

La tutela judicial de los derechos de pueblos indígenas y personas privadas de libertad: una respuesta estructural

*Constanza Núñez Donald**

Introducción

El derecho a la tutela judicial efectiva, en los términos desarrollados por la jurisprudencia interamericana, supone que las personas tengan a su disposición un recurso que sea apto y efectivo para remediar las violaciones a los derechos humanos¹. Respecto de ciertos grupos, como pueblos indígenas, privados de libertad, personas LGTBI o migrantes, las necesidades de protección se intensifican en atención al contexto en que se producen las violaciones, o por las particularidades específicas del titular del derecho. En los últimos años hemos visto cómo la respuesta judicial se ha hecho cargo de esta realidad, a

* Investigadora Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, instructora de la misma Universidad. Candidata a Magíster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos Universidad Carlos III Madrid. Correo: cnunez@derecho.uchile.cl.

Agradezco especialmente al investigador del Centro de Derechos Humanos, Dr. Claudio Nash, por sus comentarios y aportes para la realización de este texto.

Para una versión ampliada de este estudio, véase: Nash, Claudio y Núñez, Constanza. *La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en América Latina*. Editorial Ubijus, 2015.

1 Sobre el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito interamericano, véase: Ibáñez, Juana. “Artículo 25: Protección judicial”. En: Steiner, Christian y Uribe, Patricia (Eds.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*. Fundación Konrad Adenauer Stiftung, La Paz, 2014, pp. 606-653.

través de un cambio de paradigma respecto a la función de la respuesta jurisdiccional frente a situaciones que comparten ciertas características comunes: grupos que sufren violaciones estructurales a sus derechos humanos.

El denominado “litigio de interés público” o “litigio estructural” caracteriza el camino seguido por la sociedad civil para demandar transformaciones profundas que alteren las condiciones estructurales que permiten o facilitan las violaciones de derechos humanos de ciertos grupos de la población. Esta nueva categoría de violaciones a los derechos humanos ha exigido respuestas más amplias y complejas por parte de la judicatura. Bajo la premisa de garantizar un recurso judicial efectivo, la reacción judicial desde el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (SIDH) y desde las experiencias locales, ha sido compleja y tiene desafíos comunes.

El presente artículo tiene por objeto indagar en esta respuesta judicial, particularmente en el ámbito de la justicia constitucional, respecto de dos sectores de la población: privados de libertad y pueblos indígenas². El análisis comparado de las experiencias de México, Colombia, Argentina y Costa Rica se centrará en identificar los fundamentos de la respuesta estructural y sus particularidades. Asimismo, se sistematizarán los problemas comunes a estas sentencias, con el objetivo de resaltar la necesidad de “tomar en serio” los límites y alcances de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

2 He elegido estos dos grupos ya que presentan características que son aplicables a otras situaciones: características personales y situacionales relevantes para la interpretación y actuación de los órganos de protección. Además, respecto de ambos grupos se ha desarrollado un acervo jurisprudencial que está construido sobre la base de criterios generales ya asentados.

Para ello este artículo se dividirá en tres partes: en un primer apartado se tratará el concepto de violaciones estructurales a los derechos humanos y se analizará la respuesta que se ha dado a esta situación en el SIDH. En un segundo apartado se describirá la experiencia comparada de México, Colombia, Argentina y México en sentencias estructurales para la protección de derechos fundamentales de pueblos indígenas y privados de libertad. Finalmente, se expondrán ciertos desafíos comunes de la respuesta estructural.

1. Violaciones estructurales y SIDH

Tradicionalmente, el análisis de los sistemas de protección de derechos humanos se ha hecho sobre la base de la siguiente distinción: aquellos mecanismos establecidos para hacer frente a las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos y aquellos establecidos para los casos de violaciones individuales. Mientras que las violaciones masivas y sistemáticas se caracterizan porque obedecen a una política del gobierno que las comete³, las violaciones individuales se cometen en el contexto de un Estado de Derecho, donde el Estado en conjunto no está comprometido en su comisión⁴.

Sin embargo, en los últimos años tanto los sistemas nacionales como internacionales han enfrentado un tipo particular de violación a los derechos humanos: las *violaciones estructurales*. En estos casos, como indica Nash:

3 Medina, Cecilia. *The battle of human rights. Gross, systematic violations and the Inter-american system*. The Neatherlands, Martinus Nijhoff, 1988.

4 Nash, Claudio. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y desafíos*. Editorial Porrúa, México, 2009, p. 57.

Es la organización del Estado (la institucionalidad) la que permite y facilita las violaciones de los derechos y libertades fundamentales de ciertos grupos de la población (piénsese en la situación de los niños, indígenas, migrantes y las mujeres). Además, estas estructuras jurídicas y políticas funcionan sobre la base de ciertos estándares culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias, en particular, la invisibilización de los derechos de los grupos desprotegidos. Por tanto, los esfuerzos para hacer frente a estas violaciones deben apuntar tanto a las condiciones jurídicas y políticas, como a las culturales que hacen posible que estas violaciones ocurran⁵.

Nash y Abramovich señalan algunos elementos comunes a estos tipos de violaciones⁶:

- a) los/as afectados/as son un grupo determinado de la sociedad;
- b) marginación y exclusión en el goce y ejercicio de derechos respecto de todo un grupo de sujetos que son identificables a partir de ciertas calidades o elementos comunes;
- c) institucionalidad que viola derechos o permite o facilita su violación principalmente por la omisión de la actividad estatal. Rodríguez califica esta situación como un “estancamiento estructural” del poder público y que frustra la realización de los derechos constitucionales⁷;

5 *Ibidem*, p. 108.

6 *Ibidem*, pp. 108-110 y Abramovich, Víctor. “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Revista SUR*, Vol. 6, N° 11, 2009, pp. 7-39.

7 Rodríguez, C. y Rodríguez, D. *Cortes y cambio social. Cómo la Corte*

- d) la sociedad invisibiliza la violación o justifica la vulneración (elemento cultural) y;
- e) las medidas para solucionar estas violaciones requieren la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones.

Las violaciones estructurales, por la complejidad y variedad de elementos constitutivos, establecen un desafío desde el punto de vista de la respuesta estatal e internacional. Este tipo de violación de derechos humanos impone a los distintos mecanismos protección el deber de tomar medidas que pueden entrar en tensión con la estructura tradicional de poder o al menos con la interpretación que de ella tenemos. En efecto, si el desafío de los órganos de control será dar efectividad a los derechos, no basta con constatar la violación ni tampoco con dar respuestas parciales, sino que será necesario activar a los distintos poderes para que tomen medidas concretas en el ámbito de sus funciones.

Desde el SIDH la respuesta a este tipo de violaciones se ha dado mediante la disposición de una respuesta integral que va más allá de la simple resolución del caso concreto sometido a su conocimiento⁸. Esta respuesta se basa en tres mecanismos: a) la

Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, Bogotá, 2010, p. 17.

- 8 Solo a modo de ejemplo, se pueden mencionar los siguientes casos: a) Indígenas: Mayagna Awas Tigni, Yatama, Comunidad Indígena Yakye Axa, Sawhoyamaya, Saramaka, Sarayaku, Norin Catrimán y otros; b) Mujeres: Penal Miguel Castro Castro, González y otras (“Campo Algodonero”), Fernández Ortega, Rosendo Cantú, Veliz Franco; c) Niños/as: “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), “Instituto de Reeducción del Menor”, Niñas Yean y Bosico, Mendoza y otros; d) Privados de libertad: “Instituto de Reeducción del Menor”, Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), Vera Vera y otra, Pacheco Teruel y otros; e) Migrantes: Vélez Loo, Nadege Dorzema y otros, Personas dominicanas y haitianas expulsadas; f) Desplazados: “Masacre de Mapiripán”, Masacre de Pueblo Bello, Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del

reinterpretación del alcance de las obligaciones internacionales del Estado; b) se dota de un contenido particular a ciertos derechos y; c) se disponen medidas de reparación que tienen por objeto transformar la realidad y evitar que las violaciones se repitan. Toda esta construcción jurisprudencial se enfoca desde el principio de igualdad y no discriminación, bajo una noción de igualdad sustantiva⁹. Para la Corte IDH el análisis de la igualdad formal invisibiliza el impacto diferenciado que puede tener para ciertos grupos de la población normas o prácticas aparentemente neutrales¹⁰:

La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas¹¹.

En este sentido, se avanza desde una idea de igualdad como no discriminación, a una idea de igualdad como protección de grupos. Se demanda al Estado un rol activo para generar equilibrios sociales, lo que “presupone un Estado que abandone

Río Cacarica (Operación Génesis) y; g) Orientación sexual: Atala Riffo y Niñas.

9 Sobre las diversas concepciones de igualdad, véase: Saba, Roberto. “(Des) igualdad estructural”. *Revista de Derecho y Humanidades* N° 11, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2005.

10 Abramovich, Víctor. “De las violaciones masivas a los patrones estructurales”, *op.cit*, p. 18.

11 Corte IDH. OC-16/99, párr. 119.

su neutralidad y que cuente con herramientas de diagnóstico de la situación social para saber qué grupos o sectores deben recibir en un momento histórico determinado medidas urgentes y especiales de protección”¹².

Este enfoque se puede ver con claridad en el *leading case* de la Corte IDH en la materia (Caso Campo Algodonero vs. México). La Corte IDH reconoce explícitamente la existencia de discriminación estructural respecto de las mujeres y justifica medidas especiales sobre la base de dicha conceptualización:

La Corte recuerda que el concepto de ‘reparación integral’ (*restitutio in integrum*) implica el reestablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de **discriminación estructural** en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado, las reparaciones deben tener una **vocación transformadora** de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma **situación estructural de violencia y discriminación**. Del mismo modo, la Corte recuerda que la naturaleza y monto de la reparación ordenada dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares, y deben guardar relación directa con las violaciones declaradas. Una o más medidas pueden reparar un

12 Abramovich, Víctor. “De las violaciones masivas a los patrones estructurales”, *op.cit.*, p. 18.

daño específico sin que éstas se consideren una doble reparación¹³.

La disposición de medidas con “vocación transformadora” tiene por objeto que las condiciones que permiten o facilitan las violaciones estructurales desaparezcan, evitando la reiteración de conductas que generan las violaciones. En este sentido, las garantías de no repetición dispuestas por la Corte IDH en casos de violaciones estructurales, dan cuenta de la necesidad de tomar medidas que vayan más allá del caso concreto y que aseguren que la respuesta jurisdiccional sea efectiva para hacerse cargo de las causas que subyacen en las violaciones.

Si la Corte Interamericana sólo dispusiera medidas restitutorias y compensatorias en este tipo de casos, la protección de los derechos humanos se volvería ineficaz, toda vez que permanecerían las circunstancias en las que se produjo la violación, lo que genera no sólo un daño a la víctima –al verse amenazada nuevamente por dichas circunstancias– sino también legitimaría situaciones que dan cuenta de un Estado que no se hace cargo de sus obligaciones en materia de derechos humanos. Esto habilita a la Corte a disponer garantías de no repetición como vía para enfrentar las causas de fondo de este tipo de violaciones. Así lo señaló recientemente la propia Corte IDH en el caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana:

En casos como el presente, las garantías de no repetición adquieren una mayor relevancia a fin de que hechos similares no se vuelvan a repetir y contribuyan a la prevención. En este sentido, la Corte recuerda que el Estado debe prevenir la recurrencia de violaciones a los

13 Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”), párr. 450. El destacado es propio.

derechos humanos como las descritas en este caso y, por ello, adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos humanos, de conformidad con las obligaciones de respeto y garantía dispuestas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

A continuación revisaré cómo este enfoque se ha aplicado a casos relacionados con violaciones estructurales de derechos humanos de pueblos indígenas y personas privadas de libertad.

1.1 El enfoque estructural en casos de derechos de los pueblos indígenas

La Corte IDH, a partir de la aplicación del principio de igualdad y no discriminación, analiza los derechos de las personas pertenecientes a comunidades indígenas a la luz de las particulares circunstancias propias de estos titulares de derechos, esto es, su situación de hecho (principalmente su situación de pobreza y discriminación) y sus particularidades culturales¹⁴. Esta noción se ha traducido en una respuesta compleja del sistema de protección, que implica una intensificación o especificación de las obligaciones generales, una reinterpretación de los derechos de la CADH y, por último, la adopción de medidas de no repetición.

Acerca de la necesidad de considerar las particularidades de los pueblos indígenas, la Corte IDH ha señalado:

Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte

14 “En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, párr. 63.

considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado¹⁵.

De esta forma, la Corte vincula la obligación general de garantía y de no discriminación, con el derecho a la identidad cultural. Esto es relevante ya que si la mirada de la Corte es desde el principio de no discriminación, para darle contenido a éste, es necesario considerar las particularidades de los titulares de derechos y en ese sentido, la “identidad cultural” es un aspecto especialmente relevante. Al efecto, la Corte ha señalado:

Bajo el principio de no discriminación, establecido en el artículo 1.1 de la Convención, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y, según el artículo 29.b) de la misma, también por los ordenamientos jurídicos internos¹⁶.

15 *IBÍDEM*, PÁRR. 51.

16 Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr. 213.

De esta forma, al momento de interpretar cada uno de los derechos consagrados en la CADH en un caso donde los titulares de derechos sean indígenas, se debe determinar el contenido y alcance de los mismos y las obligaciones del Estado, a la luz de la situación de discriminación de su titular a objeto de garantizar su pleno goce y ejercicio en condiciones de igualdad.

La Corte IDH reconoce la situación especial de vulnerabilidad en que se encuentran los pueblos indígenas, lo que justifica que se tomen medidas especiales por parte de los Estados. En este sentido, la Corte IDH ha indicado que las obligaciones generales del Estado deben ser leídas a la luz del *corpus iure* internacional de derechos de los pueblos indígenas, lo que le ha permitido llenar lagunas o vacíos de los catálogos de derechos que, como consecuencia de su raigambre liberal, generan espacios no cubiertos para una forma de ejercicio de los derechos con un fuerte contenido colectivo:

En el presente caso, la Corte debe establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakyé Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del *corpus juris* internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo

1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT¹⁷.

Dentro de las medidas especiales que ha dispuesto la Corte IDH para garantizar los derechos de las comunidades indígenas, se encuentra, por ejemplo, la demarcación de la tierra, como una forma de garantizar el derecho de propiedad de las comunidades de manera efectiva:

La Corte considera que es necesario hacer efectivos los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la legislación nicaragüense, de conformidad con la Convención Americana. En consecuencia, el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta¹⁸.

De esta forma, queda establecida la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias en el derecho interno para crear un mecanismo eficaz que tenga en consideración los

17 Corte IDH. Caso Yakye Axa, párr. 163.

18 Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, párr. 138.

aspectos culturales involucrados para un real goce y ejercicio del derecho a la propiedad indígena. Conclusión que puede ser extrapolada a la obligación que tiene el Estado de asegurar efectivamente los otros derechos de las comunidades indígenas a través de mecanismos eficaces y que tengan en consideración las particularidades culturales propias de las etnias del continente.

Pero además de la necesidad de reinterpretar las obligaciones generales a la luz de las particularidades de los pueblos indígenas, la Corte IDH también ha utilizado instrumentos internacionales específicos, como el Convenio 169 de la OIT, para incorporar obligaciones adicionales a las contenidas en la CADH. El derecho a la consulta y a la participación en los beneficios del desarrollo son ejemplos de ello.

En efecto, el deber de realizar una consulta previa, libre, e informada cuando exista una medida administrativa o legislativa que sea susceptible de afectar los derechos de los pueblos indígenas, está contemplado expresamente en el Convenio 169, pero no se reconoce en la CADH. Para incorporar esta obligación, la Corte IDH ha señalado que el reconocimiento del derecho a la consulta, está en la base de la posibilidad de ejercer otros derechos, tales como la identidad cultural, o propiedad:

Es por todo lo anterior que una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios¹⁹.

19 Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr. 160.

En la CADH no hay normas que se refieran específicamente a los derechos de los pueblos indígenas, por lo que el SIDH ha abordado la temática indígena interpretando los derechos consagrados en la Convención a la luz de la realidad de estos pueblos. En este sentido, el Convenio 169 se ha transformado en el principal instrumento para analizar los casos en que se ven afectados los derechos de los pueblos indígenas, siendo utilizado por la Corte como herramienta para interpretar e integrar las normas de la CADH, considerando las particularidades culturales de los pueblos indígenas.

Uno de los ejemplos más relevantes para ilustrar este proceso, es la interpretación que ha realizado la Corte IDH del derecho de propiedad (artículo 21 CADH). En una primera etapa (Caso Comunidad Mayagna [Sumo] Awas Tigni vs. Nicaragua), la Corte IDH reconoció que entender el derecho de propiedad en el sentido tradicional, no daba cuenta de las particularidades culturales del ejercicio de ese derecho en el caso de los pueblos indígenas. Es por esto, que a través de una interpretación evolutiva, considerando el estado actual del tema en la legislación interna y, atendiendo al objeto y fin de los tratados, es que la Corte IDH entendió este derecho en su dimensión colectiva, recogiendo la importancia de la costumbre indígena. Sin embargo, a partir del Caso Yakye Axa vs. Paraguay, la Corte complementó esta interpretación, con el contenido y alcance que el derecho de propiedad tiene en el Convenio 169 de la OIT:

Al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención en el presente caso, la Corte tomará en cuenta, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la misma y como lo ha hecho anteriormente, la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas, inclusive para preservar su identidad

cultural y transmitirla a las generaciones futuras, así como las gestiones que ha realizado el Estado para hacer plenamente efectivo este derecho [...]

En el presente caso, al analizar los alcances del citado artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintitos a la Convención Americana, tales como el Convenio No. 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁰.

Esto ha sido reiterado en los casos *Saramaka vs. Surinam*²¹ y *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*²². Pero no solo respecto al derecho de propiedad la Corte IDH ha utilizado el Convenio para interpretar los derechos protegidos por la CADH. En el Caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, la Corte IDH analizó el derecho a la identidad cultural a la luz del Convenio, resaltando la importancia de este derecho para el goce y ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas²³.

Como ilustran los casos precedentes, la Corte IDH ha incorporado los estándares desarrollados en el Convenio 169 de la OIT para interpretar los derechos consagrados en la CADH. Es decir, la lectura de cada derecho y libertad, además de hacerlo bajo las obligaciones generales de los Estados (esto es, respeto, garantía y no discriminación), incorpora un instrumento que está fuera del SIDH, con el objetivo de darle contenido y alcance a

20 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, párrs. 124 y 127.

21 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka, párrs. 92 y 93.

22 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, párrs. 117-118.

23 Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr. 213.

los derechos, haciéndose cargo de las particularidades culturales cuando se conoce de un caso en que los afectados sean pueblos indígenas.

La consideración de las particularidades del titular del derecho para dar una respuesta efectiva a la violación de los derechos humanos, también se manifiesta en materia de reparaciones. Al respecto, la Corte IDH ha adoptado medidas que tienen por objeto hacerse cargo de la realidad que viven los pueblos indígenas (pobreza y exclusión), pero también sus particularidades culturales.

En el caso Comunidad Indígena Yakye Axa, la Corte dispuso lo siguiente:

En vista de lo anterior, el Tribunal dispone que, mientras la Comunidad se encuentre sin tierras, dado su especial estado de vulnerabilidad y su imposibilidad de acceder a sus mecanismos tradicionales de subsistencia, el Estado deberá suministrar, de manera inmediata y periódica, agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad; brindar atención médica periódica y medicinas adecuadas para conservar la salud de todas las personas, especialmente los niños, niñas, ancianos y mujeres embarazadas, incluyendo medicinas y tratamiento adecuado para la desparasitación de todos los miembros de la Comunidad; entregar alimentos en cantidad, variedad y calidad suficientes para que los miembros de la Comunidad tengan las condiciones mínimas de una vida digna; facilitar letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado a fin de que se maneje efectiva y salubrementemente los desechos biológicos de la Comunidad; y dotar a la escuela ubicada en el asentamiento actual de la Comunidad, con materiales bilingües suficientes para la debida educación de sus alumnos²⁴.

24 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, párr. 221.

De esta forma, la Corte IDH ordena al Estado adoptar medidas concretas que se hagan cargo de las violaciones estructurales que viven las comunidades indígenas, relevando la importancia de las particularidades culturales, como lo evidencia las medidas que adopta en materia de educación bilingüe.

Recientemente, la Corte IDH teniendo presente la discriminación de tipo estructural en que viven las comunidades indígenas, dispuso en detalle lo que el Estado debe hacer para garantizar ciertos mínimos en relación con el derecho a consulta previa y así evitar otras situaciones de violación a sus derechos:

[...] como garantía de no repetición, en el eventual caso que se pretenda realizar actividades o proyectos de exploración o extracción de recursos naturales, o planes de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que impliquen potenciales afectaciones al territorio Sarayaku o a aspectos esenciales de su cosmovisión o de su vida e identidad culturales, el Pueblo Sarayaku deberá ser previa, adecuada y efectivamente consultado, de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia²⁵.

Como se ve, la Corte IDH, no se limita a establecer esta obligación al Estado, sino que señala que los procesos de participación y consulta, deben llevarse a cabo de buena fe, y de acuerdo con los estándares internacionales²⁶.

1.2 Enfoque estructural en casos sobre personas privadas de libertad

El DIDH otorga un amplio campo de regulación y protección para los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Para determinar el alcance de las obligaciones internacionales en

25 Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr.299.

26 *Ibidem*, párr. 300.

la materia, la Corte IDH ha recurrido de manera constante a los instrumentos internacionales que consagran normas específicas.

El artículo 5 de CADH contiene normas generales sobre los derechos de las personas privadas de libertad²⁷. Este derecho marca la pauta en materia de privados de libertad, ya que consagra el principio del trato humano, y la obligación del Estado de dar estricto cumplimiento. Al respecto, el Conjunto de Principios Para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier forma de Detención o Prisión²⁸ señala: “Principio 1: Toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

Este se encuentra en concordancia con el principio 5° que señala la excepcionalidad que debe conducir las limitaciones a los derechos humanos de los reclusos:

Principio 5: Con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto

27 Artículo 5, CADH: “2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”.

28 ONU. Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, adoptado por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, así como de los demás derechos estipulados en otros instrumentos de las Naciones Unidas.

Considerando esta normativa, la Corte IDH ha dado especial énfasis a la obligación de garantía de los Estados en relación con los derechos de las personas privadas de libertad, desarrollando desde el primer caso que conoció por vía contenciosa relacionado con privados de libertad, la denominada “posición de garante” que tiene el Estado respecto de los derechos de las personas privadas de libertad.

En el año 2004, en el Caso Instituto de Reeducción del menor vs. Paraguay²⁹, se planteó que la privación de libertad es una sanción que afecta derechos humanos, más allá del derecho a la libertad personal, es decir, la prisión significa la restricción legítima al goce y ejercicio a ese derecho, pero la sanción no se limita a su sola afectación. Al respecto la Corte indicó: “La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal”³⁰.

Lo intuitivo es que esta restricción de otros derechos, atendida la de privación de libertad, admite un margen amplio de discrecionalidad de la autoridad. Es decir, admite discrecionalidad para determinar cuáles son las formas en que se van a afectar a esos otros derechos, y es justamente aquí donde el sistema cambia el enfoque transformándose en una aproximación *contraintuitiva*: las obligaciones del Estado se hacen más estrictas, amplias y profundas.

29 Corte IDH. Caso Instituto de Reeducción del Menor, párr. 154.

30 Ídem.

En este sentido, la Corte IDH señala: “Esta restricción de derecho [...] debe limitarse de manera rigurosa, puesto que toda restricción a un derecho humano, solo es justificable ante el derecho internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática”³¹.

Esto deriva en la posición que adopta, a juicio del Sistema Internacional, el Estado frente al individuo, y que se traduce en la mayor exigencia a la hora de restringir derechos que si la persona se encontrara en libertad, justamente la posición que tiene el Estado: una posición de especial garante.

La Corte la denominó “posición de especial garante”, en razón de que las autoridades penitenciarias ejercen un control total sobre las personas privadas de libertad, lo que genera preocupación, por el riesgo a la afectación o violación de derechos, que emana justamente de la posición privilegiada del Estado:

Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna³².

31 Ídem.

32 *Ibidem*, párr. 152.

La posición de garante que tiene el Estado respecto de las personas privadas de libertad, significa para el Estado hacerse responsable de todo lo que ocurra con las personas que están bajo su custodia en los centros penitenciarios u otros lugares de detención. Esto quiere decir, en parte, que el Estado debe rendir cuentas y explicar las decisiones y procedimientos que adopta a fin de reducir los espacios de arbitrariedad y, frente a una violación de derechos humanos, realizar una investigación seria y procesar a quienes resulten responsables. De no ser así, se presume que el Estado es responsable de tales violaciones³³.

El sistema internacional ha avanzado en esto y, en los últimos años, (en particular los casos de medidas provisionales), la Corte IDH ya no sólo ha hablado de una posición de especial garante, además se refiere a las particularidades del titular de derechos, razonando desde el caso Vélez Loo vs. Panamá, en el siguiente sentido:

[...] que, de conformidad con el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los Derechos de toda persona que se halle bajo su custodia. Esto implica el deber del Estado de salvaguardar la salud y bienestar de los reclusos, brindándoles, entre otras cosas, la asistencia médica requerida, y de garantizar que la manera y método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención. Su falta de cumplimiento puede resultar en una violación de

33 Corte IDH. Caso Baldeón García, párr. 120. En el mismo sentido: Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez, párr. 111; caso Cabrera García y Montiel Flores, párr. 134 y; caso Fleury y otros, párr. 77.

la prohibición absoluta de aplicar tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes³⁴.

En este caso, la persona privada de libertad, un migrante, se encuentra en situación de vulnerabilidad en el goce y ejercicio de sus derechos como consecuencia de las condiciones carcelarias, y la Corte le señala al Estado que ya no sólo por la especial posición que tiene respecto al individuo, sino que además desde la mirada del titular de derechos (sujeto especial), está en una situación de vulnerabilidad, y lo interesante de este enfoque es que además se refirió acerca del debate de la falta de recursos: “[...] En este sentido, los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano”³⁵.

Como garantías de no repetición en el caso de las personas privadas de libertad, la Corte IDH se ha referido, en particular, a la obligación del Estado de garantizar condiciones de privaciones de libertad que sean compatibles con el derecho a la integridad personal, entre otros derechos. La Corte IDH destaca en el caso Pacheco Teruel la importancia de establecer medidas con un enfoque preventivo en casos donde existen patrones estructurales de violaciones a los derechos humanos:

En casos como el presente, en el que se configura un patrón recurrente de siniestros en el sistema penitenciario hondureño, las garantías de no repetición adquieren una mayor relevancia como medida de reparación, a fin de que hechos similares no se vuelvan a repetir y contribuyan a la prevención. En este sentido, la Corte recuerda que el Estado debe prevenir la recurrencia de violaciones a los

34 Corte IDH. Caso Vélez Loo, párr. 198.

35 Ídem.

derechos humanos como las descritas en este caso y, por ello, adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos de los reclusos, de conformidad con las obligaciones de respeto y garantía dispuestas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención³⁶.

La Corte IDH, en este sentido, recuerda las medidas que ya había dispuesto el año 2006 en el caso *López Álvarez* y ordena al Estado:

[...] adoptar medidas tendientes a crear las condiciones que permitan asegurar a los reclusos de los centros penales de Honduras alimentación adecuada, atención médica y condiciones físicas y sanitarias consecuentes con los estándares internacionales sobre la materia, e implementar un programa de capacitación en derechos humanos de los funcionarios que laboren en los centros penitenciarios, en los términos de los párrafos 209 y 210 de la Sentencia³⁷.

En el caso *Montero Aguren*, la Corte IDH fue más específica e indicó de manera precisa las condiciones mínimas que debía asegurar el Estado a las personas privadas de libertad:

Como lo ha dispuesto la Corte en otros casos y a título de garantía de no repetición, el Estado debe adoptar, dentro de un plazo razonable, las medidas necesarias para que las condiciones de las cárceles se adecuen a los estándares internacionales relativos a esta materia.

En particular, el Estado debe asegurar que toda persona privada de su libertad viva en condiciones compatibles con su dignidad humana, entre las que se encuentren,

36 Corte IDH. Caso *Pacheco Teruel*, párr. 92.

37 *Ibidem*, párr. 93.

inter alia: a) un espacio lo suficientemente amplio para pasar la noche; b) celdas ventiladas y con acceso a luz natural; c) acceso a sanitarios y duchas limpias y con suficiente privacidad; d) alimentación y atención en salud adecuadas, oportuna y suficientes, y e) acceso a medidas educativas, laborales y de cualquier otra índole esenciales para la reforma y readaptación social de los internos³⁸.

En el caso Pacheco Teruel, la Corte IDH rescata que cierto tipo de medidas (como la construcción de recintos penitenciarios) toman mucho tiempo, por lo que de todas formas ordena al Estado a tomar medidas urgentes para no dejar en desprotección a las personas privadas de libertad:

Sin embargo, siendo que los compromisos dispuestos en el acuerdo se ejecutarán a mediano plazo, la Corte dispone que el Estado deberá implementar medidas de carácter inmediato tendientes a garantizar los derechos fundamentales de los reclusos, así como medidas de prevención de siniestros en los diferentes centros señalados en el acuerdo. Para ello, en el plazo de seis meses el Estado deberá remitir a la Corte un informe sobre las medidas urgentes adoptadas para este efecto. Particularmente, deberá informar respecto de las siguientes medidas: i) separar de procesados y condenados; ii) realizar un diagnóstico sobre hacinamiento carcelario; iii) evaluar de situaciones críticas como incendios, iv) mecanismos y equipo para reaccionar frente a incendios³⁹.

38 Corte IDH. Caso Montero Aguren y otros (Retén de Catia), párrs. 145 y 146. En el mismo sentido: Caso Raxcacó Reyes, párr. 134 y Caso Caesar, párr. 134.

39 Corte IDH. Caso Pacheco Teruel, párr. 97.

La aproximación de la Corte permite hacer efectiva la protección internacional, adoptándose medidas de alcance más general, pero también se disponen acciones concretas que permiten amparar a los/as afectados/as del caso en cuestión.

Finalmente, se ordena una medida que me parece vital como garantía de no repetición en casos estructurales: la capacitación de las autoridades públicas. Las autoridades, en contextos de violaciones estructurales, juegan un rol fundamental para modificar los patrones de conducta que favorecen o permiten estas violaciones. Su capacitación permite alterar estos patrones en la medida en que tienen conocimiento del contexto en que se enmarca su función y están establecidas claramente las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado. La Corte IDH señala:

El acuerdo de solución amistosa indica que el Manual para la Administración de Centros Penitenciarios (supra párr. 98.d) deberá contener: a) programas de capacitación al personal civil y policial de los centros penales, que incluyan formación en materia de derechos humanos, y b) planes de emergencia y evacuación en caso de incendios u otro tipo de catástrofes.

La Corte homologa dicha medida de capacitación y estima oportuno destacar que tales programas deberán incluir, entre otros temas, los referentes a los estándares internacionales en materia carcelaria y la jurisprudencia del sistema interamericano al respecto. Estos programas o cursos deberán ser permanentes y dirigidos a los funcionarios del sistema penitenciario hondureño de todos los niveles jerárquicos. Asimismo, deberán iniciar en el plazo de seis meses luego de la aprobación del Manual para la Administración de Centros Penitenciarios [...]⁴⁰.

40 Corte IDH. Caso Pacheco Teruel, párrs. 113 y 114.

De esta forma vemos que para la Corte IDH son relevantes dos tipos de medidas para enfrentar violaciones estructurales de los derechos humanos de las personas privadas de libertad: mejoramiento de las condiciones de reclusión y capacitación de funcionarios públicos. Ambas medidas tienen por objeto modificar las circunstancias que permiten las violaciones a los derechos humanos, impulsando cambios profundos que tienen impactos para la población penitenciaria.

13 Conclusiones generales sobre la jurisprudencia de la Corte IDH frente a violaciones estructurales de derechos humanos

En el contexto de la protección a los derechos humanos, uno de los grandes desafíos que enfrenta la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, es hacer frente a violaciones de derechos humanos que adquieren ciertas características especiales: son de carácter estructural. Esto significa que ciertos grupos de la población sufren violaciones a los derechos humanos en un contexto en que es la organización del Estado (la institucionalidad) la que permite y facilita las violaciones de los derechos y libertades fundamentales y estas estructuras jurídicas y políticas funcionan sobre la base de ciertos estándares culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias, en particular, la invisibilización de los derechos de los grupos desprotegidos.

En este sentido, el desafío de la tutela internacional ha sido dar respuestas efectivas para cesar las violaciones y evitar que éstas se repitan; por ello, en el caso de la Corte IDH la tutela ha apuntado tanto a las condiciones jurídicas y políticas, como a las culturales que hacen posible que estas violaciones ocurran. Como vimos, la Corte IDH ha resuelto esta problemática a través de tres

vías: reinterpretación de las obligaciones generales del Estado, dar un contenido particular a los derechos de la CADH y disponer garantías de no repetición. Las ventajas de esta aproximación se visualizan con claridad en el abordaje que realiza la Corte IDH en casos relacionados con derechos de los pueblos indígenas y personas privadas de libertad. En ambos casos, a través de la reinterpretación de las obligaciones generales y mediante una lectura particular de los derechos, la Corte IDH dispone medidas que tienen por objeto apuntar a las condiciones jurídicas, pero también situacionales, que permiten o facilitan las violaciones de derechos humanos de las personas que pertenecen a estos grupos.

Esta aproximación supone una nueva forma de tutelar los derechos fundamentales en el marco de la protección jurisdiccional y que permite dar respuestas efectivas y que se hacen cargo del contexto en que se producen las violaciones.

2. Experiencias comparadas de sentencias estructurales

Para dar una visión comparada respecto de la protección internacional, también utilizaré como ejemplo en el ámbito nacional la situación de las personas privadas de libertad y pueblos indígenas.

En el mismo sentido de la jurisprudencia interamericana, el enfoque para la recopilación de jurisprudencia nacional ha sido la selección de casos en que las cortes se han hecho cargo del problema estructural que está en la base de las violaciones de derechos humanos de las personas privadas de libertad y pueblos indígenas, decretando medidas que tienen por objeto transformar las condiciones que permiten o facilitan la violación (en aquellos países en que se han dado estas experiencias), haciéndose cargo de las particularidades de los grupos en cuestión.

2.1 Sobre las sentencias estructurales

Las sentencias estructurales no son una invención de la jurisprudencia de la Corte IDH. El denominado “litigio estructural” o de “interés público” se ha extendido en Latinoamérica ante las cortes nacionales⁴¹ y tiene sus antecedentes en el derecho anglosajón. En el caso de Estados Unidos, la fuente del litigio complejo inició con casos de discriminación sistémica (racial) y se ha extendido a otros ámbitos como la salud o el sistema carcelario. A través de las *structural injunctions*, las Cortes de EE.UU persiguen concretar la reorganización de una institución social y reparar a través de dicha reforma organizacional el daño que las propias agencias públicas pueden producir al violar ciertos derechos constitucionales⁴². En palabras de Citron: “Los remedios estructurales son herramientas de los tribunales de justicia para reformar por completo una institución con el objeto de hacerla compatible con la Constitución”⁴³.

En otras latitudes, destaca la jurisprudencia de la Corte Suprema de la India o la Corte Constitucional Sudafricana, que han desarrollado el litigio público en materia de derechos económicos sociales y culturales⁴⁴.

41 Véase, entre otros: Bergallo, Paola. “Justicia y experimentalismo: la función remedial del Poder Judicial en el litigio público en Argentina”. Ponencia presentada en Seminario SELA (Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política), 2005, p. 175; Rodríguez, C. y Rodríguez, D. Cortes y Cambio Social, *op. cit.* y; Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura. *La revisión judicial de las políticas sociales: estudios de caso*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.

42 Bergallo, Paola. “Justicia y experimentalismo”, *op.cit.*

43 Citron, Roger. “(Un) Luckey vs. Miller: The Case for a Structural Injunction to Improve Indigent Defense Services”. *The Yale Law Journal*, N° 101, 1991. La traducción es propia.

44 Gauri, Varun y Brinks, Daniel. (Eds.). *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. New York, Cambridge University Press, 2010.

Los elementos comunes al litigio de derecho público referido y que culmina con sentencias estructurales son: a) afectar a un número amplio de personas que alegan violación de sus derechos; b) involucrar varias entidades estatales como responsables y; c) dictar órdenes de ejecución compleja⁴⁵. De manera similar, Chayes caracterizaba a las *structural injunctions* en la década de los 70: a) las partes del proceso gozaban de características atípicas; b) los hechos se relacionaban con el funcionamiento de instituciones públicas de gran dimensión y complejidad; y c) donde los remedios requerían de cambios estructurales de largo plazo combinados con planes adecuados para el monitoreo de dichos cambios⁴⁶.

Pero la irrupción de este tipo de medidas en la labor de los tribunales no ha sido pacífica. Todas estas aproximaciones han sido objeto de crítica desde dos perspectivas: desde las teorías democráticas (que cuestionan la legitimidad democrática de la judicatura para intervenir en cuestiones que serían propias de la política y los efectos antidemocráticos de las resoluciones) y desde la efectividad de la respuesta jurisdiccional, como veremos más adelante. En este sentido, las cortes nacionales han debido transitar un camino complejo para fundar sus resoluciones desde el ámbito de sus competencias y diseñar mecanismos de seguimiento de la implementación de las medidas adoptadas.

En la región, como señala Bergallo, no existe una denominación uniforme a este tipo de medidas⁴⁷. Sin embargo, la denominación “remedio estructural” se ha ido extendiendo y se ha adoptado como propia. Siguiendo el esquema de análisis que utilicé respecto de la jurisprudencia de la Corte IDH,

45 Rodríguez, C. y Rodríguez, D. *Cortes y cambio social*, op. cit., p. 16.

46 Chayes, A. “The rol of the judge in public law litigation”. *Harvard Law Review*, N° 89, 1975.

47 Bergallo, Paola. “Justicia y experimentalismo”, op.cit.

a continuación veremos ejemplos concretos de este tipo de litigio en la región. Este estudio nos permitirá determinar si la jurisprudencia constitucional, a través de los mecanismos judiciales que otorga la legislación, ha podido dar una respuesta efectiva a la violación estructural de derechos humanos y, por otra parte, identificar las características comunes de la respuesta jurisdiccional, sus aspectos positivos y desafíos. Creo que una visión desde la praxis de los tribunales nacionales evidencia de mejor forma el debate y sus límites.

2.2 Colombia

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana constituye un hito en materia de sentencias que se hacen cargo de situaciones de violaciones estructurales a los derechos humanos. La doctrina del “**estado de cosas inconstitucional**” en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, le ha permitido analizar situaciones de complejas violaciones de derechos humanos de manera integral, adoptando medidas que se hacen cargo de la realidad que viven ciertos grupos de la población.

Se entiende por un estado de cosas inconstitucional aquella situación en la que se produce una violación reiterada y masiva de derechos fundamentales, obedeciendo dicha violación a causas de tipo estructural, en la que se ven comprometidas varias autoridades del aparato estatal⁴⁸. La Corte constitucional ha señalado:

Cuando se constata la vulneración repetida y constante de derechos fundamentales, que afectan a multitud de personas, y cuya solución requiere la intervención de distintas entidades para atender problemas de orden

48 Nash, Claudio. *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*. Editorial Fontamara, México, 2010, p. 212.

estructural, esta Corporación ha declarado la existencia de un estado de cosas inconstitucional y ha ordenado remedios que cobijen no sólo a quienes acuden a la acción de tutela para lograr la protección de sus derechos, sino también otras personas colocadas en la misma situación, pero que no han ejercido la acción de tutela⁴⁹.

La Corte ha justificado su procedencia en el contexto de las acciones de tutela, en particular, cuando se está ante una situación que pueda provocar una presentación masiva de acciones de tutela. Normativamente, la Corte ha fundado la procedencia de esta declaración de estado de cosas inconstitucional en las funciones que le han sido asignadas en la Constitución como garante de los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional:

[...] Así, teniendo en cuenta el deber de las autoridades de “proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” (Artículo 2, CP), así como el deber que tienen las ramas del poder público “de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines” (C.P. art., 113), la Corte, ha declarado la existencia de un estado de cosas contrario a la Constitución, para que las autoridades adopten, dentro de la órbita de sus competencias, los correctivos que permitan superar tal situación⁵⁰.

De esta forma, un estado de cosas inconstitucional corresponde a una calificación que da la Corte Constitucional respecto de

49 Corte Constitucional de Colombia. T-024/2004, 22 de enero de 2004, considerando 7.

50 Ídem.

cierta situación que ha sido sometida a su conocimiento mediante los procedimientos para conocer de violaciones de los derechos fundamentales. Esta calificación se da con el objeto de disponer un conjunto de medidas que son dirigidas a distintas autoridades del Estado.

Para la procedencia de la declaración de un estado de cosas inconstitucional, la Corte Constitucional ha establecido ciertos requisitos:

Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial⁵¹.

Los elementos reseñados por la Corte Constitucional caracterizan a una situación de violación estructural de derechos

51 Ídem.

humanos y, en la misma línea de la Corte IDH (con las garantías de no repetición), han llevado a la Corte Constitucional a disponer medidas que tienen por objeto hacerse cargo de la realidad y movilizar al poder público. A continuación, veremos cómo esta doctrina se concreta en casos de personas privadas de libertad y pueblos indígenas.

a. Personas privadas de libertad

Es precisamente respecto a un caso de violaciones de derechos humanos respecto de personas privadas de libertad, que la Corte Constitucional colombiana emite una de sus sentencias más importantes en materia de estado de cosas inconstitucional. En el año 1998 la Corte Constitucional emitió la sentencia T-153, que declaró un estado de cosas inconstitucional en relación con las condiciones de hacinamiento y abandono en que las personas privadas de libertad cumplían sus condenas⁵².

La sentencia T-153 se origina con ocasión de dos acciones de tutela que tienen como denominador común la acusación contra las condiciones de hacinamiento en que se encuentran los internos de las Cárceles Bellavista y Modelo, ubicadas en Medellín y Santa Fe de Bogotá, respectivamente. La Corte Constitucional realiza una inspección personal a las cárceles referidas y constata que:

Estaban atestadas de personas acostadas directamente sobre el piso, cubiertas con una simple frazada, y expuestas al frío propio de la noche en la ciudad. Incluso en las zonas de los baños se encontraba un gran número de personas durmiendo sobre el suelo. La congestión de esas zonas era tal que la persona que deseara moverse

52 Un comentario en profundidad sobre ambas sentencias, en: Osuna, Néstor. "Sentencias estructurales. Tres ejemplos colombianos". En: Nash, Claudio y Bazán, Víctor. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung y Universidad del Rosario, 2015 [en prensa].

por allí tenía que poner mucha atención en los pasos que daba para no golpear a los reclusos que dormían. El hacinamiento se evidenciaba también en los pasillos. En los corredores aledaños a las celdas yacían también muchos reclusos, y en las celdas mismas se observaba que dormían, dependiendo del patio, entre 3 y 6 internos, a pesar de que habían sido diseñadas para albergar a una sola persona [...] ⁵³.

La Corte Constitucional, en la misma línea que la jurisprudencia interamericana, inicia su análisis del asunto recordando que el Estado es garante de los derechos de las personas privadas de libertad y, si bien existen algunas restricciones a sus derechos por la situación en la que se encuentran, muchos otros derechos permanecen intactos y deben ser respetados íntegramente:

En su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha expresado de manera reiterada que, si bien algunos derechos fundamentales de los reclusos son suspendidos o restringidos desde el momento en que éstos son sometidos a la detención preventiva o son condenados mediante sentencia, muchos otros derechos se conservan intactos y deben ser respetados íntegramente por las autoridades públicas que se encuentran a cargo de los presos [...]

[...] Ahora bien, esta misma Corporación también ha manifestado que el Estado tiene deberes especiales para con los reclusos, con miras a que éstos puedan ejercer plenamente los derechos fundamentales que no les han sido suspendidos, y parcialmente aquéllos que les han sido restringidos. Y estos deberes no implican simplemente

53 Corte Constitucional de Colombia. T-153/1998, 28 de abril de 1998, considerando 5 (fundamentos jurídicos).

que el Estado no debe interferir en la esfera de desarrollo de estos derechos –como ocurriría en el caso de la libertad religiosa–, sino también –y de manera especial– que el Estado debe ponerse en acción para garantizarle a los internos el pleno goce de otros derechos, tales como la dignidad, la salud, la alimentación, el trabajo, etc. Esta conclusión se deriva de la misma relación especial de sujeción de los penados frente al Estado, y del hecho de que las condiciones que se imponen a los reclusos les impide que puedan satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades mínimas, cuya atención garantiza la posibilidad de llevar una vida digna⁵⁴.

En atención a las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado y que forman parte del bloque de constitucionalidad, se declara el estado de cosas inconstitucional, haciendo énfasis en que la situación de las cárceles no ha sido objeto de preocupación de los gobiernos y destacando el rol del juez constitucional en la solución de este tipo de conflictos:

De todo lo dicho hasta ahora cabe extraer la siguiente conclusión: el problema de las cárceles y de las condiciones de vida dentro de ellas no ocupa un lugar destacado dentro de la agenda política. A pesar de que desde hace décadas se conoce que la infraestructura carcelaria es inadecuada, que los derechos de los reclusos se vulneran, que los penales no cumplen con su función primordial de resocialización y que los centros carcelarios del país rebosan de sindicados no se observa una actitud diligente de los organismos políticos del Estado con miras a poner remedio a esta situación.

54 *Ibidem*, considerandos 40 y 41.

La actitud de los gestores de las políticas públicas frente al problema de las cárceles obedece a la lógica del principio de las mayorías, que gobierna los regímenes democráticos. Los reclusos son personas marginadas por la sociedad. El mismo hecho de que sean confinados en establecimientos especiales, difícilmente accesibles, hace gráfica la condición de extrañamiento de los presos. En estas condiciones, los penados no constituyen un grupo de presión que pueda hacer oír su voz. Por eso, sus demandas y dolencias se pierden entre el conjunto de necesidades que agobian las sociedades subdesarrolladas, como la colombiana.

La racionalidad constitucional es diferente de la de las mayorías. Los derechos fundamentales son precisamente una limitación al principio de las mayorías, con el ánimo de garantizar los derechos de las minorías y de los individuos. El juez constitucional está obligado a asumir la vocería de las minorías olvidadas, es decir de aquellos grupos que difícilmente tienen acceso a los organismos políticos. Por esta razón, la Corte Constitucional está llamada a actuar en ocasiones como la presente, llamando la atención **sobre el estado de cosas inconstitucional que se presenta en el sistema penitenciario colombiano** y que exige la toma de medidas por parte de las distintas ramas y órganos del poder, con miras a poner solución al estado de cosas que se advierte reina en las cárceles colombianas⁵⁵.

La Corte Constitucional colombiana realiza una afirmación muy relevante para la argumentación de sentencias estructurales: la magistratura constitucional tiene por objeto la protección de los

55 *Ibidem*, considerandos 50 y 51. El destacado es propio.

individuos y, en ese sentido, tiene una lógica diversa de la regla de las mayorías. Esta aproximación es vital para los casos que involucran personas privadas de libertad, donde las decisiones gubernamentales que favorezcan los derechos de las personas privadas de libertad pueden ser mal evaluadas por la ciudadanía y, en ese sentido, no sean impulsadas por los gobiernos para no ver comprometida su popularidad. La lógica de esta sentencia impulsa al poder público a garantizar los derechos de las personas privadas de libertad, velando por el cumplimiento de las obligaciones estatales.

Con el objeto de dar solución al problema planteado, la Corte Constitucional ordena la acción mancomunada de diversas autoridades públicas:

[...] Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia, los demandados en los procesos bajo estudio. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema.

Las cárceles colombianas se han convertido en un problema de orden público y en centros donde se violan sistemáticamente los derechos fundamentales de los internos. Por esta razón, la Corte debe poner en conocimiento del Presidente de la República la existencia del mencionado estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria. Ello con el objeto de que, haciendo uso de sus facultades como suprema autoridad administrativa del país y participante fundamental del proceso legislativo, realice todas las actividades necesarias para poner pronto fin a esta delicada situación,

vinculada con la conservación del orden público y con la violación crónica y sistemática de los más elementales derechos humanos.

Asimismo, la Corte comunicará de la existencia de este estado de cosas inconstitucional a los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes; a los presidentes de la Sala Penal de la Corte Suprema Justicia y de las Salas Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; al Fiscal General de la Nación; a los gobernadores y los alcaldes; a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales; y a los personeros municipales. Esto con el objeto de que hagan uso de las facultades que les conceden la Constitución y las leyes para corregir el señalado estado de cosas que atenta contra la Carta Política⁵⁶.

Como medidas concretas, dispone la creación de nuevos recintos penitenciarios y la asignación de presupuesto para satisfacer las necesidades básicas de las personas privadas de libertad, entre otras:

[...] En este sentido, se ordenará que, en un término de tres meses, se elabore un plan de construcciones y refacciones, con el cual se pueda hacer frente a la situación de hacinamiento y se adecúen los penales actuales a los requerimientos mínimos para el alojamiento de los internos [...] El plan deberá ejecutarse en un término máximo de 4 años a partir de la notificación de esta sentencia.

56 *Ibidem*, párrs. 54 y 55.

Desde el punto de vista constitucional, es imperioso destinar el presupuesto necesario para convertir a las prisiones en centros donde los derechos fundamentales tengan vigencia. La inversión en las prisiones no puede ser objeto de transacciones. Tampoco caben objeciones en contra de ella. El Estado tiene la obligación constitucional de ofrecerle a los reclusos condiciones dignas de vida. El gasto en prisiones –relacionado con el deber correlativo al debido proceso y al derecho a la tutela judicial efectiva– tiene un carácter más perentorio incluso que el gasto público social, el cual, como lo dispone el artículo 350 de la Carta, tiene prioridad sobre cualquier otra asignación.

La Corte es consciente de que el problema de las prisiones no se soluciona únicamente con dinero y construcciones. Todo parece indicar que en el país sigue primando una concepción carcelaria del derecho penal. Mientras esta concepción continúe imperando nunca habrá suficiente espacio en la [sic] prisiones.

Por eso, la Corte considera importante llamar la atención acerca de que el principio de la presunción de inocencia exige que la detención preventiva se aplique únicamente como medida extrema, tal como lo determina el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Reglas Mínimas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, conocidas también como las reglas de Tokio. Igualmente, estima fundamental recordar que en cada proceso penal es importante reflexionar acerca de si la persona condenada requiere para su resocialización el tratamiento penitenciario, o si sus mismas características permiten proceder con otro tipo de sanciones. Al respecto, cabe mencionar que las mismas reglas de Tokio

recomiendan que antes de tomar la decisión de imponer la pena de prisión en establecimientos carcelarios es importante poner en consideración, “las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima”⁵⁷.

La Corte Constitucional dispone medidas que tienen por objeto solucionar el problema estructural de violaciones de los derechos humanos que afecta a las personas privadas de libertad, ya que las medidas decretadas no solo tienen un alcance para el caso concreto por el cual se solicita tutela, sino que tienen alcances generales. Además, se hace cargo de las situaciones que facilitan o permiten estas violaciones, de índole jurídico, económico y social.

Pese a la importancia de las medidas que dispone, se ha destacado la ineficacia de su implementación⁵⁸. Los efectos concretos solo se manifestaron en los primeros años de su aplicación, pero a partir del año 2003 la tendencia al hacinamiento volvió a reiterarse, lo que se manifiesta en las numerosas sentencias sobre la misma temática que ha dictado la Corte Constitucional⁵⁹. Recientemente, en la sentencia T-861, la Corte constitucional reiteró los criterios indicados, señalando que el estado de cosas inconstitucional en establecimientos penitenciarios declarado en la sentencia T-153/98 por hacinamiento, aún persiste⁶⁰.

57 *Ibidem*, párrs. 56, 57 y 60.

58 Jaramillo, J., Uprimny, R. y Guarnizo, D. “Intervención judicial en cárceles”. *Foro Constitucional Iberoamericano*, N° 12, 2005.

59 Sobre la situación de las cárceles, la Corte constitucional se pronunció en otras oportunidades, reiterando los criterios asentados en la sentencia T-153, véase por ejemplo: T-530/1999; T-256/2000; T-257/2000; T-1291/2000; T-847/2000; T-1077/2001; T-1030/2003; T-1096/2004; T-571/2008.

60 Corte Constitucional de Colombia. T- 861/2013, 27 de noviembre de 2013.

Una de las críticas que se realiza a esta resolución, es que a diferencia de otras declaraciones de estado de cosas inconstitucional (como la T-025 que veremos más adelante), no se utilizó la técnica de los autos de seguimiento que permiten a la Corte visibilizar el proceso de ejecución de la sentencia⁶¹.

Hay cuatro cuestiones que parecen fundamentales del análisis de esta sentencia: a) se utiliza el bloque constitucional de derechos con especial referencia a los tratados sobre derechos humanos; b) se considera el contexto en que se produce la violación: situación de violaciones estructurales; c) se hace referencia a la posición de garante que tiene el Estado respecto de las personas privadas de libertad y; d) se disponen medidas que tienen por objeto hacerse cargo de los factores que permiten la violación estructural y no solo de sus manifestaciones.

b. Pueblos indígenas

Respecto de los derechos de los pueblos indígenas, la Corte Constitucional se ha referido a tres temáticas: tierras y propiedad; consulta previa y jurisdicción especial indígena⁶². Como mecanismo de protección de derechos fundamentales, la tutela ha permitido garantizar los derechos de los pueblos indígenas considerando sus particularidades culturales, a la luz del bloque constitucional de derechos.

Un primer aspecto relevante, es la consideración de los pueblos indígenas como titulares de derechos colectivos. La Corte Constitucional ha señalado que la comunidad indígena es un sujeto de derecho colectivo y no una acumulación de sujetos de derecho individuales que comparten los mismos derechos:

61 Rodríguez, C. y Rodríguez, D. Cortes y Cambio Social, *op.cit.*, p. 36.

62 Sobre la materia véase: Semper, F. “Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. *Anuario de Derechos Constitucional Latinoamericano Fundación Konrad Adenauer Stiftung*, N° 12, 2004, pp. 761-778.

La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser “sujeto” de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a “la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (CP art. 1 y 7). La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (CP art. 1, 7 y 14)⁶³.

63 Corte Constitucional de Colombia. T-380/93, 13 de septiembre de 1993, considerando 8.

Al igual que en el caso de la jurisprudencia de la Corte IDH, la Corte Constitucional analiza el ejercicio de los derechos desde las particularidades de su titular. Esto la lleva a concluir que en el caso de los derechos de los pueblos indígenas, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural supone otorgarles un estatus colectivo.

Esta aproximación se ha traducido, en concreto, en el reconocimiento y protección de derechos colectivos, como el derecho a la consulta, que adquiere el carácter de derecho fundamental. Así, por ejemplo, ha destacado la importancia del derecho a la consulta y como este derecho es la base para garantizar la **autonomía** de los pueblos indígenas y la conservación de sus culturas. En una sentencia hito en la materia indicó que “el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados previamente se erige como una de las formas de participación democrática previstas en la Carta con destino al aseguramiento de su derecho al territorio y su integridad étnica”⁶⁴.

La Corte Constitucional ha otorgado lineamientos para realizar la consulta, incluso más garantistas que los de la Corte IDH, por ejemplo, ampliando las hipótesis en que no basta con la consulta sino que se requiere el consentimiento⁶⁵. Asimismo, ha dispuesto medidas que tienen por objeto hacer eficaz este derecho en su implementación práctica, como exhortar al Congreso a regular el derecho fundamental a la consulta previa⁶⁶.

64 Corte Constitucional de Colombia. SU-039/97, 3 de febrero de 1997.

65 *Ibidem*. Sobre la materia, véase: Padilla, G. “Consulta previa en Colombia y sus desarrollos jurisprudenciales. Una lectura desde los pueblos indígenas, las empresas y el Estado”. En: *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina*. La Paz, Konrad Adenauer Stiftung, 2012.

66 *Ibidem*.

Por su parte, la consideración de sus particularidades culturales ha permitido fortalecer la protección respecto de ciertos derechos, como la propiedad colectiva, y entender que respecto de los pueblos indígenas, ciertas violaciones de derechos humanos pueden tener un impacto diferenciado. En el ámbito del conflicto armado colombiano, la Corte Constitucional ha reconocido las consecuencias que tiene para las comunidades indígenas el desplazamiento de sus tierras. La sentencia T-025 de 2004 declaró un estado de cosas inconstitucional por la afectación de los derechos respecto de ciertos grupos desplazados por el conflicto armado colombiano. Dicha sentencia, caracterizada por su enfoque estructural y disposición de medidas concretas, no abordó sistemáticamente los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, el auto de seguimiento⁶⁷ 004 de esta sentencia⁶⁸, se refirió específicamente a la situación de los derechos de los pueblos indígenas. En primer lugar, se reconoce la “afectación aguda y diferencial del desplazamiento forzado sobre los grupos indígenas” en los siguientes términos:

El agudo impacto que ha tenido el conflicto armado sobre los grupos indígenas del país se ha traducido, principalmente, en alarmantes patrones de desplazamiento forzado, tanto masivo como individual, que han incrementado a lo largo de la última década y hoy en día se ciernen como una de las más serias amenazas para la supervivencia a corto plazo de las etnias de Colombia. Por sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural de estos grupos, el desplazamiento forzado genera un claro riesgo de extinción, cultural o física, de los pueblos indígenas. Los que ya estaban en riesgo con anterioridad al impacto del conflicto armado,

67 Los autos de seguimiento se dictan con el objeto de medir el nivel de cumplimiento de las sentencias dictadas por la Corte constitucional.

68 Corte Constitucional de Colombia. Auto de seguimiento 004/09 de la sentencia T-025/2004, 26 de enero de 2009.

se acercan al fin; los que no, entran en la categoría de alto riesgo de extinción cultural y física [...].

A este respecto, no puede perderse de vista que la relación de los grupos indígenas con el territorio es crucial para sus estructuras culturales y su supervivencia étnica y material. El desplazamiento genera aculturación, por la ruptura del entorno cultural propio y el shock cultural. Los pueblos indígenas desplazados viven en estado de total desubicación por la ruptura cultural y lingüística que ello conlleva y la inserción abrupta en entornos urbanos y de miseria a los que son completamente ajenos⁶⁹.

La Corte Constitucional destaca que la falta de una respuesta integral por parte del Estado ha agravado la situación de vulnerabilidad de los pueblos indígenas. En ese sentido, ordena una serie de medidas que tienen por objeto que el Estado se haga cargo de la problemática, teniendo especial consideración por las particularidades culturales de los pueblos indígenas. Funda estas medidas en las obligaciones del Estado:

Por su deber de garantizar los derechos fundamentales de la población (arts. 1 y 5, C.P.) y por el mandato constitucional de preservación de la diversidad étnica y cultural del país (art. 7, C.P.), es claro para la Corte que el Estado colombiano está en la obligación doble de prevenir las causas del desplazamiento forzado de los pueblos indígenas, y atender a la población indígena desplazada con el enfoque diferencial que para ello se requiere⁷⁰.

E indica, concretamente, las medidas a adoptar:

69 Ídem.

70 Ídem.

Primero, que diseñen e implementen, dentro de sus respectivas órbitas de competencia, un Programa de Garantía de los Derechos de los Pueblos **Indígenas Afectados Por el Desplazamiento**, con el nombre que los responsables gubernamentales estimen aconsejable ponerle. Este programa deberá ser adoptado, junto con un cronograma para su implementación y seguimiento, dentro del término de seis (6) meses, y deberá contener componentes de prevención y atención así como respetar los criterios de racionalidad constitucional en las políticas públicas mencionadas en el presente auto y en otros donde se ha ordenado incluir un enfoque diferencial, en este caso en cumplimiento del principio de diversidad etnocultural. En el diseño de este programa se aplicarán los parámetros constitucionales de participación de las organizaciones que abogan por los derechos de los pueblos indígenas, así como de líderes de los pueblos indígenas más afectados por el desplazamiento. Los responsables de diseñar e implementar esta orden serán los mismos de la orden atinente a los planes de salvaguarda que se enuncia a continuación.

Segundo, que **formulen e inicien la implementación de planes de salvaguarda étnica ante el conflicto armado y el desplazamiento forzado** para cada uno de los pueblos identificados en la presente providencia.

Estos planes de salvaguarda étnica deben responder, tanto en el ámbito de la prevención del desplazamiento forzado como de la atención a sus víctimas, a la crítica situación descrita para cada uno de estos pueblos [...]⁷¹.

En esta situación, nuevamente, la Corte dispone medidas que tienen un alcance general respecto de todas las comunidades indígenas afectadas por el conflicto armado colombiano y tiene un aspecto novedoso: la alusión al necesario “enfoque diferencial”

71 Ídem.

que deben tener los programas que se adopten, el cual ha sido utilizado para abordar la situación de grupos afectados por el desplazamiento forzado. El denominado enfoque diferencial⁷² responde a la lógica que he descrito respecto a hacerse cargo de la realidad a través de una noción sustantiva del principio de igualdad y no discriminación y que permite reinterpretar los derechos y obligaciones a la luz del titular de derechos. En Colombia, este enfoque ha sido adoptado para atender la situación de las víctimas del conflicto armado y, en el caso de los pueblos indígenas, en seguimiento a las órdenes emitidas por la Corte Constitucional, se concretó en el D.L N° 1633 de 2011 que dicta medidas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos indígenas y comunidades indígenas.

Como es posible observar en ambas situaciones –privados de libertad e indígenas–, la Corte Constitucional adopta medidas que buscan efectivizar los derechos humanos de aquellos grupos que viven situaciones de violaciones de derechos humanos de carácter estructural. En ambos casos, el elemento clave es que se ordenan medidas que buscan activar la estructura estatal a fin de que las autoridades, en el ámbito de sus funciones y competencias, adopten medidas adecuadas para la protección de los derechos que se encuentran amenazados y violentados por la situación de vulnerabilidad de las víctimas.

72 El enfoque diferencial se encuentra recogido como principio en el artículo 13 de la ley de víctimas: “El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad Por tal razón, las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación integral que se establecen en la presente ley, contarán con dicho enfoque”.

2.3 Argentina

En el caso de Argentina, la constitucionalización de los tratados de derechos humanos a partir de la reforma constitucional de 1994, ha facilitado la labor de los tribunales de justicia para la protección de los derechos fundamentales de grupos históricamente excluidos o discriminados, ampliándose los derechos implícitos y explícitos. Bazán destaca que este proceso ha implicado “la necesidad de asegurar el (remozado) principio de igualdad mediante acciones positivas y la inexcusable implicación de todas las autoridades públicas en tales menesteres, en un escenario donde es imposible perder de vista el caudal axiológico que suministra el imperativo preambular de ‘afianzar la justicia’”⁷³.

De manera similar que el caso colombiano, la situación de las personas privadas de libertad es la que motivó a la Corte Suprema Argentina a dictar uno de los primeros fallos denominados “estructurales” en la jurisprudencia Argentina. En el Caso Verbitsky⁷⁴ fue la primera vez que la Corte admitió un *hábeas corpus* correctivo colectivo en protección de los derechos fundamentales de personas privadas de su libertad, para intentar garantizarles un encierro en condiciones mínimas aceptables⁷⁵.

En este caso, se dedujo una acción de *hábeas corpus* a favor de todas las personas privadas de su libertad en la Provincia de Buenos Aires, detenidas en establecimientos penitenciarios

73 Bazán, Víctor. “Justicia constitucional y protección de los derechos fundamentales en Argentina”. En: Nash, Claudio y Bazán, Víctor (Eds.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile y Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 18.

74 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Acción de *hábeas corpus* V.856 XXXVIII, 3 de mayo de 2005. (“Caso Verbitsky”).

75 Bazán, Víctor. *Justicia constitucional y protección de los derechos fundamentales*, op.cit., p. 21.

sobrepoblados. La acción fue desestimada por la Cámara de Casación Penal, por considerar que no era el órgano competente para intervenir en los hechos denunciados, ya que no podía tomar una determinación que englobase situaciones plurales. Tras un largo recorrido por diversas instancias procesales, el caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Para acoger la petición, en primer lugar la Corte se refiere a las posibilidades de conocer amparos colectivos e indica:

Que pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el *hábeas corpus* como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla.

Que debido a la condición de los sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del *nomen juris* específico de la acción intentada, conforme lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad⁷⁶.

Luego, analiza la situación en las que se encuentran las personas privadas de libertad a la luz de las probanzas rendidas en el caso:

76 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Acción de *hábeas corpus* V.856 XXXVIII, 3 de mayo de 2005. (“Caso Verbitsky”), considerando 16.

Que sin embargo, existen hechos no controvertidos en las actuaciones que surgieron en el marco del trámite de las audiencias públicas, y que esta Corte no puede dejar de considerar, pues corresponden a una situación genérica, colectiva y estructural y, además, quedan fuera de las cuestiones probatorias, pues, como se ha destacado, fueron admitidos por el gobierno provincial con encomiable sinceridad.

Que no se ha puesto en discusión la superpoblación de detenidos, tanto en las instalaciones del servicio penitenciario, como en las dependencias policiales provinciales. Esta superpoblación, en los niveles alcanzados y admitidos, de por sí acreditan que el Estado provincial incumple con las condiciones mínimas de trato reconocidas a las personas privadas de su libertad⁷⁷.

La Corte reconoce la existencia de una situación “colectiva y estructural” que afecta los derechos de las personas privadas de libertad y en atención a esta situación es que justifica la adopción de medidas concretas. En específico, destaca la disposición de medidas que requieren un actuar coordinado de diversos actores estatales:

- Declarar que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención.
- Disponer que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisaría de la provincia de menores y enfermos.
- Instruir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la

⁷⁷ *Ibidem*, considerandos 23 y 24.

provincia para que, en sus respectivas competencias y por disposición de esta Corte Suprema, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal.

- Ordenar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado, en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención [...].
- Disponer que cada sesenta días el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informe a esta Corte las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia.
- Exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales.
- Encomendar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires para que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una mesa de diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amicus curie*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, debiendo informar a esta Corte cada sesenta días de los avances logrados⁷⁸.

Resulta relevante que la Corte realice un análisis completo de las obligaciones internacionales en la materia, recurriendo a diversos instrumentos internacionales y a la propia jurisprudencia

⁷⁸ *Ibidem*, puntos resolutive de la sentencia.

interamericana. Así, por ejemplo, utiliza las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷⁹ y se refiere, entre otros, al fallo Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay⁸⁰.

Otro aspecto interesante de la sentencia, es que la Corte Suprema fija un límite claro respecto a sus competencias: no puede imponer “estrategias específicas”, pero sí puede llamar la atención sobre las necesidades omitidas en la política:

Que reconoce la actora que la actuación judicial tiene sus límites y que en materias tales como la presente no puede imponer estrategias específicas, sino sólo exigir que se tengan en cuenta las necesidades ignoradas en el diseño de la política llevada a cabo. En consonancia, acepta que no se trata de que la Corte Suprema defina de qué modo debe subsanarse el problema pues ésta es una competencia de la Administración, en tanto una Corte Constitucional fija pautas y establece estándares jurídicos a partir de los cuales se elabora la política en cuestión⁸¹.

En este sentido, aclara cuál es la relación de las Cortes con la política en el análisis de casos como los que se le presentan:

Que a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicialable, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias.

79 *Ibidem*, considerando 39.

80 *Ibidem*, considerando 43.

81 *Ibidem*, considerando 26.

Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad.

No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución, y, en el presente caso, se trata nada menos que del derecho a la vida y a la integridad física de las personas⁸².

En este sentido, la Corte es clara al señalar que lo que hace es juzgar el actuar de la autoridad bajo un parámetro jurídico, es decir, determinar si una situación de alcance colectivo viola un estándar o parámetro exigido por el ordenamiento jurídico; pero no analizar la pertinencia o bondades de una política⁸³.

82 *Ibidem*, considerando 27.

83 Courtis, Christian. *El caso Verbitsky ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actuación de los poderes públicos?* Buenos Aires, CELS, Siglo XXI Editores, 2005.

Las medidas decretadas por la Corte han sido caracterizadas dentro del modelo de “remedios experimentales”, pues supone un modelo flexible de control de las medidas, donde las partes interesadas llevan adelante un proceso participativo para la consumación de los remedios⁸⁴. Los remedios experimentales se caracterizan porque su implementación exige el trabajo conjunto de diversos actores. En el Caso Verbitsky destaca la creación de mesas de diálogo con diversos actores estatales y de la sociedad civil para analizar la legislación y políticas públicas en la materia y la modificación de la legislación procesal penal⁸⁵. Pese a que este modelo ha sido efectivo y valorado positivamente por la sociedad civil, pues implica una participación amplia de ésta en el control de las medidas, uno de los principales obstáculos se ha evidenciado en la falta de información con que cuentan las entidades públicas y el Poder Judicial para analizar su estado de cumplimiento⁸⁶. En este sentido, uno de los principales desafíos para el seguimiento y cumplimiento del fallo Verbitsky ha sido la generación de mecanismos de transparencia en la información y rendición de cuentas⁸⁷.

El enfoque utilizado en Verbitsky ha sido aplicado en otros casos respecto de diversas temáticas⁸⁸. En el tema carcelario, sin

84 Saba, Roberto. “Presentación en audiencia pública sobre cárceles bonaerenses”, 2007. Disponible [en línea] <http://new.pensamientopenal.com.ar/16112007/bsas01.pdf> [consulta: 3 de febrero de 2015], p. 6. Sobre el concepto de remedios experimentales, véase: Sabel, C. y Simon, W. “Destabilization rights: how public law litigation succeeds”. *Harvard Law Review*, N°117, 2004, pp. 1068-1072.

85 Filippini, Leonardo. “La ejecución del fallo Verbitsky. Una propuesta metodológica para su evaluación”. En: Pitlevnik, L. (Ed.) *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, Hammurabi, 2007, pp. 148-175.

86 Saba, Roberto. “Presentación en audiencia pública”, *op.cit.*

87 Ídem.

88 Un estudio completo sobre las sentencias estructurales en Argentina, específicamente sobre derechos económicos, sociales y culturales, en: Bergallo,

embargo, no ha vuelto a ser objeto de un análisis tan profundo y complejo como el que se realizó en este fallo.

2.4 Costa Rica

La Sala Constitucional de Costa Rica es un buen ejemplo de un órgano jurisdiccional que ha asumido un compromiso profundo con la protección de los derechos humanos. El alto impacto social de su actuación se debe precisamente, a la capacidad que ha demostrado la Sala Constitucional de dar una respuesta efectiva frente a las violaciones de derechos humanos que sufre la población. De ahí que sea relevante reseñar cuál ha sido la respuesta de la Sala en materia de violaciones estructurales, particularmente, en casos de privados de libertad y pueblos indígenas.

a. Personas privadas de libertad

En materia de privación de libertad, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, a través del conocimiento de acciones de *hábeas corpus*, se ha referido a las condiciones de hacinamiento y los malos tratos sufridos por las personas privadas de libertad en recintos penitenciarios.

La acción de *hábeas corpus* ha permitido a la Sala Constitucional dictar medidas que tienen por objeto hacer cesar la violación a la integridad física de una persona privada de libertad que sufre malos tratos⁸⁹, pero también disponer medidas que tienen por objeto prevenir que dichas acciones se reiteren en el futuro. En un caso en que había sido utilizado el gas mostaza contra un interno, la Sala destacó que la utilización de la fuerza

Paola. “Justicia y experimentalismo”, *op.cit.*

89 Véase también: Sala Constitucional Corte Suprema de Costa Rica. Sentencia No. 2013-11401, 27 de agosto de 2013; Sentencia No. 2012-007085, 25 de mayo de 2012; y Sentencia No. 2012-00778, 24 de enero de 2012.

en los recintos penales debe ser acorde a la dignidad humana:

[...] El personal de seguridad penitenciario debe enfrentar la difícil tarea de garantizar el orden institucional con personas que, a menudo demuestran conductas agresivas y severos problemas convivenciales, en un medio que es esencialmente violento: el encierro de los seres humanos. No obstante, en cualquier circunstancia, las prácticas de contención no pueden sobrepasar el límite de lo permitido, desde el punto de vista de la dignidad humana. Si para reducir de manera racional a la impotencia a un privado de libertad se aplican gases mostaza u otros tóxicos como el gas CN, resulta obligatorio declarar que tales técnicas son contrarias a la dignidad e integridad personales y, como tales, prohibidas por la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁹⁰.

La Sala concluyó –aplicando la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura– que la utilización del gas mostaza en este caso había constituido una forma de tortura. Con el objeto de evitar la repetición de estas conductas, dispuso la capacitación del personal penitenciario:

Se declara con lugar el recurso, por vulneración de la dignidad humana y los derechos fundamentales del amparado a la salud y no ser objeto de tratamientos crueles y degradantes; cualquier utilización del gas mostaza (mostaza azufrada) contra una persona y, en particular, su uso para reducir a impotencia a un privado de libertad es violatorio del Derecho de la Constitución y los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos; el uso del gas CN es igualmente violatorio de los derechos y libertades fundamentales. En consecuencia, se ordena al DIRECTOR GENERAL DEL C.A.I. LA REFORMA, Rodolfo Ledezma Ramírez, y al DIRECTOR DEL

90 Sala Constitucional Corte Suprema de Costa Rica. Sentencia No. 3684-06, 22 de marzo de 2006, considerando 4.

AMBITO DE MÁXIMA SEGURIDAD DE ESE CENTRO, Carlos Benavides Barrantes, o a quienes ejerzan sus cargos, que dispongan lo pertinente a fin de que en ningún caso sean utilizados los gases mostaza y CN y cualquier otro que tenga iguales o similares efectos sobre las personas, en ese centro penitenciario; además, deberán brindar **educación al personal de seguridad del centro penitenciario en cuanto al uso de los dispositivos de gases irritantes permitidos**. Todo lo anterior, bajo el apercibimiento de que el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone que se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo o de hábeas corpus, y no la cumpliera o no la hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios ocasionados por los hechos que han dado lugar a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo.- Testimóniense piezas al Ministerio Público para lo de su cargo [...] ⁹¹.

Debemos recordar que la capacitación a funcionarios públicos, como garantía de no repetición, es una de las formas de reparación que reiteradamente ha dictado la Corte IDH en casos similares ⁹².

Llama la atención, asimismo, la advertencia que realiza la Sala Constitucional respecto a las consecuencias personales que puede tener para los funcionarios públicos el incumplimiento de las medidas decretadas por la Sala. Esta es una perspectiva que debe explorarse en los casos en que existan sanciones penales al incumplimiento de obligaciones impuestas judicialmente.

91 *Ibidem*, considerando resolutivo. El destacado es original.

92 Véase, por ejemplo: Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros, párr. 173 y Caso Fleury, párr. 129.

Respecto a la situación de hacinamiento en las cárceles costarricenses, la Sala Constitucional se ha manifestado en diversas ocasiones ordenando a las autoridades a tomar medidas para eliminar el hacinamiento crítico⁹³, destacando que la falta de recursos económicos no constituye una excusa para no garantizar los derechos de las personas privadas de libertad:

Es importante aclarar a las autoridades recurridas que la falta de recursos económicos no justifica la existencia de una situación como la descrita, en donde la lesión de los derechos fundamentales de los privados de libertad se ha vuelto permanente. Sin lugar a dudas, las autoridades penitenciarias debieron prever un crecimiento, tanto de la población en general como de la criminalidad, de tal forma que tomaran, con tiempo, las medidas para evitar la problemática tantas veces reiterada. Así las cosas, lo procedente es ordenar que de inmediato se adopten las medidas pertinentes para eliminar el hacinamiento crítico en el Ámbito de Convivencia D del Centro de Atención Institucional La Reforma, hasta llegar a su capacidad real⁹⁴.

Sin embargo, pese a los reiterados pronunciamientos de la Sala Constitucional en la materia, los amparos sobre hacinamiento carcelario siguen siendo objeto de constante revisión por parte de la Sala. En ese sentido, en la sentencia reseñada, el Ministro Armijo sostuvo que –en atención a los precedentes existentes en la materia– era necesario además ordenar al Ministro de Hacienda “no efectuar recortes en el presupuesto de la Dirección General de Adaptación Social, hasta que se solucionen los graves

93 Sala Constitucional Corte Suprema de Costa Rica. Sentencia No. 011464-2011, 26 de agosto de 2011; Sentencia No. 2011-008906, 5 de julio del 2011; Sentencia No. 2011-017237, 16 de diciembre del 2011 y; Sentencia No. 2012-01075, 27 de enero de 2012.

94 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. Sentencia No. 2012-12715, 12 de septiembre de 2012, párr.6.

problemas del sistema penitenciario que implican violaciones a los derechos humanos de los privados de libertad”⁹⁵. Sobre la materia, Armijo indica que pese a los esfuerzos de la Sala Constitucional el sistema penitenciario se encuentra colapsado y que las órdenes dadas a la Dirección General de Adaptación Social no se han llevado a cabo en atención a la falta de contenido presupuestario y demás limitaciones impuestas por el Ministerio de Hacienda⁹⁶.

Esta situación plantea la interrogante respecto a la efectividad de las medidas dictadas en estos contextos. Si las medidas no se pueden ejecutar por el órgano directamente aludido por la sentencia en atención a las limitaciones económicas o de ejecución que se imponen desde la administración central, las medidas dispuestas se tornan ineficaces. Por ello Armijo justifica la adopción de medidas más fuertes, como la obligación de no efectuar recortes presupuestarios.

En el caso de la Sala Constitucional de Costa Rica, las medidas estructurales no solo se han extendido a la situación del hacinamiento carcelario, sino también a otros aspectos, como derechos políticos⁹⁷ y derechos de las personas LGTBI⁹⁸.

95 *Ibidem*, voto salvado Ministro Sr. Gilbert Armijo.

96 Armijo, Gilbert. “Comentario de jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica en cuanto a los derechos de las personas privadas de libertad”. En: Bazán, Víctor y Nash, Claudio. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung y Universidad del Rosario [en prensa].

97 Sala Constitucional Corte Suprema de Costa Rica. Sentencia No. 1717-94, 8 de abril de 1994.

98 Sala Constitucional Corte Suprema de Costa Rica. Sentencia No. 2011-13800, 12 de octubre de 2013.

b. Pueblos indígenas

Las materias resueltas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica son diversas⁹⁹. Siguiendo la tendencia de otros tribunales de la región, destaca la jurisprudencia en materia de tierras, territorio y consulta previa. Sobre el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, la Sala ha indicado:

En ese sentido, la Constitución Política, si bien no contiene un estatuto específico respecto de los derechos de las comunidades autóctonas, de su sistema (en especial de las normas contenidas en los artículos 28, 33, 50 y 74) es posible colegir un principio de reconocimiento de tales prerrogativas, basado en la idea de respeto y protección estatales, como deberes ante las comunidades indígenas, velando por la preservación de su cultura y al mismo tiempo el acceso de sus integrantes a los frutos que el desarrollo nacional produce. Lo anterior es reafirmado por el numeral 76 constitucional, que expresamente plantea imponer al Estado el deber de mantenimiento y cultivo de las lenguas indígenas. Así puede la Sala partir como premisa del reconocimiento constitucional hecho a favor de la identidad cultural y protección de los pueblos indígenas que habitan el país. El Derecho Internacional, por su parte, ha sido profuso en el reconocimiento de derechos de estas comunidades, destacando en ese sentido lo establecido en los siguientes instrumentos: Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 1, 2.1, 7, 17.1 y 27), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (27), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1.1 y 2), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (2, 13 y 23), Convención Americana sobre Derechos Humanos (24 y 26). En forma concreta, ha

99 “Un estudio sobre la jurisprudencia de la Sala Constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas”, en: IIDH. Costa Rica. *Resoluciones sobre pueblos indígenas 2000-2006*. San José, IIDH.

sido la Organización Internacional del Trabajo la que ha generado la regulación más específica respecto de los derechos de los pueblos indígenas [...]¹⁰⁰.

Conforme a este bloque constitucional que reconoce los derechos de los pueblos indígenas y que incluye los instrumentos internacionales, la Sala ha reconocido ciertos derechos específicos a las comunidades indígenas:

Entre los derechos que se ha reconocido a las comunidades indígenas está el de que, a fin de que defiendan el entorno natural de sus tierras, se les consulte en los procedimientos relativos a ellas o que de alguna forma puedan afectar su derecho a desenvolverse con garantía de su calidad de vida, pues de lo contrario se quebranta el debido proceso respecto de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas interesados (artículo 13 del citado Tratado y 50 de la Constitución Política) [...] En ese orden de ideas, cualquier aprovechamiento de recursos naturales en Reservas Indígenas debe contar con el consentimiento de los pueblos indígenas, y debe informárseles sobre cualquier solicitud de aprovechamiento, aún cuando se trate de recursos naturales en propiedad privada [...]¹⁰¹.

Este reconocimiento ha implicado que en algunos casos la Sala Constitucional le haya ordenado al Estado demarcar tierras indígenas y, en otros, iniciar procesos de consulta previa conforme a los estándares fijados por el Convenio 169 de la OIT. Sobre la demarcación de la tierra indígena, en el Caso de la comunidad Boruca-Térraba, la Sala destaca la omisión en que había incurrido el Estado y ordena a este a tomar las medidas correspondientes para garantizar el derecho a la propiedad comunal indígena:

100 Sala Constitucional Corte Suprema de Costa Rica. Sentencia No. 2004-09931, 3 de septiembre de 2004.

101 Ídem.

No cabe duda, por ende, que el Estado costarricense ha reconocido en forma amplia los derechos que corresponden a los grupos indígenas que habitan el país. Lo mismo se puede decir respecto del específico derecho de propiedad comunal que corresponde a tales comunidades en razón de su pertenencia tradicional. Los grupos de personas pertenecientes a las comunidades autóctonas tienen el derecho de vivir en las tierras donde históricamente han estado asentados, y el Estado debe garantizar plenamente el disfrute de este derecho fundamental. Para ello, la legislación nacional dispuso el traspaso registral de tales tierras a las respectivas comunidades indígenas (Ley número 6172, artículo 9°, antes transcrito), imponiéndose al Instituto de Desarrollo Agrario el deber de proceder a efectuar todos los trámites necesarios a fin de garantizar la efectiva verificación de dicho traspaso [...].

Así las cosas, estima la Sala que la actuación del Instituto de Desarrollo Agrario ha sido omisa, pues en vez de actuar de conformidad con el orden de fuentes disciplinado en el artículo 6° de la Ley General de la Administración Pública y ordenar el levantamiento de campo de los planos respectivos, simplemente asumió una posición pasiva ante el rechazo de los primeros planos realizado por el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos. Es por lo anterior que este tribunal entiende que la actuación del Instituto recurrido ha lesionado los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en cuestión, razón por la cual el presente recurso de amparo deberá ser declarado con lugar, ordenando al Instituto de Desarrollo Agrario iniciar de inmediato los trámites necesarios para **realizar los levantamientos topográficos necesarios para traspasar (registralmente) a las comunidades indígenas correspondientes, los terrenos pertenecientes a la reserva Boruca-Térraba**. Dichos planos deberán estar concluidos a más tardar seis meses después de la notificación de esta sentencia¹⁰².

102 Sala Constitucional de Costa Rica. Sentencia No. 2002-03468, 16 de abril de 2002. El destacado es nuestro.

En el mismo sentido que la jurisprudencia interamericana en el Caso Awas Tingni¹⁰³, la Sala reconoce en este caso la necesidad de demarcación de las tierras indígenas, con el objeto de que las comunidades puedan usar y gozar sus bienes; fija la violación de derechos en la omisión por parte de las autoridades encargadas de este proceso, y dispone medidas para efectivizar esta obligación de actuación.

Pese a estos avances, llama la atención la falta de argumentación de la Sala Constitucional respecto a la disposición de otro tipo de medidas que puedan facilitar la inscripción y demarcación de tierras, considerando que la falta de garantía del territorio indígena es una cuestión generalizada en Costa Rica.

Un aspecto novedoso en la jurisprudencia costarricense, son las resoluciones que se refieren a los derechos económicos sociales y culturales de las comunidades indígenas. Recientemente la Sala Constitucional, a través de una acción de amparo, ordenó a la autoridad construir un acueducto, para garantizar el derecho al agua a una comunidad indígena. La Sala se refiere a las obligaciones estatales en la materia y a las necesidades especiales de la comunidad indígena en atención a su carácter de grupo vulnerable:

Uno de los servicios públicos de mayor relevancia, es el del suministro de agua potable, pues la relación que el mismo tiene con la protección del derecho a la salud y a la vida de las personas, es incuestionable. De este modo, existe una obligación por parte del Estado de garantizar la pureza del líquido para consumo humano, así como la continuidad en el suministro de éste, como elementos esenciales de la prestación del servicio público, todo ello con el fin de proteger la integridad de los usuarios.

[...] se tiene que en el sitio no existe una red de suministro

103 Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, párr. 153.

de agua potable, ya sea por medio de tanques cisternas o fuente pública, y mucho menos se ha construido un acueducto que permita tal abastecimiento del líquido fundamental para la vida. Lo anterior, constituye, sin lugar, a dudas una lesión a los derechos de los habitantes de las zonas mencionadas, toda vez que se encuentra de por medio el disfrute de un elemento fundamental para garantizar la salud de las personas, como es el agua potable, más si se toma en cuenta que se está ante un grupo vulnerable, como son las poblaciones indígenas, a quienes generalmente les es más dificultoso poder enfrentar este tipo de situaciones. Por ello, estima esta Sala que la Institución recurrida debe de tener claro que como se indicó supra, el agua es un bien esencial para el mantenimiento de la salud y la vida, razón por la cual no resulta legítimo desatender este servicio público que resulta imperioso para el consumo humano, al extremo que las poblaciones indígenas que interesa ni siquiera lo reciben. En virtud de lo expuesto, no cabe otra cosa que proceder a estimar el presente recurso, como en efecto se dispone¹⁰⁴.

En atención a lo señalado, la Sala ordena:

Se declara con lugar el recurso. Se ordena a Yesenia Calderón Solano y a Eduardo Lezama Fernández, en su condición de Presidenta Ejecutiva y Subgerente General del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, o a quienes ejerzan esos cargos, girar de inmediato las órdenes que estén dentro del ámbito de sus competencias para que en el plazo de siete días, contado a partir de la notificación de esta sentencia, se le suministre a las comunidades de San Vicente, Sibuju y San Miguel, ubicadas en el territorio indígena Cabécar de Talamanca, el servicio de agua potable, ya sea por medio de camiones cisternas, fuente pública o cualquier otro sistema. Lo anterior bajo apercibimiento que, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de la

104 Sala Constitucional Corte Suprema de Costa Rica. Sentencia No. 2014-06065, 9 de mayo de 2014, considerandos 3 y 4.

Ley de la Jurisdicción Constitucional, se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo, y no la cumpliera o hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Notifíquese, en forma personal, a Yesenia Calderón Solano y a Eduardo Lezama Fernández, en su condición de Presidenta Ejecutiva y Subgerente General del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, o a quienes ejerzan esos cargos¹⁰⁵.

En este caso la medida restituye los derechos afectados a través de la disposición de una medida urgente, pero respecto de una comunidad aledaña, la Sala va más allá y ordena remedios que tienen efectos futuros, como la construcción de un pozo que suministre de manera permanente agua potable:

Se declara con lugar el recurso. Se ordena a Yesenia Calderón Solano, en su condición de Presidenta Ejecutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, o a quien ejerza el cargo, girar de inmediato las órdenes que estén dentro del ámbito de sus competencias para que: a) se ejecuten, en el plazo máximo de seis meses, contado a partir de la comunicación de esta sentencia, las acciones pertinentes a fin de se concluyan los estudios técnicos que determinen la ubicación del sitio más idóneo para llevar a cabo la construcción del pozo que permita suministrar agua potable a la comunidad de Gavilán, poblado ubicado dentro del territorio indígena Cabécar de Taynín en el Valle de la Estrella y b) que en el plazo de siete días, contado a partir de la notificación de esta sentencia, se le proporcione al poblado referido el

105 *Ibidem*, punto resolutive.

suministro de agua potable, ya sea por medio de camiones cisternas, fuente pública o cualquier otro sistema [...] ¹⁰⁶.

Esta resolución da cuenta de las posibilidades que tiene la magistratura constitucional de garantizar efectivamente los derechos a la vida e integridad física a través de la disposición de dos tipos de medidas: una de carácter urgente para remediar la situación concreta y una de carácter más amplio, que otorga una solución permanente y futura para toda la comunidad.

2.5 México

La reforma constitucional en materia de derechos humanos y la nueva ley de amparo en México han dado una fuerza dinamizadora a la jurisprudencia en materia de derechos humanos y de protección de grupos en situación de discriminación. La inclusión de la jurisprudencia de la Corte IDH como vinculante para los jueces y juezas, y la adopción del principio pro persona a nivel constitucional han favorecido interpretaciones más protectoras de los derechos fundamentales¹⁰⁷. Veremos a continuación cómo esta tendencia se ha concretizado en el caso de los derechos de los pueblos indígenas.

En esta materia, destacan las resoluciones de la SCJN materia de acceso a la justicia. Uno los aspectos que ha sido particularmente destacado por la Corte IDH en varias de sus sentencias condenatorias respecto de México, es la falta de garantía del acceso a la justicia de los pueblos indígenas¹⁰⁸.

¹⁰⁶ *Ibidem*, punto resolutivo.

¹⁰⁷ Sobre la materia, véanse: *Boletines de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación* N° 1 y N°2, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2014.

¹⁰⁸ Véase por ejemplo, lo que señaló la Corte IDH en el caso Rosendo Cantú: “La Corte consideró probado que la señora Rosendo Cantú no contó con un intérprete provisto por el Estado cuando requirió atención médica, ni cuando

En la tesis de jurisprudencia 60/2013¹⁰⁹ la SCJN se hace cargo de esta problemática e indicó las medidas especiales que debe tomar el Estado para garantizar el acceso a la justicia de las personas indígenas, considerando sus particularidades culturales:

PERSONAS INDÍGENAS. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE SER ASISTIDOS POR INTÉRPRETES Y DEFENSORES QUE TENGAN CONOCIMIENTO DE SU LENGUA Y CULTURA.

Cuando personas indígenas están vinculadas en un proceso del orden penal, el estándar para analizar si existió acceso pleno a la jurisdicción del Estado no es igual al que aplica en cualquier proceso judicial, pues sus especificidades culturales obligan a todas las autoridades a implementar y conducir procesos sensibles a tales particularidades. En ese sentido, el artículo 2o., apartado A, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagra a favor de aquéllas

presentó su denuncia inicial, ni tampoco recibió en su idioma información sobre las actuaciones derivadas de su denuncia. Para poder poner en conocimiento de las autoridades el delito que la había afectado y acceder a información debió recurrir a su esposo que hablaba español. Por otra parte, en ocasiones posteriores que convocó a la víctima, el Estado dispuso la presencia de un intérprete y además informó que se encontraba implementando un programa de formación de intérpretes indígenas en Guerrero. La Corte valora positivamente ambas medidas adoptadas por México. Sin embargo, la imposibilidad de denunciar y recibir información en su idioma en los momentos iniciales implicó, en el presente caso, un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad de la señora Rosendo Cantú, basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia. Con base en lo anterior, la Corte considera que el Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación el artículo 1.1 del mismo instrumento”. Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra, párr. 185.

109 Derivada de: amparo directo 50/2012 de 28 de noviembre de 2012; amparo directo 47/2011 de 28 de noviembre de 2012; amparo en revisión 450/2012 de 28 de noviembre de 2012, amparo directo 59/2011 de 28 de noviembre de 2012 y amparo directo 54/2011 de 30 de enero de 2013.

el derecho a que en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se tomen en cuenta sus costumbres y especificidades culturales. Además, establece que: "... tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura", lo cual constituye un mecanismo óptimo para una defensa adecuada y, por tanto, el pleno acceso a la justicia en favor de este sector históricamente vulnerable, así como la mejor manera de reducir la distancia cultural que de facto opera entre una persona indígena y las reglas de un sistema judicial inspirado en códigos que no comparten determinadas minorías culturales. Ahora bien, la citada porción normativa que prevé el derecho fundamental a que la persona indígena sea asistida por 'intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura', no debe interpretarse en su sentido literal copulativo, ya que el derecho a la defensa adecuada en favor de aquélla no implica que ambas figuras – defensor e intérprete– necesariamente deban conocer la lengua y cultura de la persona a quien representan, pues el único obligado a ello directamente es el intérprete; circunstancia con la cual se logra erradicar el problema lingüístico que padecen estas personas sujetas a proceso penal, atendiendo a que cuentan con el derecho a expresarse en su lengua materna y no en la obligación de hablar otra que les es ajena. Por lo que toca a la figura del defensor –de oficio o privado–, éste no necesariamente deberá contar con conocimiento de la lengua y cultura del indígena, al no ser indispensable tal cualidad en su persona, dado que el inculpado podrá ser escuchado y se hará sabedor de sus derechos a través del intérprete; máxime cuando la designación de defensor efectuada por la persona indígena, en términos del artículo 20, inciso a), fracción IX, constitucional, implica un derecho fundamental.

En la misma línea que la Corte IDH, la SCJN fundamenta la adopción de medidas especiales, considerando los factores de desigualdad que afectan a las comunidades indígenas:

[...] es indispensable la adopción o implementación de medidas especiales que permitan a las colectividades indígenas, en condiciones de igualdad real con respecto de los demás, la tutela judicial completa y efectiva de sus intereses, para lo cual se torna necesario eliminar los obstáculos fácticos que imposibiliten o inhiban en cualquier forma el acceso a los tribunales de justicia y el dictado de resoluciones prontas, completas e imparciales.

Por tanto, los órganos del Estado deben proveer las medidas de corrección o compensación necesarias para asegurar a los sujetos indígenas, que sufren desigualdades de hecho, su acceso a los derechos fundamentales¹¹⁰.

En el amparo 450/2012, del que deriva la tesis de jurisprudencia precedente, la SCJN indicó que la interpretación que otorga la Corte respecto a la adopción de medidas especiales para el acceso a la justicia, implica profundas transformaciones al sistema de justicia, señalando detalladamente todos los cambios que se deben impulsar:

Ahora bien, esta Primera Sala entiende que el presente pronunciamiento debe tener el efecto de cambiar muchas de las prácticas procesales que aún se mantienen vigentes. Implica, además, el diseño y fortalecimiento de instituciones de defensoría pública que instruyan en el conocimiento de lenguas y cultura indígenas [...] se deberán generar los convenios

110 Primera Sala SCJN. Amparo en revisión 450/2012 de 28 de noviembre de 2012.

interinstitucionales, sobre muchos temas, como pueden ser el aprovechamiento de tecnologías, la capacitación del personal, la logística de traslados de defensores e intérpretes, la certificación de los mismos, etc. Así como de generar las políticas públicas que sean necesarias para tal efecto.

Este cambio, estructural sin duda, es sólo una consecuencia obligada a partir de lo dispuesto en el artículo 2º, apartado A, fracción VIII, de la Constitución. A juicio de esta Sala, es necesario que los tres órdenes de gobierno incurran, dentro del ámbito de sus competencias, en el costo que implica crear y fortalecer esas instituciones; no existe otro camino constitucionalmente admisible si lo que se quiere es procesar, con las debidas formalidades, a las personas indígenas acusadas de cometer un delito.

Es necesario que en cooperación con las instancias competentes, se instrumenten mecanismos para eliminar prácticas de discriminación, sensibilizar y profesionalizar a los operadores del sistema judicial en particular, defensores de oficio, peritos culturales, intérpretes y traductores en materia de derechos indígenas, evitar la subutilización de los instrumentos jurídicos internacionales y nacionales en materia indígena en las estrategias de defensa, y aprovechar al máximo los recursos tecnológicos entre otras medidas, con el objetivo de que el reconocimiento jurídico de los derechos procesales de los indígenas, señalados en el artículo 2º Constitucional y en el Convenio 169, tenga una correspondencia con el desarrollo de procedimientos jurisdiccionales justos, equitativos, apegados a derecho y que reflejen la diversidad cultural y jurídica de nuestro país.

Así mismo, el Instituto de la Judicatura Federal, en el ámbito de sus atribuciones de investigación y colaboración institucional, deberá impulsar la investigación y el conocimiento de los sistemas

normativos indígenas, a efecto de que el Poder Judicial pueda identificar y proponer a los poderes legislativos federal y estatales mecanismos y modelos viables para articular los ámbitos competenciales que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos otorga a los pueblos y comunidades indígenas con el sistema de impartición de justicia¹¹¹.

Si bien la SCJN realiza esta argumentación en la parte considerativa de la sentencia¹¹², señala expresamente que su pronunciamiento y las tesis que derivan con posterioridad, deberán tener el efecto de producir las transformaciones reseñadas. La SCJN entiende que la efectividad del planteamiento de acceso a la justicia requiere necesariamente de la coordinación de diversos actores del Estado y de políticas que tengan por objeto realizar cambios estructurales al sistema de justicia. El tribunal argumenta la necesidad de las transformaciones en las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado y que suponen reconocer las particularidades de quienes son llevados a la justicia.

Una de las manifestaciones concretas de este enfoque transformador, es el diseño de un “Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas”¹¹³, que tiene por objeto guiar a los operadores de justicia conforme a las obligaciones internacionales y constitucionales del Estado en la materia. La SCJN, al justificar el diseño del protocolo indica

111 dem.

112 En la parte resolutive deja sin efecto el proceso que había sido llevado a cabo sin las garantías de acceso a la justicia en condiciones de igualdad respecto de una persona indígena.

113 SCJN. Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personal, comunidades y pueblos indígenas. México D.F, 2014.

que el “reconocimiento de los derechos indígenas, coloca a las y los juzgadores ante la necesidad de que existan interpretaciones judiciales que rebasen la visión formalista y que permitan que el sistema jurídico vigente responda desde un lenguaje de derechos, a viejos problemas de falta de acceso de las y los indígenas a la justicia que imparte el Estado”¹¹⁴.

La sentencia de la SCJN aumenta su potencial transformador cuando su argumentación se transforma en tesis de jurisprudencia, como en el presente caso.

2.6 Conclusiones sobre experiencias comparadas de tutela judicial

Del análisis de la jurisprudencia reseñada en materia de tutela de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y pueblos indígenas, encontramos diversos aspectos que son comunes en la aproximación de la justicia constitucional.

En las características comunes de la jurisprudencia constitucional, destaca la incorporación transversal del DIDH en la argumentación jurídica. Los tribunales han dejado de considerar al DIDH como un elemento normativo más a aplicar, y ha pasado a ser en la mayoría de los casos, la base normativa más relevante para resolver los conflictos. Esta inclusión permite ampliar la base normativa, interpretar las normas nacionales conforme a las obligaciones internacionales del Estado y, en definitiva, hacer más efectiva la protección, evitando al Estado incurrir en responsabilidad internacional. Esta aproximación es relevante, sobre todo en aquellos países en que no existe regulación especial de protección para grupos vulnerables o discriminados, o aquella legislación es incompleta o deficiente.

114 *Ibidem*, p. 9.

Otro aspecto central en la argumentación de las cortes nacionales con jurisdicción constitucional estudiadas, es la consideración del contexto en que se producen las violaciones y las particularidades del titular del derecho. En el caso de las personas privadas de libertad, estas cortes destacan la especial relación de sujeción que tienen los reclusos respecto del Estado y, en el caso de las comunidades indígenas, se destaca constantemente la necesidad de adopción de medidas especiales en atención a sus particularidades culturales y que requieren una relectura a la forma tradicional de entender los derechos.

Finalmente, destaca la disposición de medidas –en el contexto de acciones de tutela de derechos fundamentales– que tienen por objeto hacer cesar la violación, pero también con un enfoque preventivo y transformador de la realidad. Los remedios estructurales comienzan a transformarse en una tendencia jurisprudencial en la región. La argumentación de las cortes, en este ámbito, justifica la adopción de este tipo de medidas en el contexto en que se producen las violaciones, en la eficacia preventiva que pueden tener estas medidas y en las obligaciones del Estado en la materia. Para la adopción de este tipo de remedios, se visualiza una noción sustantiva y no meramente formal del derecho a la igualdad, cuando –por ejemplo– la SCJN indica que “es indispensable la adopción o implementación de medidas especiales que permitan a las colectividades indígenas, en condiciones de igualdad real con respecto de los demás, la tutela judicial completa y efectiva de sus intereses, para lo cual se torna necesario eliminar los obstáculos fácticos que imposibiliten o inhiban en cualquier forma el acceso a los tribunales de justicia y el dictado de resoluciones prontas, completas e imparciales”¹¹⁵.

115 Primera Sala SCJN. Amparo en revisión 450/2012, 28 de noviembre de 2012.

3. Desafíos comunes a sentencias estructurales

La respuesta de la Corte IDH frente a los casos de violaciones estructurales tiene semejanzas evidentes con la respuesta nacional, particularmente, con la respuesta de la Corte Constitucional Colombiana.

En primer lugar, en ambos casos estamos ante un esfuerzo sistemático de las instancias jurisdiccionales por hacerse cargo de los elementos de fondo que producen las violaciones que han llegado a su conocimiento vía casos aislados. En segundo lugar, en ambas instancias jurisdiccionales se busca generar condiciones mínimas de igualdad que permitan un pleno goce y ejercicio de derechos; de ahí que el principio de no discriminación sea un elemento relevante en ambas sedes jurisdiccionales. En tercer lugar, en ambos casos se hace una interpretación de los derechos y libertades conculcados como una consecuencia de la falta de respuesta eficaz por parte de las autoridades estatales a cargo de dar respuesta ante estos hechos. De ahí que en ambas sedes cobra especial relevancia adoptar medidas que movilicen a los poderes del Estado (medidas complejas en Corte Constitucional y garantías de no repetición en la Corte Interamericana). En cuarto lugar, en ambos casos ha sido esencial el establecimiento de medidas de seguimiento de las instrucciones que se dan para su ejecución por distintas autoridades estatales. En quinto y último lugar, en ambas instancias jurisdiccionales hay una fuerte convicción de que no existen otras alternativas a las cuales puedan recurrir las víctimas.

Pero también, ambas experiencias dan cuenta de ciertos aspectos comunes en términos de desafíos y que son relevantes de analizar a la hora de determinar los parámetros bajo los cuales vamos a analizar la legitimidad de la respuesta constitucional.

El desafío de la efectividad: En gran parte de la jurisprudencia analizada se constata la existencia de críticas hacia la efectividad de las resoluciones, por la falta de implementación de las medidas dispuestas. En algunos casos, la crítica apunta a la inexistencia de mecanismos de seguimiento de las decisiones adoptadas, mientras que en otros (pese a la existencia de estos mecanismos) es la falta de recursos o la inexistencia de voluntad política para llevar a cabo los cambios donde se genera el problema. Por ello afirmo que tan relevante como la argumentación que desarrollen las cortes y las medidas que dispongan, es la generación de mecanismos de seguimiento. En este ámbito, una experiencia positiva son los “autos de seguimiento” de la Corte Constitucional Colombiana, que permiten adoptar medidas después de la dictación de la sentencia, con el objeto de concretizar y actualizar las órdenes dictadas. Por su parte, la falta de implementación de las órdenes dictadas abre el debate acerca de las relaciones entre el Poder Judicial y el resto de las autoridades públicas y la generación de mecanismos de diálogo y entendimiento para favorecer la cooperación. En ese sentido, deben explorarse alternativas como las de Argentina y la creación de mesas de diálogo para facilitar la implementación de las medidas. Los remedios experimentales, que permiten la participación de actores de la sociedad civil y el Estado en la creación y seguimiento de las órdenes dictadas por el tribunal, son un buen mecanismo para afianzar la efectividad.

¿Cómo medimos el cumplimiento? Uno de los desafíos en materia de litigio estructural consiste en contar o generar información para poder diseñar, implementar y evaluar las medidas. Tan relevante como el litigio, es su evaluación. Por ello, íntimamente ligado con la eficacia, está el diseño de mecanismos de evaluación del nivel de cumplimiento. La creación de indicadores de satisfacción, está dentro de los desafíos en la materia¹¹⁶.

116 Sobre el asunto, véase: Filippini, Leonardo. *La ejecución del fallo Verbitsky*, op.cit., pp. 148-175.

¿Hasta dónde? Una pregunta que se encuentra presente en el análisis de casos de litigio estructural, es hasta dónde las Cortes pueden legítimamente disponer medidas que inciden en políticas públicas. Un aspecto común de la jurisprudencia analizada, es que las medidas dispuestas por las Cortes implican la disposición de recursos económicos y el actuar coordinado de diversas autoridades públicas. Sin embargo, el nivel de detalle con que se realiza la “orden” a la autoridad pública es variable. Mientras en Colombia la Corte Constitucional precisa de manera detallada la manera de llevar a cabo la política pública; en el caso de Argentina, la Corte indica que solo se puede limitar a constatar la infracción y decretar la medida, pero no especifica su forma de ejecución. Si bien entregar una respuesta acerca de la legitimidad de la intervención judicial desde la perspectiva del orden constitucional excede el contenido de este trabajo, puedo señalar que en la propia jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de los sistemas constitucionales y del internacional se pueden extraer algunos criterios generales para determinar la legitimidad de dicha respuesta dentro de una sociedad democrática regida constitucionalmente. Por ejemplo, en el caso de Colombia la Corte Constitucional justifica en los siguientes términos su intervención:

Estas órdenes están dirigidas a que se adopten decisiones que permitan superar tanto la insuficiencia de recursos, como las falencias en la capacidad institucional. Ello no implica que por vía de tutela, el juez esté ordenando un gasto no presupuestado o esté modificando la programación presupuestal definida por el Legislador. Tampoco está delineando una política, definiendo nuevas prioridades, o modificando la política diseñada por el Legislador y desarrollada por el Ejecutivo. La Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan la política de atención a la población desplazada, el diseño de esa política y los compromisos

asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder para asegurar que el deber de protección efectiva de los derechos de todos los residentes del territorio nacional, sea cumplido y los compromisos definidos para tal protección sean realizados con seriedad, transparencia y eficacia¹¹⁷.

Lo central en la figura del “estado de cosas inconstitucional” es que la Corte Constitucional instruye a otros poderes a cumplir con sus funciones, esto es, activa la actuación de los poderes del Estado, articulando una respuesta desde la Constitución –en cuanto instrumento normativo y no meramente programático– frente a situaciones especialmente complejas en cuanto a su solución. En esto es vital tener en consideración que la Corte sólo actúa frente a situaciones especialmente complejas donde concurren una serie de elementos, siendo el central la afectación de derechos fundamentales por la inoperancia de las instituciones del Estado, obligando constitucionalmente a dar solución a la situación de base que provoca o permite dichas violaciones.

En este sentido, la Corte ha señalado que una vez que ha determinado las falencias de la acción estatal frente a una cierta violación de derechos, es necesario tener claro que no todas estas materias son de su competencia y, por tanto, no puede suplir las competencias de otros órganos. Sin embargo, la Corte señala en un caso concreto que está en condiciones de adoptar “correctivos” encaminados a asegurar el goce efectivo de los derechos de los desplazados y a superar “falencias estructurales” que comprometan a diversas instituciones y órganos del Estado¹¹⁸.

117 Corte Constitucional de Colombia. T-025/2004, 22 de enero de 2005, numeral 10.1.

118 “En conclusión, la Corte estima que la respuesta del Estado sufre de graves deficiencias en cuanto a su capacidad institucional, que abarcan todos los niveles y componentes de la política, y por lo tanto, que impiden, de manera sistemática,

En el caso de las medidas de garantía de no repetición, que dicta la Corte IDH, estas también tienen un claro sustento normativo (artículos 1.1., 2, 29, 62 y 63.1) en la Convención Americana. Además, estas medidas han sido validadas por la práctica de los Estados¹¹⁹.

Las sentencias estructurales y las medidas de garantía de no repetición, se basan fundamentalmente en situaciones en que las autoridades no han desarrollado las actividades necesarias para evitar las violaciones de derechos humanos, esto es, no se han tomado las medidas de respeto, garantía y no discriminación a las que estaban obligados. De ahí que las medidas complejas a las que hemos hecho referencia dicen relación, precisamente, con movilizar el aparato estatal hacia el cumplimiento de sus compromisos constitucionales e internacionales.

Este es, sin duda, uno de los desafíos de los sistemas de justicia constitucional y de protección internacional de derechos humanos: ¿cómo generar la mejor forma para activar y redireccionar la actividad del Estado hacia el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos?

la protección integral de los derechos de la población desplazada. No puede el juez de tutela solucionar cada uno de estos problemas, lo cual corresponde tanto al Gobierno Nacional y a las entidades territoriales, como al Congreso de la República, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia. No obstante, lo anterior no impide que al constatar la situación de vulneración de los derechos fundamentales en casos concretos, la Corte adopte correctivos encaminados a asegurar el goce efectivo de los derechos de los desplazados, como lo hará en esta sentencia, e identifique remedios para superar estas falencias estructurales que comprometen diversas entidades y órganos del Estado”. Corte Constitucional de Colombia. T-025/2004, 22 de enero de 2004, numeral 6.3.1.4.

119 Nash, Claudio. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2007.

4. Reflexiones finales

La respuesta jurisdiccional que se ha dado a las violaciones estructurales en el ámbito internacional y nacional comparte ciertos aspectos comunes: existe una consideración del contexto en que se produce la violación y de las particularidades del titular del derecho (casos de privados de libertad y pueblos indígenas); en ambos casos se aborda el problema desde la perspectiva de una visión sustantiva de la igualdad, para generar condiciones mínimas para el goce y ejercicio de los derechos humanos; dado el contexto se adoptan medidas que tienen por objeto transformar las condiciones que permiten las violaciones (culturales, institucionales, económicas o legales), a través de las garantías de no repetición (en el caso de la Corte IDH) o mediante “remedios” estructurales (en el caso de las cortes nacionales). Finalmente, en ambas sedes jurisdiccionales se crean estrategias de seguimiento de las resoluciones, para velar por su efectiva implementación.

Pese a estos avances, hay tres materias que han estado alejadas del debate y que requieren de solución y profundización. La efectividad de la implementación de las sentencias estructurales, cómo darles seguimiento y la definición de los límites. El peligro de no dar respuesta a estas preguntas recae en que la justicia constitucional se transforme en una solución vacía al no solo estar cuestionada desde el punto de vista de su legitimidad, sino también de su efectividad. La articulación entre los diversos poderes públicos está en la base de los desafíos en la materia. En efecto, como hemos visto, la actuación del Estado debe ser coordinada a distintos niveles para que haya una respuesta efectiva. De ahí que este no puede ser un tema que se resuelva ni con una orden de autoridad, ni con una sentencia (nacional o internacional), ni con una política pública o legislación aisladas. Hacerse cargo de estas violaciones requiere de una actuación coordinada y que involucre a distintas autoridades estatales.

Avanzando en estos tres ámbitos, la función de la tutela judicial para la protección de grupos en situación de discriminación y que sufren violaciones estructurales, se transforma en una gran herramienta de cambio social.