula que indica que la empresa va a contratar, como empleados permanentes en forma preferencial, a los participantes indígenas que completen con éxito la etapa de entrenamiento.

Además, los acuerdos de beneficios paliativos abrigan a los proponentes a dar contratos a las empresas de propiedad de los indígenas y se prevén mecanismos para asegurar que estas tengan la posibilidad de ofrecer sus servicios (por ejemplo, mediante el establecimiento de negociaciones directas con las empresas indígenas de determinados bienes y servicios, en lugar de licitaciones, o la subdivisión de contratos más amplios en partes, con el fin de permitir la adjudicación de ellos por parte de las pequeñas empresas indígenas).

El financiamiento de programas sociales (cultura, salud y educación) se entrega en ciertos acuerdos. También se pueden crear las condiciones de empleos culturalmente sensibles (horarios, transportes, entrenamiento intercultural, orientación, permiso para cazar y pescar para el sustento tradicional y lucha contra discriminación).

En este proceso normalmente se crean uno a varios comités compuestos por representantes de la compañía y los miembros de la comunidad indígena para intercambiar información acerca de los recursos humanos y servicios que el proyecto necesita y las disponibilidades existentes dentro de la comunidad, o para monitorear los impactos medioambientales del proyecto.

Un acuerdo paliativo también puede contener una disposición de pago de suma alzada y un canon anual para las comunidades. En raros casos, un acuerdo podría establecer la propiedad parcial

del proyecto por parte de la comunidad indígena afectada.

#### ii) Acuerdo de autonomía

Algunos acuerdos paliativos han ido incluso más allá de simplemente proporcionar puestos de trabajo, contratos, participación en el monitoreo ambiental y pagos anuales. El convenio de la Bahía James y del Norte de Quebec, por ejemplo, un acuerdo firmado en 1975 por el gobierno de Quebec, la Compañía de Energía Hidroeléctrica de Quebec, el gobierno canadiense y ocho comunidades cree del Norte de Quebec, podría haber sido un simple acuerdo paliativo, pero se convirtió en un acuerdo moderno que comenzó el proceso de reconocimiento legal de autonomía para el pueblo Cree.



El acuerdo fue negociado con el fin de facilitar la construcción de un gran complejo hidroeléctrico en el norte de Quebec en la década de 1970. A cambio de su consentimiento para el desarrollo hidroeléctrico y una redefinición –o, algunos dirían, un término– de los derechos indígenas en un territorio que abarca más de un millón de km<sup>2</sup>, dos pueblos indígenas (cree e inuit) obtuvieron una compensación económica amplia, organismos independientes de salud y educación, financiamiento para el desarrollo económico y para las actividades tradicionales de caza, pesca y recolección e instituciones sociales y culturales, y una estructura para garantizar la participación indígena en la evaluación ambiental del proyecto

16 Ver, como ejemplos, los siguientes acuerdos: <http://www.diaivik.ca/documents/Socio-Economic-Agreement.pdf>, <http://www.iti.gov.nt.ca/publications/2007Diamonds/debeers-agreement.pdf>, <http://www.iti.gov.nt.ca/publications/2007Diamonds/bhp-sea.pdf>.

que afectaría el territorio. Desde entonces, nuevos acuerdos han dado a estos pueblos indígenas más competencia en otras materias como justicia, desarrollo económico y una policía indígena independiente en el territorio.

## Conclusión

En Canadá el Estado tiene la obligación de consultar y considerar a los pueblos indígenas si se tiene conocimiento de una acción que se quiera tomar y que pueda afectarlos a ellos o al uso tradicional que ellos dan a esos territorios. Si se ejerce adecuadamente, esta obligación es un buen ejemplo de respeto de una forma recientemente reconocida de derechos humanos, los derechos culturales de los pueblos indígenas.

Si el Estado respeta la obligación de consultar a los pueblos indígenas, eso puede garantizar que los impactos negativos potencialmente graves de los proyectos de recursos naturales tales como la consiguiente desigualdad dentro de una comunidad, el alcoholismo, la degradación ambiental y la pérdida de formas tradicionales de vida, no se produzcan contra los deseos de la comunidad. Si la comunidad tiene todas las herramientas para tomar una decisión informada y si desea seguir adelante con el proyecto, a cambio de otros beneficios, esto puede ser una forma de conferir poderes a la comunidad. En particular puede, en algunos casos, disminuir la dependencia de las comunidades indígenas del gobierno entregándoles otras formas de financiamiento. Además, si los gobiernos tienen participación en los acuerdos, ello puede incluso llevar a la obtención de poderes de autonomía reconocidos legalmente, lo que constituye indudable un éxito en los derechos humanos de los pueblos indígenas.



**EDGAR-ANDRÉ MONTIGNY**Abogado Centro Jurídico para  
la Discapacidad ARCH  
(Toronto, Ontario, Canadá)

# INSTRUMENTOS JURÍDICOS Y DIRECTRICES PARA UNA CIUDADANÍA PLENA E IGUALDAD PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: EJEMPLOS TOMADOS DE LA REALIDAD EN CANADÁ

Ciudadanía establece la pertenencia a una comunidad, confiere respeto y derechos para sus miembros y permite la participación de ellos en las instituciones de esa sociedad. La ciudadanía comprende los derechos civiles, políticos y sociales. Los derechos civiles garantizan la libertad individual; los derechos políticos, la participación en el ejercicio del poder político, y los derechos sociales comprenden toda la gama del derecho a un mínimo de bienestar económico y seguridad para el derecho a participar plenamente en el patrimonio social y vivir la vida de un ser civilizado según las

normas vigentes en la sociedad<sup>2</sup>. La ciudadanía, por lo tanto, permite a las personas reclamar derechos en la negociación con otros ciudadanos en la consecución de sus intereses<sup>3</sup>. Sin embargo, surgen desafíos cuando el entorno físico o social impide que algunos individuos, como las personas con discapacidad, reclamen sus derechos como ciudadano o participen plenamente en las instituciones de la sociedad. La incapacidad para hacer valer sus derechos a menudo conduce a la desigualdad y la marginación<sup>4</sup>. La pregunta que surge es ¿hasta qué punto la sociedad en su conjunto

- 1 Este trabajo se originó como una presentación en la conferencia Derechos humanos: nuevos desafíos para una sociedad democrática; experiencias de Canadá y Chile, realizada en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Estoy agradecido por la asistencia y los aportes de Robert Lattanzio, Kerri Joffe, Wintermute Dianne y Letheren Laurie, colegas abogados del personal del Centro Jurídico para la Discapacidad ERCH. También agradezco al director del Centro de Estudios Internacionales de la Universidad Católica, Juan Emilio Cheyre, a Nicolás Cobo, a la Embajada de Canadá en Chile y a todos aquellas personas que hicieron posible la conferencia.
- 2 T.H. Marshall, *Ciudadanía y clase social*, Cambridge University Press, 1950. p. 10-11.
- 3 Ver Allison C. Carey, *En los márgenes de la ciudadanía: discapacidad intelectual y los derechos civiles en Estados Unidos del siglo XX*, Temple University Press, 2009. p. 213.
- 4 Karen Beauchamp-Pryor, *Un marco para la igualdad y la inclusión de alumnos con discapacidad en la educación superior* (presentado a la Universidad de Gales, en cumplimiento de los requisitos para el grado de Doctor en filosofía (política social). p. 13-14.

está obligada a cambiar el entorno social o físico para garantizar que todas las personas tengan la misma capacidad para disfrutar de los beneficios y obligaciones de la ciudadanía? ¿Qué principios y herramientas se pueden emplear para conducir este proceso?

Este artículo describe los enfoques hacia la discapacidad empleados en la provincia de Ontario, la mayor y más poblada de las diez provincias de Canadá, y ofrece una discusión de los principios fundamentales y los instrumentos jurídicos utilizados para apoyar la plena ciudadanía de las personas con discapacidad dentro de Ontario.

El documento se divide en cuatro secciones. La Sección 1 proporciona información de antecedentes tales como una definición de la discapacidad e información general sobre la población de personas con discapacidad en Canadá. En la Sección 2 se describen algunas barreras claves para alcanzar la plena ciudadanía que las personas con discapacidades deben salvar, como asimismo los diferentes modelos de discapacidad para orientar las políticas a seguir y la legislación. La Sección 3 destaca algunos aspectos claves de los principios básicos de igualdad, independencia e inclusión necesarios para lograr la plena ciudadanía. A este lo sigue la Sección 4, que describe otros principios e instrumentos jurídicos que se utilizan específicamente para superar los obstáculos que deben salvar las personas con discapacidad con el fin de lograr la igualdad, como asimismo proporcionar un breve resumen de los mecanismos disponibles para permitir que las personas con discapacidad hagan valer sus derechos y aseguren la realización de una ciudadanía plena.

## SECCIÓN 1: INFORMACIÓN GENERAL

### 1.1 Definición de discapacidad

El Código de Derechos Humanos de Ontario,

RSO (Revised Statute of Ontario, Canada) de 1990, Capítulo H. 19, al igual que otros códigos provinciales de derechos humanos y la Ley Federal de los Derechos Humanos, ofrece una definición muy amplia de la discapacidad, que incluye una amplia gama de discapacidades físicas, visuales, auditivas y de comunicación, lesiones cerebrales adquiridas, dificultades de aprendizaje, discapacidades del desarrollo y de salud mental, además de adicciones. En el marco del Código, la discapacidad no se limita solamente a las alteraciones funcionales y las condiciones episódicas, temporales y pasadas, sino que también las discapacidades que pueden ser percibidas.

### 1.2 Visión general de la comunidad de las personas con discapacidad en Canadá

En cuanto a la aplicación de la definición general dada anteriormente, alrededor del catorce por ciento de la población canadiense —4,4 millones de personas— tiene algún tipo de discapacidad. Las formas más frecuentes de discapacidad están relacionadas con el dolor, la movilidad o la agilidad<sup>5</sup>. Si bien existe un número de personas con discapacidad en Canadá que son altamente calificados y que ocupan posiciones de influencia en la actividad comercial, en el mundo académico y en el gobierno, existe, sin embargo, un fuerte vínculo entre discapacidad y bajos ingresos. Las personas con discapacidad están significativamente más representadas entre los pobres y los que reciben asistencia social<sup>6</sup>. Como en la mayoría de las jurisdicciones, las personas con discapacidad tienen menos probabilidades de conseguir empleos (poco más del cincuenta por ciento de los adultos con discapacidad tiene trabajo) y, si son contratados, con frecuencia son empleados a tiempo parcial o en puestos de bajos ingresos. Las menores tasas de empleo suelen ser producto de las barreras que les restringen el acceso a la educación y la formación y de la falta de facilidades físicas que existen para ellos en el lugar

5 Lea en la sección Recursos Humanos y Desarrollo Social de Canadá, “Fomento de la inclusión de personas con discapacidad”. Recuperado de [http://www.hrsdc.gc.ca/eng/disability\\_issues/reports/frd/2009](http://www.hrsdc.gc.ca/eng/disability_issues/reports/frd/2009). (Vea también el Apéndice #2 en algunas estadísticas útiles sobre discapacidad en Canadá).

6 David Lepofsky, “Un balance sobre la Carta de Garantía de Igualdad para las Personas con Discapacidad 10 años después: ¿Qué progresos ha habido? ¿Qué perspectivas existen?” *Revista Nacional de Derecho Constitucional*, vol. 7 (1998) :263. p. 268.

de trabajo, más que por falta de preparación<sup>7</sup>. La combinación de vivir con una discapacidad y con ingresos bajos significa que las personas con discapacidad tienen más probabilidades de experimentar problemas graves para conseguir una vivienda, especialmente dada la escasez general de viviendas disponibles en la mayoría de las comunidades; están más propensos a experimentar problemas para desplazarse al trabajo, dado el alto nivel de dependencia de ellos hacia los medios de transporte<sup>8</sup>, y también a experimentar la discriminación, ya sea sobre la base de su discapacidad y/o su pobreza. Estos problemas tienden a ser particularmente graves para las personas con discapacidad, sea en aspectos de desarrollo como de salud mental<sup>9</sup>.

La condición de muchas personas con discapacidad y con bajos ingresos los deja enteramente dependientes de programas sociales financiados con fondos públicos (los adultos con discapacidades tienen aproximadamente tres veces más probabilidades de depender de las transferencias del gobierno que las personas sin discapacidad)<sup>10</sup>. Además están especialmente vulnerables ante cualquier reducción en el gasto público en programas que brindan servicios tales como atención médica y cuidados, aparatos y equipos de apoyo, recursos auxiliares, suplementos dietéticos especiales, transporte público o asistencia social. En períodos de “austeridad fiscal”, las personas con discapacidad suelen ser los primeros en ver reducidos o eliminados gran parte de los servicios esenciales para su calidad de vida en general y su participación plena en la sociedad<sup>11</sup>. El costo de la asistencia y el apoyo a los discapacitados constituye el más grande, si no el más duro, desafío que las personas con discapacidad deben enfrentar en su intento por alcanzar

una participación plena en la sociedad<sup>12</sup>. Mientras los grupos de defensa han intentado desafiar los recortes de fondos que afectan los servicios para personas con discapacidad, por lo general los tribunales han sido reacios a interferir en las decisiones del gobierno referidos a la asignación de recursos escasos<sup>13</sup>.

## SECCIÓN 2: BARRERAS A LA PLENA CIUDADANÍA

La falta de un financiamiento público adecuado para proporcionar los apoyos necesarios para que las personas con discapacidad puedan participar plenamente en todos los aspectos de la vida social y económica de la nación es una de las principales barreras a la plena ciudadanía y la igualdad que enfrentan las personas con discapacidad, pero esa no es la única<sup>14</sup>. Las personas con discapacidades deben enfrentar un cúmulo de obstáculos cuando tratan de reclamar su derecho a la plena ciudadanía y la inclusión. En muchos casos, una barrera conduce a o refuerza otra. El análisis de estas y cómo interactúan está fuera del alcance de este documento.

En general ha sido más fácil hacer cumplir los cambios que eliminan las barreras físicas para las personas con discapacidades físicas. La mayor parte de la gente comprende fácilmente la necesidad de proporcionar rampas para sillas de ruedas, puertas automáticas y ascensores, entre otros, para dar cabida a personas que no pueden caminar o subir escaleras. Sin embargo, incluso los componentes vitales de la ciudadanía, tales como participar en elecciones, todavía no están del todo libre de barreras que impiden a las personas con discapacidades físicas disfrutar de sus

7 “Avances en la inclusión”. p. 2.

8 April D’Aubin, “Seremos pasajeros: una colección de estrategias de la CCD para promover el apoyo al acceso al transporte público”, en *Promoviendo la igualdad*, eds. Steinstra, D. y Felske Wight, A (2003) :87-118.

9 *Ibid.*

10 Consultar “Avanzando en la inclusión”. Capítulo 4.

11 Ena Chadha y C. Tess Sheldon, “Promoción de la igualdad: derechos económicos y sociales para las personas con discapacidad según el Artículo 15”, *Revista Nacional de Derecho Constitucional*, vol. 16 (2004) :27-101. p. 29.

12 Chadha y p. Sheldon 62.

13 Ena Chadha y C. Tess Sheldon, “Fomentando la igualdad”. p. 87. Vea también *Auton (Guardian Ad Litem) v. British Columbia (Fiscal General) 2004 SCC 78*, Terranova (Dirección del Tesoro) c. N.A.P.E. (2004) 3 S.C.R. 381.

14 Chadha y p. Sheldon 62.

plenos derechos de ciudadanía y su inclusión en la sociedad<sup>15</sup>. La falta de transporte accesible y asequible es una barrera física más detallada que niega a las personas con discapacidad la libertad de viajar de un lugar a otro, lo que restringe su capacidad de participar en muchos aspectos de la vida social y económica<sup>16</sup>.

Existen numerosas barreras que impiden el logro de la plena inclusión y participación de las personas que se comunican de manera única o que procesan la información de manera diferente, debido a una discapacidad de tipo intelectual o de aprendizaje. Como se verá más adelante en este documento, estas personas pueden correr el riesgo de ser declarados incapaces y ser despojados de su derecho a tomar decisiones por sí mismos, simplemente porque los demás carecen de la capacidad para comprenderlas.

Las barreras más difíciles de eliminar, sin embargo, son las barreras invisibles relacionadas con las actitudes. A veces, el aspecto más complicado al crear una sociedad accesible, inclusiva e igualitaria es cambiar los ideales, los prejuicios y las aprensiones de la población general. Es evidente que muchas otras barreras como la falta de apoyo público para el gasto en asistencia a las personas con discapacidad se derivan de o son síntomas de la muy extendida actitud negativa hacia las personas con discapacidad<sup>17</sup>.

Tradicionalmente se asumía que las personas con discapacidad son inferiores o al menos no pueden participar y contribuir en los debates sobre políticas sociales y laborales. Esto significaba que las decisiones políticas eran tomadas por “los demás”, a menudo basadas en estereotipos y suposiciones negativas acerca de las personas con discapacidad. Las barreras relativas a actitudes, por lo tanto, tienden a excluir a las personas con discapacidad de los debates de política pública. Por supuesto, la exclusión de las oportunidades y privilegios disponibles para la población en general no hace sino reforzar el estigma de las personas con discapacidad de ser tratadas como

“otros” y perpetúa el ciclo de discriminación y exclusión.

Hasta que las personas con discapacidad puedan participar plenamente en la vida social y en los debates políticos, será difícil crear una sociedad plenamente incluyente y sin barreras. Las barreras de actitud, por lo tanto, a menudo pueden crear obstáculos mucho más graves para la plena inclusión y participación de las personas con discapacidades que cualquier otra limitación relacionada con una deficiencia física particular, intelectual o psicológica.

La inclusión y el respeto dependen en gran medida de la voluntad de algunos miembros de la comunidad para considerar a las personas con discapacidad como iguales. Debe haber una aceptación de las obligaciones sociales y, en general, la voluntad de aceptar el costo de los programas sociales para promover la igualdad y la inclusión, para eliminar las barreras y la discriminación. En este tema, a menudo la educación pública es necesaria. Muchos de los defensores – aunque no todos – argumentan que solo la acción estatal positiva puede combatir las modalidades profundamente arraigadas que son producidas por el estigma, la falta de valoración, los estereotipos y la exclusión<sup>18</sup>. Pero puede tomar tiempo para alterar lo que a menudo son creencias y actitudes de tipo culturales y sociales<sup>19</sup>.

## 2.1 Eliminación de las barreras

A pesar de estos desafíos, Ontario y, en particular, Toronto (la ciudad más grande de Canadá) están bien atendidos por una amplia gama de apoyos de la comunidad y grupos que ofrecen asistencia a las personas con discapacidades específicas, así como la promoción de reformas legislativas, cabida y plena inclusión de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida social<sup>20</sup>. Sin embargo, los recursos disponibles para estos grupos y agencias suelen ser insuficientes para satisfacer la demanda de sus servicios. Está claro entonces que se necesita una constante vigilancia

15 Véase *v. Hughes Elecciones Canadá 2010* CHRT 4; también <http://www.newswire.ca/en/releases/archive/feb2010/12/c9482>.

16 Chadha y Sheldon, p. 64.

17 Véase *Martin v. Nueva Escocia (Dirección de Compensación al Trabajador)*, [2003] 2 S.C.R. 504, párr. 81.

18 Lepofsky, “Un balance informativo”. P. 263, citado en Chadha y Sheldon p. 42.

19 Sírvase consultar Beauchamp-Pryor.

20 Consulte [www.archdisabilitylaw.ca](http://www.archdisabilitylaw.ca) de ARCH. Enlaces útiles para obtener una lista de diversos organismos.

y la defensa para recordar al Estado su obligación de adoptar medidas para aminorar los efectos negativos de la exclusión y la discriminación<sup>21</sup>.

Afortunadamente, el trabajo de los defensores está apoyado por el sistema jurídico que legisla la igualdad y protege contra la discriminación a personas con discapacidad. Si bien hay numerosos ejemplos de situaciones en que la realidad de vida para muchas personas con discapacidad aún tiene que ponerse al día con lo ideal, existen personas con discapacidad y aquellos que abogan en su disposición una serie de principios jurídicos y herramientas para ayudar a cerrar la brecha.

## 2.2 Modelos de discapacidad

La forma en cómo responden los legisladores y los responsables de las políticas al problema de la discapacidad depende en gran medida de la teoría o el modelo de discapacidad que se esté utilizando. No existe un enfoque único y consistente con respecto a lo que se entiende por discapacidad. Hay una variedad de enfoques empleados por el gobierno, grupos comunitarios, académicos y otros actores sociales, además que estos pueden cambiar con el tiempo<sup>22</sup>. Sin embargo, los dos métodos utilizados más comúnmente en Ontario se pueden categorizar como el modelo médico y el enfoque de los derechos humanos (o el modelo social estrechamente relacionado)<sup>23</sup>. Históricamente, el modelo médico ha dominado la mayoría de los programas gubernamentales que ofrecen apoyo o ayuda financiera a las personas con discapacidad. Si bien muchos programas gubernamentales siguen favoreciendo a alguna versión del modelo médico<sup>24</sup>, los grupos de defensa que trabajan para promover los dere-

chos de las personas con discapacidad a la plena ciudadanía cada vez más apoyan el enfoque de los derechos humanos de la discapacidad.

El modelo médico promueve el concepto de la discapacidad como una patología de los individuos excepcionales o una tragedia personal y no como una cuestión de derechos<sup>25</sup>. El modelo médico también considera las limitaciones de una persona con discapacidad como una situación personal, inherente y en forma natural, y las excluye de la participación en la cultura de la corriente principal. En este marco, se considera a las personas con discapacidad incapaces de cumplir con funciones sociales debido a condiciones médicas que les dificulta el desarrollo de diversas actividades importantes de la vida<sup>26</sup>. Muchos consideran que este modelo asume que la persona con discapacidad de alguna manera sufre un defecto o es anormal y requiere “corrección” o adaptación para hacerlo encajar dentro de la sociedad más grande. Hay un énfasis en la intervención médica para “corregir el problema”. En general, el modelo médico implica que es en gran medida responsabilidad de las personas con discapacidad encontrar la manera de hacerse aceptable para la sociedad. Los que no pueden, a menudo son excluidos y marginados. El apoyo público puede estar disponible para aquellas personas que son consideradas por expertos en medicina como personas “no empleables” o demasiado discapacitados como para “integrarse” o para que se puedan adaptar ellos mismos a la sociedad regular. Sin embargo, este apoyo, que se basa en la suposición de que una persona es incapaz de participar en la sociedad civil, rara vez alienta la inclusión o la plena ciudadanía y,

21 Chadha y p. Sheldon 82.

22 Marcia Rioux y Fraser Valentine r, “¿Es importante la teoría?: explorando el nexo entre la discapacidad, derechos humanos y políticas públicas”. En Diane Pothier y Richard Devlin (eds.) *Teoría crítica de la discapacidad: aspectos jurídicos y de políticas*. Vancouver, (2005) :47-69.

23 El modelo de derechos humanos también es denominado por algunos como el modelo social, aunque otros sostienen que ellos son modelos distintos. Hay un cúmulo de modelos que son, al menos, similares al modelo de los derechos humanos que aquí esbozo. No he tratado de distinguir entre ellos. Solamente he esbozado las principales diferencias entre las distintas versiones del modelo médico y las diferentes versiones del modelo de derechos sociales/humanos.

24 M. Oliver, “¿Cambiano las relaciones sociales en los trabajos de investigación?, discapacidad, limitaciones físicas y sociedad, 7, 2 (1992) :101-114).

25 Marcia Rioux y Anne Carbert, “Derechos humanos y discapacidad: el contexto internacional”, *Revista de Discapacidades del Desarrollo*, 10, 2 (junio de 2003) :1-14. p. 3.

26 Michael Ashley Stein, *Derechos humanos de la discapacidad*, *Revista de Derecho de California*, 95:75 (2007) :75-122. p. 86.

a menudo, ayuda a promover la idea de que las personas con discapacidad son inferiores<sup>27</sup>. El modelo médico se ha mantenido en gran parte porque, en la medida en que apoya la opinión de que es la persona con discapacidad quien tiene que cambiar y no la sociedad, refleja las opiniones de los grupos dominantes en la sociedad y confirma el status quo y las jerarquías tradicionales de poder<sup>28</sup>.

El modelo médico, por lo tanto, ha tendido a promover o mantener la discriminación y la desigualdad. Según lo establecido por la Corte Suprema de Canadá en 1997 en *Eldridge v. Columbia Británica* (Fiscal General) 2 SCR 624, “la historia de las personas con discapacidad en Canadá es en gran medida una historia de exclusión y marginación. Las personas con discapacidad a menudo han sido excluidos de la fuerza de trabajo, se les niega el acceso a las oportunidades para la interacción social y el progreso, son sometidos a los estereotipos valorativos y relegados a las instituciones”. Esta desventaja histórica en gran medida ha sido diseñada y perpetuada por la idea de que la discapacidad es una anomalía o un defecto. Como resultado de ello las personas con discapacidad en general no han tenido la “igualdad de atención, respeto y consideración que el Artículo 15 (1) de la Constitución impone. En su lugar, han sido objeto de actitudes paternalistas de piedad y caridad, y su entrada a la sociedad en general ha estado subordinada a su emulación de las normas con plena capacidad. Una de las consecuencias de estas actitudes es la desventaja social y económica persistente que enfrentan las personas con discapacidad”.

Un enfoque de los derechos humanos ve a la discapacidad en términos de igualdad y ciudadanía. El supuesto es que las personas con discapacidad representan un segmento del espectro normal

de la condición humana, igualmente capaces de participar plenamente en la sociedad. El enfoque de derechos humanos afirma que la discapacidad es el resultado directo de las barreras institucionales, ambientales y de actitud dentro de la sociedad<sup>29</sup>. No son las discapacidades de una persona las que las desactivan, sino que es la forma en que está construida la sociedad lo que crea o agrava las “discapacidades” y crea la exclusión<sup>30</sup>. Como lo explica la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Convención de la ONU), la discapacidad resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras de actitud y medioambientales, las que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad en una base de igualdad con los demás<sup>31</sup>.

El enfoque de derechos humanos, por lo tanto, promueve el concepto de que la sociedad en su conjunto tiene la obligación de garantizar que todos los obstáculos a la participación plena e igualitaria de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida social, económica y política sean eliminados. Esto implica garantizar que los ambientes sociales y físicos sean construidos de una manera que permitan al mayor número posible de personas participar plenamente en todos los aspectos de la vida<sup>32</sup>. El enfoque de derechos humanos, por lo tanto, hace recaer sobre el gobierno y la sociedad en su conjunto la tarea de garantizar que una amplia gama de capacidades y discapacidades tengan cabida dentro de la sociedad.

Dentro de Ontario, el Centro Jurídico para la Discapacidad ARCH<sup>33</sup> y un número de otros organismos hacen lo posible para garantizar que las nuevas leyes y programas reflejen un enfoque de los derechos humanos en el tema de la discapacidad. El objetivo es que todas las leyes y las políticas se guíen en los principios sociales bási-

27 Rioux y Valentine, p. 51.

28 Beauchamp-Pryor, p. 22.

29 Beauchamp-Pryor, p. 23.

30 Rioux y Valentine, p. 51.

31 Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Preámbulo, sección (e).

32 Rioux y Valentine, p. 53.

33 Véase [www.archdisabilitylaw.ca](http://www.archdisabilitylaw.ca) para mayores detalles y otros recursos.

cos, unos que sean consistentes con la Convención de las Naciones Unidas. En su mayor parte, sin embargo, la Convención es simplemente una nueva herramienta para agregar a la lista de principios y herramientas jurídicas que ya estaban a disposición de las personas con discapacidad y sus defensores para ayudarles a promover su plena ciudadanía e igualdad.

### SECCIÓN 3: PRINCIPIOS BÁSICOS DE IGUALDAD Y LA CIUDADANÍA PLENA

La pregunta clave es cómo asegurar que un enfoque de derechos humanos de la discapacidad sea empleado para garantizar que las personas con discapacidad disfruten de una ciudadanía plena que incluya la oportunidad de disfrutar de todos los beneficios y recursos de la sociedad en pie de igualdad con otros ciudadanos. En Canadá se ha promovido la ciudadanía plena para todas las personas mediante la defensa de los principios generales de igualdad, la independencia y la inclusión. Estos principios y derechos se aplican a todas las personas sean ellas discapacitadas o no y, sin duda, han desempeñado un papel clave en la mejora de las vidas de las personas con discapacidad.

#### 3.1 Igualdad

En Canadá, leyes como la Carta de Derechos y Libertades y las leyes provinciales de derechos humanos de igualdad exigen la igualdad de trato ante la ley de todas las personas y ayudan a protegerlas –incluidos los discapacitados– contra la discriminación.

La Carta Canadiense de Derechos y Libertades (Carta) es un componente crucial de la Constitución canadiense<sup>34</sup>. En el Artículo 5 (1) establece: *Todo individuo es igual ante y bajo la ley y tiene derecho a igual protección legal y a beneficiarse*

*en igual medida de la ley sin discriminación por motivos de raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o discapacidad mental o física.*

La Corte Suprema de Canadá sostuvo que el propósito fundamental de la Sección 15 es para prevenir la violación de la dignidad humana esencial a través de la imposición de la desventaja, los estereotipos o los prejuicios y promover una sociedad en la que todas las personas gocen de igualdad de reconocimiento ante la ley como seres humanos y miembros de la sociedad canadiense<sup>35</sup>. Esto implica no solo la prevención de la discriminación mediante la atribución de características estereotipadas de los individuos, sino que también implica el mejoramiento de la posición de los grupos dentro de la sociedad canadiense que han sufrido desventaja por la exclusión de la sociedad dominante como ha sido el caso de las personas con discapacidad<sup>36</sup>. El grado en que la promoción de la igualdad y la plena ciudadanía de las personas con discapacidad exige la prestación (o fondos) de apoyo tales como la de vivienda accesible y asequible, transporte, cuidados por parte de un acompañante, o aparatos de ayuda, sigue siendo un problema abierto. A nivel provincial, la igualdad se promueve a través de los códigos de derechos humanos. En la provincia de Ontario, el Capítulo H 19 del Código de Derechos Humanos, RSO 1990 (Código)<sup>37</sup> se aplica a los organismos y empresas que prestan servicios en Ontario, incluidas las escuelas, tiendas, programas de asistencia social, transporte público, vivienda, proveedores de servicios de atención a discapacitados, como asimismo los servicios públicos municipales y provinciales. El Código establece:

*Toda persona tiene derecho a la igualdad de trato y la libertad contra el acoso con respecto al empleo, la vivienda, la recepción de servicios, bienes y servicios sin discriminación por motivos de discapacidad.*

34 Ver <http://www.efc.ca/pages/law/charter/charter.text>.

35 La Ley vs. Canadá (Ministro de Trabajo e Inmigración), [1999] 1 SCR 497, pára. 4.

36 Véase Eaton v. Brant (Condado) Dirección de Educación, [1997] 1 S.C.R. 241, pára 66.

37 Ver [http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/english/elaws\\_statutes\\_90h19\\_e.htm](http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/english/elaws_statutes_90h19_e.htm).

### 3.1 (a) Discriminación

Generalmente, discriminación significa tratar a las personas de manera diferente debido a su discapacidad, ya que la diferencia de trato duele, daña, ofende o evita que alguien llegue donde necesita llegar, consiga lo que necesita o alcance sus metas. Negarle a alguien un beneficio, excluir a alguien de una oportunidad y la imposición de una obligación diferente a la impuesta a otra persona debido a una característica como una discapacidad es un claro ejemplo de discriminación. Es discriminación si uno no considera las necesidades del individuo a quien se está sirviendo para garantizar que esta persona tenga la misma oportunidad de acceso total al servicio<sup>38</sup>. La Carta, así como las leyes federales y provinciales de derechos humanos son de gran importancia para las personas con discapacidad. La discapacidad sigue siendo uno de los motivos principales de la discriminación en las reclamaciones sobre derechos humanos, tanto a nivel provincial y federal. De hecho, alrededor de un tercio de todas las reclamaciones de discriminación tiene que ver este tema<sup>39</sup>.

### 3.2 Independencia

La independencia es un elemento clave de la igualdad. En un nivel básico, la independencia o la autonomía no es más que la capacidad de vivir independiente de los demás y tomar decisiones por sí mismo. La independencia no implica “sin apoyos”. En su lugar, la independencia incluye el derecho a recibir apoyo y servicios que promuevan la mayor independencia posible. Un estereotipo predominante acerca de las personas con discapacidad, que surgió en gran medida como resultado de los modelos médicos más tradicionales de la discapacidad, es que son dependientes y que necesitan del cuidado y de la caridad de los demás<sup>40</sup>. En realidad, suele ser la falta de

apoyos necesarios, junto con las barreras sociales y físicas, lo que impide que las personas con discapacidad logren su independencia<sup>41</sup>.

Vivir de forma independiente requiere como mínimo la oportunidad de obtener un ingreso o recibir apoyo financiero que permita a una persona sostenerse a sí misma, en lugar de tener que depender de la caridad de familiares o vecinos. Para las personas con discapacidad, los sistemas de apoyo tales como la vivienda asequible, el cuidado de asistentes y el transporte accesible también son esenciales para garantizar que puedan vivir donde quieran y con el más amplio grado de independencia posible<sup>42</sup>. Los defensores de los derechos de la discapacidad ciertamente han argumentado que para que el derecho a la igualdad consagrado en el Artículo 15 de la Carta tenga algún sentido debe ser interpretado como la encarnación de una obligación positiva por parte del Estado a tomar medidas para combatir las desigualdades sociales y económicas hacia las personas con discapacidades, incluyendo el derecho a la ayuda a la discapacidad y a los servicios de salud<sup>43</sup>.

La independencia también requiere promover el derecho de las personas a tomar sus propias decisiones y controlar sus propios asuntos, aun cuando ello puede plantear problemas evidentes. Si bien esta es un área compleja de la ley, el principio básico en Ontario es que todas las personas se consideran capaces de tomar decisiones sobre su cuidado personal y sus finanzas. Si hay una buena razón para creer que una persona no tiene la capacidad de entender y apreciar la información necesaria para tomar una decisión, ella puede ser “evaluada” por un profesional y, en caso que ello sea necesario, ser declarada interdicta y que otra persona sea designada para tomar sus decisiones. Existe un proceso legal para cuestionar las causales de incapacidad y ellas pueden ser revisadas cada seis meses<sup>44</sup>.

38 Para mayores detalles véase <http://www.hrlsc.on.ca> (disponible en español).

39 Chadha y Sheldon. p. 56; Federal [canadiense] Informe sobre discapacidad, 2008, capítulo 1, Informes Anuales de la Comisión de Derechos Humanos de Ontario, 2001-2004.

40 Lepofsky, “Un informe evaluativo” p. 263, citado por Chadha y Sheldon, p. 42.

41 Chadha y Sheldon, p. 73.

42 Ver D’Aubin, “Seremos pasajeros”. Colin Barnes y Mercer Geoff, *Discapacidad* (2003). p. 49.

43 Ena Chadha y C. Tess Sheldon. p. 78.

44 D’Arcy Hiltz y Anita Szigeti, *Una guía para la Ley de Consentimiento y Capacidad en Ontario* (2009), p. 23-25.

Al tener en cuenta que una declaración de incapacidad representa una restricción importante de la autonomía de la persona y la dignidad, resulta algo que debe reservarse solo para aquellos casos en los que –en forma clara y evidente– una persona carece de la capacidad de entender bien la información pertinente o, simplemente, no puede apreciar las consecuencias de tomar o no tomar una decisión determinada<sup>45</sup>. En el caso de las personas con discapacidad, se deben hacer todos los esfuerzos para dar cabida a la discapacidad de una persona y, cuando sea relevante, sus formas únicas de comunicar sus decisiones, incluyendo el ofrecimiento de todos los apoyos necesarios, antes de declararlos incapaces de tomar sus propias decisiones. La utilización de reemplazantes para tomar las decisiones o personas que tomen decisiones a nombre de una persona con una discapacidad debe ser evitada si hay algún medio viable de discernir los propios deseos de la persona.

### 3.3 Inclusión

La inclusión es el corazón de la igualdad. La inclusión es la obligación de garantizar que las personas con discapacidad sean capaces de funcionar como una parte integral de la sociedad en general. La inclusión supone la integración proactiva de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida social, lo que indica que son bienvenidos y no se verán forzados a luchar contra barreras<sup>46</sup>. Inclusión significa que las personas con discapacidad no deben ser segregadas o separadas de sus compañeros de trabajo u otros estudiantes, o limitadas a funcionar dentro de zonas “designadas”. El objetivo de la inclusión es garantizar que las personas con discapacidad sigan siendo parte de la sociedad y sean capaces de participar en todas las actividades con los demás. La inclusión, por lo tanto, es un componente clave del enfoque de derechos humanos hacia la discapacidad.

### 3.3 (a) Inclusión y educación

El principio de la inclusión es particularmente importante en el ámbito de la educación. Los niños con discapacidad estuvieron durante mucho tiempo totalmente impedidos de participar en el sistema educativo, debido a los edificios escolares inaccesibles y a la falta de facilidades adecuadas para participar en las actividades realizadas, tanto dentro de la sala de clases como en otras actividades. Exclusión de la educación significa que a un gran número de personas con discapacidad se les niega la oportunidad de aprender a debatir, discutir y cooperar con los demás, habilidades necesarias para aquellos que desean hacer valer sus derechos e influir en las políticas públicas. Exclusión de la educación es, por tanto, la marginación no solo social, sino también la invisibilidad política<sup>47</sup>. Solo a través de la promoción de la inclusión en todos los niveles de la sociedad pueden las personas con discapacidad comenzar a participar de una manera que les permita ser parte en los debates sociales, influir en las decisiones políticas y hacer valer sus derechos a la igualdad de trato y la plena ciudadanía.

## SECCIÓN 4: PRINCIPIOS E INSTRUMENTOS RELACIONADOS CON DISCAPACIDAD

Además de los principios generales de igualdad que se aplican a todos los ciudadanos, hay también más principios e instrumentos jurídicos “específicos de la discapacidad” que se pueden utilizar para hacer frente a los particulares obstáculos para conseguir la igualdad y a las formas de exclusión que enfrentan las personas con discapacidad<sup>48</sup>. Los más eficaces han sido la accesibilidad/diseño universal, la acomodación y la consulta.

45 Ver Koch Re [1997] O.J. N° 1487.

46 Chadha y Sheldon, p. 73.

47 Beauchamp-Pryor, p. 14.

48 No estoy sugiriendo que estas herramientas o principios son útiles solamente para personas con discapacidad, sino simplemente que las personas con discapacidad han encontrado que son eficaces.

## 4.1 Accesibilidad

La accesibilidad es el principio utilizado para promover la integración de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la sociedad. El objetivo es garantizar este derecho, esto significa que puedan moverse de un lugar a otro libremente; ir a las mismas tiendas, restaurantes y teatros, entre otros, como todos los demás; participar en las mismas actividades sociales y económicas, sin ser impedidos por la existencia de escaleras, baños inadecuados, falta de señalización en braille o anuncios de voz para permitir el acceso a un lugar para las personas con discapacidad visual, por ejemplo. También significa desarrollar una comprensión y aceptación de las diferencias, de modo que las personas con problemas de salud mental o de desarrollo también se sientan bienvenidos y puedan participar en la sociedad sin temor al ostracismo o al ridículo.

La accesibilidad es también un principio que se utiliza para que, a medida que la sociedad progresa, los edificios, las calles, los espacios públicos, el transporte público y la sociedad en su conjunto estén diseñados y construidos de forma que garanticen la igualdad de acceso a todos los miembros de la sociedad.

### 4.1 (a) AODA (Accessibility for Ontarians with Disabilities Act - Ley de Accesibilidad para las Personas con Discapacidades de Ontario)

Ontario se encuentra actualmente creando normas de accesibilidad jurídicamente aplicables en toda la provincia con la finalidad de identificar, eliminar y prevenir las barreras en las áreas de servicio al cliente, del entorno construido, del transporte, del empleo e información y de la comunicación. Cada norma se convertirá en un reglamento. Las normas establecerán requisitos mínimos para todas las organizaciones del sector

público y todas las entidades privadas que provean bienes y servicios al público y que tenga por lo menos un empleado. Hasta ahora, solo se han adoptado las normas de servicio al cliente<sup>49</sup>. Las normas restantes se irán promulgando por etapas y estarán todas en rigor en el año 2025. Aún queda trabajo por hacer para garantizar que las normas AODA realmente produzcan un cambio. Por el momento, las normas carecen de detalles y no hay ningún mecanismo para reclamar o exigir el cumplimiento.

## 4.2 Diseño universal

El diseño universal es un método revolucionario del proceso de diseño que apoya plenamente al modelo de los derechos humanos de la discapacidad. El diseño universal busca diseñar productos, edificios e interiores que pueden ser utilizados por todas las personas en la mayor medida posible, independientemente de sus capacidades físicas o de otro tipo. El resultado de este método de diseño es la incorporación sin dobleces de acomodaciones que no hagan aparecer la discapacidad como una experiencia única, dando lugar a una sociedad más inclusiva.

El diseño universal tiene sus raíces en los principios de igualdad y ciudadanía, y busca fomentar la participación social de diversas personas maximizando la accesibilidad. Reconoce que todo diseño implica una elección deliberada y los principios de acceso, inclusión e igualdad siempre deben informar esa elección. El diseño universal es relevante al entorno construido, pero también desempeña un rol práctico en todos los aspectos de la vida social, incluida la prestación de servicios, el transporte, la información y la comunicación y el empleo. Cabe destacar que la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad asigna un papel destacado al diseño universal y en forma expresa integra este

49 Normas de Servicio al Cliente, AODA, obligan a los proveedores de servicios establecer políticas, prácticas y procedimientos en la prestación de bienes y servicios a las personas con discapacidad; comunicarse con personas con discapacidad en una manera que tome en cuenta las discapacidades particulares de las personas; capacitar al personal, voluntarios, etc. o cualquier persona que trate con el público sobre la forma de interactuar con personas con discapacidad; permitir el acceso de animales de servicio a las instalaciones; permitir el acceso a quienes prestan apoyo a las personas con discapacidad para que realicen su trabajo; proporcionar avisos cuando las instalaciones o servicios de los que dependen las personas con discapacidad han de ser interrumpidos; establecer los procedimientos para presentar quejas o comentarios.

concepto como una filosofía orientadora<sup>50</sup>. Por supuesto, la realidad es que el entorno físico y social construido existente no fue diseñado de acuerdo a los principios de accesibilidad o de diseño universal, lo que significa que gran parte aún contiene las barreras que limitan la plena participación e inclusión de personas con discapacidad.

### 4.3 Adaptación del lugar

Si bien la accesibilidad y diseño universal son los objetivos últimos, la adaptación del entorno físico es el principio utilizado para garantizar que los sistemas imperfectos existentes sean modificados o adaptados para eliminar las barreras y restricciones que excluyen a las personas con discapacidad. Al centro del principio de adaptación del lugar físico se encuentra el principio de inclusión<sup>51</sup>.

La adaptación, o ajustes, son los cambios realizados o la acción de poner las cosas en su lugar para evitar o poner fin a la discriminación o trato desigual a causa de una discapacidad. La adaptación tiene por objeto garantizar que las personas con discapacidad puedan participar plenamente y por igual con los demás. La legislación sobre los Derechos Humanos en Canadá incluye el derecho a la vivienda.

#### 4.3 (a) Derecho a la adaptación

La obligación de proveer adaptación reconoce que las personas tienen necesidades diferentes y requieren soluciones diferentes para obtener la igualdad de acceso a los servicios, vivienda y empleo. Así, dar cabida a alguien significa eliminar las barreras que impiden que las personas puedan acceder a los puestos de trabajo, la vivienda y el uso de bienes, servicios e instalaciones tales como la educación o el transporte público. Los empleadores, arrendadores y prestadores de servicios, por lo tanto, tienen el deber positivo

de cambiar la forma de proveer espacio de trabajo, servicios o viviendas para garantizar que una persona con una discapacidad pueda participar en el lugar de trabajo, actividades sociales u otras de la vida diaria. El derecho a la vivienda es un instrumento necesario para hacer realidad los derechos humanos y la igualdad.

La adaptación podría incluir consideraciones sencillas como el suministro de tiempo adicional, modificación del horario de trabajo, concesión de tiempo para asistir a citas médicas, entrega de un equipo especial. También podría implicar adaptaciones mucho más complejas y costosas, tales como el suministro de asistente para ayudar a la persona en el ejercicio de sus funciones. Aunque los empleadores y otras personas pueden estar dispuestos a aceptar modificaciones de menor importancia, pocos estarían dispuestos a aplicar ajustes que impliquen gastos mayores. Por eso, en Ontario la obligación de realizar adaptaciones se extiende hasta el punto de constituir “cargas excesivas”.

#### 4.3 (b) Carga excesiva

Una carga excesiva es un principio jurídicamente exigible, que prohíbe que los empleadores y los servicios se nieguen a contratar o acomodar a las personas con discapacidad debido a que sería inconveniente o costoso. La adaptación debe realizarse a menos que sea imposible, presente un grave riesgo para los demás, o represente un costo excesivo que llegue al punto de producir daño a la viabilidad de la empresa. Es necesario presentar una fuerte evidencia para probar que las dificultades involucradas en realidad son “desmedidas” más que simples inconvenientes<sup>52</sup>. Decidir cuándo se ha llegado a un punto de carga excesiva es parte de un proceso consultivo.

### 4.4 Consultas a la comunidad

Un aspecto importante a la creación o revisión

50 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, AG Res. 61/106, 76º Reunión Plenaria, Doc. ONU A/RES/61/106 [aprobada por consenso en la ONU el 13 de diciembre de 2006], Artículo 4. Canadá firmó la Convención el 30 de marzo de 2007. La Convención entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Canadá ratificó la Convención el 11 de marzo de 2010.

51 *Columbia Británica (Comisión de Relaciones de los Empleados de los Servicios Públicos) v. B.C.G.E.U.*, 176 D.L.R. (4º) 1, citado por Chadha y Sheldon p. 75.

52 Véase Comisión de Derechos Humanos de Ontario, Políticas de Derechos Humanos en Ontario (3ª edición) (2001) :208-31.

de la legislación es consultar con la comunidad. A menudo en el pasado, la marginación de las personas con discapacidad aseguraba que sus opiniones no fueron valoradas y pasaba por alto sus necesidades. La comunidad de las personas con discapacidad, por lo tanto, no era consultada sobre la reforma de la ley o cambios de política, incluso cuando dichos cambios podrían tener un impacto directo sobre ellos. En gran medida, la no incorporación de principios tales como el diseño o la accesibilidad universal en el diseño del entorno construido se debía a la falta de presencia de las personas con discapacidad en los círculos de formulación de políticas.

La consulta, sin embargo, tiene sentido práctico por la sencilla razón de que mediante ella se obtiene retroalimentación de las personas que se ven afectados por un cambio de política o reforma legislativa. Esto es obviamente útil. Cuando se trata de políticas y leyes que afectan a las personas con discapacidad, la consulta también asegura que las personas con discapacidad sean respetadas como personas que pueden contribuir en forma importante y valiosa en la toma de decisiones para dar mejor forma a la sociedad en que viven<sup>53</sup>. Si bien existe la preocupación de que el gobierno en la actualidad consulta a la comunidad de personas con discapacidad con poca frecuencia y solo en las cuestiones que se relacionan directamente con temas de discapacidad, por lo menos existen señales de que el gobierno reconoce que es valioso realizar consultas. En Ontario, los responsables del diseño de política y los organismos gubernamentales están dedicando cada vez más tiempo para participar en procesos de consultas masivas a la comunidad para obtener retroalimentación sobre reformas a las políticas. En particular, a las personas con discapacidad y a las agencias que los atienden, cada vez más se les ofrece la oportunidad de participar en la discusión y el debate sobre en qué forma las nuevas leyes o políticas los afectarán<sup>54</sup>. Un ejemplo en que la consulta resultó en cambios significativos en la legislación propuesta fue la Ley de los Servicios y Ayudas para Promover

la Inclusión Social de las Personas con Discapacidad que se refiere a la manera como la gente con discapacidad de desarrollo intelectual/físico pueden postular a y recibir servicios y asistencia con financiamiento del gobierno.

Antes de aprobar la ley en 2008, el gobierno de Ontario publicó un borrador de la legislación comunitaria y realizó consultas y audiencias públicas. Varios grupos que representan a la comunidad con discapacidades presentaron observaciones sobre la legislación propuesta. ARCH comentó que el proyecto de ley no creaba un sistema de servicios de desarrollo basado en los valores de una ciudadanía plena y la inclusión y recomendó que la ley fuera modificada para incluir más derechos para las personas con discapacidad intelectual. Varias de estas recomendaciones fueron incorporadas en la legislación revisada.

La ley ahora requiere que el gobierno realice una revisión pública de todos los reglamentos dictados en virtud de la nueva ley, proporcionando 45 días para que el público presente sus comentarios. Las personas con discapacidad intelectual, sus familias, grupos comunitarios y otros individuos ahora tendrán la oportunidad de dar su opinión sobre aspectos importantes de la aplicación de la nueva ley. El gobierno también aceptó las recomendaciones de ARCH en el sentido de que la nueva ley debe incluir un sistema de denuncias para que las personas puedan reportar problemas referidos a los servicios y apoyos. Sin un sistema de quejas no hay rendición de cuentas.

La nueva Legislación sobre el Acceso de los Residentes de Ontario con Discapacidades también contiene un proceso de consulta. Comités de miembros de la comunidad que incluyen a personas con discapacidad prepararán un borrador de varias normas de accesibilidad (véase el punto 4.1 (a)). Los proyectos de normas serán objeto de posteriores comentarios del público en general. A continuación, los proyectos de normas serán devueltos a la comisión de miembros de la comunidad para su revisión basándose en la consulta pública, antes de ser enviado al ministerio competente. Si bien existe la preocupación de que a las comisio-

53 Beauchamp-Pryor, p. 25.

54 Ver Deborah Stienstra: "Escuchen, escúchenos realmente": las consultas a los ciudadanos, las personas con discapacidad y el Gobierno en Canadá, en *"Creando igualdad: una historia de la defensa a las personas con discapacidad en Canadá"*, eds. Stienstra, d., Wight-Felske, A. (Prensa Captus, 2003) :33-50.

nes no se les ha dado suficiente apoyo jurídico y administrativo para llevar a cabo sus obligaciones con eficacia, el modelo por lo menos acepta que miembros de la comunidad, en especial personas con discapacidad, tengan un papel crucial que jugar en la formulación de políticas que afecten a la accesibilidad y el diseño del medio ambiente.

#### 4.5 Puesta en vigencia

Es bueno hablar de principios y derechos. Sin embargo, si no hay medios para que las personas con discapacidad presenten denuncias cuando sus derechos son violados o no se siguen las políticas, los derechos se convierten en algo que no tiene sentido. Debe haber medios para hacer cumplir esos derechos si ellos no se hacen realidad.

En particular, las denuncias basadas en los derechos y los mecanismos de aplicación pueden ayudar a transformar el papel de las personas con discapacidad, considerados como pasivos beneficiarios de cuidados, a consumidores activos de los servicios que hay disponibles para ellos.

#### 4.5 (a) Litigio de la Carta Fundamental

La Carta Canadiense de Derecho y Libertades, que se aplica a la actividad gubernamental, puede ser aplicada en casi cualquier Corte o tribunal de Canadá. Los más importantes casos, en general, hacen un recorrido a través de todo el sistema judicial hasta la Corte Suprema de Canadá, donde las decisiones se hacen vinculantes. Los litigios por la Carta han producido la mayor parte de los precedentes jurídicos utilizados para defender y promover la igualdad y la plena ciudadanía de las personas con discapacidad, así como varios otros grupos minoritarios existentes dentro de Canadá.

#### 4.5 (b) Tribunales de Derechos Humanos de Ontario y Federales

Tribunales, tanto a nivel federal y provincial, en que las personas con una discapacidad en Ontario presenten denuncias contra prestadores de servicios no gubernamentales, si sienten que han sido objeto de discriminación o se les ha negado

un servicio o adaptaciones del ambiente a pesar de su discapacidad.

Los procesos de tribunales incluyen la mediación y una etapa de negociación en que las partes pueden trabajar juntos para lograr una solución satisfactoria. Si la mediación fracasa, las partes deben comparecer ante un juez para recibir una decisión formal. El tribunal también puede, mientras se encarga de estudiar los detalles de la reclamación individual, ordenar cambios en un nivel más sistémico, si se hace evidente que la discriminación era de carácter sistémico o el resultado de una política en particular o una carencia de políticas.

## CONCLUSIÓN

En la medida en que la igualdad y la ciudadanía plena requieren del acceso sin barreras a todos los aspectos de la vida social, económica y política, pocos podrían argumentar que las personas con discapacidad en Ontario las han alcanzado. Obstáculos a la participación plena en la sociedad, ya sean físicos, económicos o de actitud siguen existiendo.

No obstante ello, se han conseguido avances. La sociedad de Ontario es mucho más accesible y las personas con discapacidad desempeñan un papel mucho más activo y visible en todos los aspectos de la sociedad, que lo que era posible hace veinte años. Más importante aún, en Ontario los residentes con discapacidad y sus defensores tienen a su disposición un conjunto de principios e instrumentos jurídicos que pueden emplear para erradicar los obstáculos que aún subsisten.

Al punto de que los pasos finales para obtener la plena ciudadanía y la igualdad requieran realizar una importante redistribución de los recursos públicos con el fin de brindar apoyos –tales como el cuidado por parte de asistentes, el transporte público accesible y asequible, una vivienda accesible, las personas con discapacidad requieren alcanzar la independencia y la igualdad–, los pasos restantes para alcanzar la plena ciudadanía y la igualdad pueden resultar difíciles. Sin embargo, hay razones para estar optimistas. Los instrumentos jurídicos, los principios y los argumentos están vigentes. El desafío es asegurarse de que ellos sigan siendo empleados en forma eficaz y creativa.



PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DE CHILE

# CUADERNOS DE DIFUSIÓN

CENTRO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES **ceiUC**

**Canada**  
Embajada de Canadá