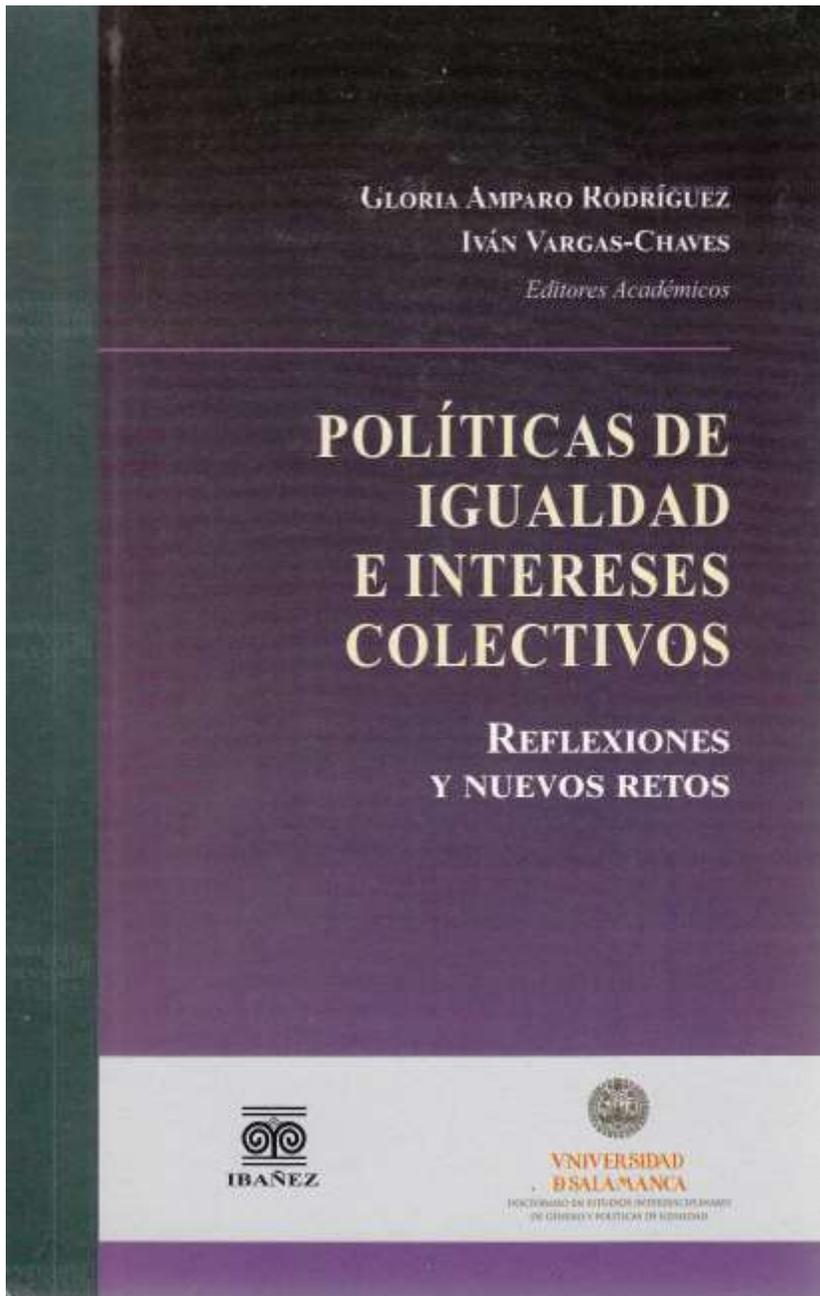


Vargas-Chaves, I. (2014) Política de reconocimiento, deber de asistencia y acciones positivas-negativas: tres pilares para la cimentación de un derecho global al acceso a los medicamentos. En G. Rodríguez & I. Vargas-Chaves (Eds.) Políticas de igualdad e intereses colectivos (pp. 115-135). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. ISBN 978-958-749-400-6.



Políticas de igualdad e intereses colectivos : reflexiones y nuevos retos / prologuista Fernando Martín Diz. -- Editores académicos Gloria Amparo Rodríguez, Iván Vargas-Chaves. -- Bogotá : Grupo Editorial Ibáñez, 2014.
212 páginas ; 23 cm.
Incluye bibliografías.
ISBN 978-958-749-400-6
1. Igualdad - Aspectos sociales 2. Derecho a la igualdad 3. Igualdad ante la ley 4. Derechos humanos I. Martín Diz, Fernando, prologuista II. Rodríguez, Gloria Amparo, editora III. Vargas-Chaves, Iván, editor.
323.1 cd 21 ed.
A1459697

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

© GLORIA AMPARO RODRÍGUEZ

© IVÁN VARGAS-CHAVES

© GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ

Carrera 69 Bis N° 36-20 Sur

Teléfonos: 2300731 - 2386035

Librería:

Calle 12 B No. 7-12. L. 1

Tels: 2847524 - 2835194

Bogotá, D.C. - Colombia

<http://webmail.grupoeditorialibanez.com>

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982

ISBN: 978-958-749-400-6

Diseño de Portada: David A. Cortés Arias

Fotografía de portada: Gloria Amparo Rodríguez

Diagramación electrónica: Clara Gómez C.

Corrección de texto: Jaime Contreras

© 2014

TABLA DE CONTENIDO

PRÓLOGO.....	13
INTRODUCCIÓN	17

DE LOS MODELOS DE DESARROLLO AL DERECHO A LA IGUALDAD

JULIÁN HUERTAS CÁRDENAS - JUAN FERNANDO SÁNCHEZ JARAMILLO

Introducción	24
1. UNA ISLA EN EL CARIBE INSULAR, UN CASO COLOMBIANO DESDE LA DESIGUALDAD.....	25
El derecho a la igualdad en Colombia. Breve resumen del marco constitucional. Relación con los modelos de desarrollo	27
El concepto de desarrollo con enfoque ecosistémico desde instrumentos internacionales	29
2. EL DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO: UN PRODUCTO DE POSTULADOS ECONÓMICOS.....	32
3. LOS ÍNDICES DE MEDICIÓN Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS	38
4. EL DESARROLLO CON ENFOQUE EN CAPACIDADES, UNA APUESTA POR LA IGUALDAD DESDE LA LIBERTAD	39
5. EL CASO DEL ISLOTE SANTA CRUZ. UNA CONCLUSIÓN.....	41
Bibliografía.....	43

REPARACIÓN INTEGRAL Y DERECHOS COLECTIVOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: EL CASO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

ASTRID OSORIO ÁLVAREZ

Introducción	47
--------------------	----

1. ANTECEDENTES INTERAMERICANOS.....	49
2. EL RÉGIMEN DE REPARACIÓN INTEGRAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.....	54
2.1. <i>La restitutio in integrum</i>	57
3. DERECHOS COLECTIVOS Y REPARACIÓN: EL CASO INDÍGENA..	60
3.1. La especificidad cultural de las comunidades indígenas y su relación con las reparaciones.....	62
3.2. Tierras, territorios y recursos naturales.....	67
4. REFLEXIÓN FINAL.....	73
Bibliografía.....	73

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS MUJERES
Y PUEBLOS INDÍGENAS DE COLOMBIA

GLORIA ÁMPARO RODRÍGUEZ

Introducción	77
1. DERECHOS DE LAS MUJERES Y DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE COLOMBIA	81
1.1. Derechos sociales y culturales	83
1.2. Derecho a la autonomía	86
1.3. Derechos territoriales	88
1.4. Derechos a la participación	91
1.5. Derecho a la consulta previa	94
1.6. Derecho a los recursos naturales	96
1.7. Derecho al trabajo	98
1.8. Derecho a la salud.....	99
1.9. Derecho a la paz	101
1.10. Derecho a la educación	101
2. MANDATO DE LAS MUJERES INDÍGENAS	105
3. PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS	107
4. PRINCIPIOS Y RETOS EN DEFENSA DE LOS DERECHOS	109
Bibliografía.....	111

POLÍTICA DE RECONOCIMIENTO, DEBER
DE ASISTENCIA Y ACCIONES POSITIVAS-NEGATIVAS:
TRES PILARES PARA LA CIMENTACIÓN DE UN DERECHO
GLOBAL AL ACCESO A LOS MEDICAMENTOS

IVÁN VARGAS-CHAVES

Introducción	115
1. RECONOCIMIENTO	118
2. DEBER DE ASISTENCIA	123
3. ACCIONES POSITIVAS O NEGATIVAS.....	128
Bibliografía.....	132

IGUALDAD, GÉNERO Y TRABAJO: LA
DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER EN ESPAÑA

LINA MARRUGO-SALAS

Introducción	137
1. ÁMBITO NORMATIVO	140
2. LA DISCRIMINACIÓN LABORAL POR RAZÓN DE GÉNERO EN CIFRAS.....	144
3. BRECHA SALARIAL	148
4. ACOSO LABORAL.....	150
5. PROMOVER LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS	153
6. CONCLUSIONES.....	157
Bibliografía.....	158

ORÍGENES DEL DERECHO DEL CONSUMO EN COLOMBIA

BETTY MARTÍNEZ-CÁRDENAS

Introducción	163
1. DE LEGE FERENDA: EL DECRETO 3466 DE 1982	168
1.1. Principales aportes del decreto 3466 de 1982.....	168
1.1.1. Naturaleza del registro de calidad e idoneidad de bienes y servicios	168

1.1.2. La certeza de celebrar un negocio exento de vicios.	172
2. DE LEGE DATA: LA LEY 1480 Y LA TRANSICIÓN A UN DERECHO . COLECTIVO.....	175
2.1. Insuficiencias del decreto 3466 de 1982	175
2.1.1. La inexistencia de una noción única de consumidor	175
2.1.2. El “garantismo” procesal y el exceso de intervencionismo en el mercado y la inflación normativa.....	178
2.2. Innovaciones de la ley 1480 de 2011	179
2.2.1. Innovaciones más importantes de la ley 1480 de 2011	179
2.2.2. Acciones populares y de grupo en defensa de los consumidores	183
3. CONCLUSIONES.....	184
Bibliografía.....	185

ANÁLISIS DE LOS DERECHOS COLECTIVOS EN EL CONCURSO MERCANTIL MEXICANO

ROBERTO BLANCO-GÓMEZ

Introducción	187
1. EL CONCURSO MERCANTIL MEXICANO	189
1.1. Características generales.....	191
1.2. Objetivos de la ley de concursos mercantiles mexicana .	193
1.3. Presupuestos del concurso mercantil.....	196
1.3.1. La calidad de comerciante	197
1.3.2. Incumplimiento generalizado de sus obligaciones de pago	199
1.3.3. Pluralidad de acreedores	201
2. ACTOS QUE DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE CONCURSO MERCANTIL DEBEN REALIZAR LOS ACREEDORES DE MANERA COLECTIVA	202

3. ACTOS EN QUE EL EJERCICIO DE UN DERECHO POR PARTE DE UN ACREEDOR INDIVIDUAL, BENEFICIA A SUS COACREEDORES	204
4. ANÁLISIS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES	205
4.1. Análisis de inconstitucionalidad de la fórmula elegida para enajenar el activo	206
5. A MANERA DE CONCLUSIÓN	208
Bibliografía.....	209

PRÓLOGO

La Universidad, como alma mater, como depositaria de la tradición humanística y científica, asume la importante función social de generar y difundir el conocimiento entre la sociedad. Ha de hacerlo con una vocación universal, e inspirada en los principios de democracia, igualdad, justicia y libertad. Así lo establece, de forma inequívoca, el artículo primero de los vigentes Estatutos de la Universidad de Salamanca. Nuestra institución asume para cumplir fielmente con estos postulados una serie de fines siempre ligados a la transmisión del conocimiento, la difusión crítica del pensamiento, la defensa de los derechos y de las libertades, la contribución a la formación y perfeccionamiento de los profesionales, el fomento y la expansión de la cultura y la contribución al desarrollo. Todo ello desde la defensa y promoción de la libertad académica que se expande en sus expresiones de libertad de cátedra, libertad de investigación y libertad de estudio.

Desde esos insustituibles pilares de nuestra –ya casi– ocho veces centenaria Institución, se erigen las actividades que para dar cumplida cuenta a nuestros compromisos, desarrollamos en los foros académicos e investigadores que se celebran al efecto. Unos de más largo recorrido y asentamiento, con mayor trascendencia, como son, a nivel investigador, los programas de doctorado orientados a la formación e incorporación a la comunidad científica de noveles investigadores. Otros más puntuales y específicos, que complementan y enriquecen el marco general de los programas de doctorado, como son los seminarios o foros especializados. En la obra que presentamos en estas líneas convergen todas las exigencias universitarias anteriormente

expuestas y todas las finalidades a las que nos dedicamos en nuestro día a día universitario. Así, en el gélido invierno castellano que nuestra ciudad nos brinda en todos los meses de enero, tuvo lugar una actividad científica, de transferencia de conocimientos, insertadas en el desarrollo de las actividades formativas del Programa Oficial de Doctorado “Estudios Interdisciplinarios de Género y Políticas de Igualdad”, cuya gestión académica se me ha encomendado. Dicho Foro, certeramente denominado “Políticas de igualdad y e intereses colectivos”, planteaba una sesión de carácter interdisciplinar, internacional e interuniversitaria en la que se sumaban los conocimientos de los expertos investigadores en la materia con las inquietudes de todos aquellos doctorandos y doctorandas que comienzan a dar sus primeros pasos en el campo de la investigación científica.

Acoger una reunión donde se plantean avances en torno a un tema de interés común, como lo es el derecho a la igualdad y los intereses colectivos, de forma directa, oral, contribuyendo al desarrollo del conocimiento, donde se exponen ideas y planteamientos, se debaten, se contrastan, y se logran detectar problemas y plantear soluciones, es uno de los elementos que otorgan calidad y rigor a la actividad científica. De las opiniones y conocimientos expuestos, de su síntesis y conclusiones, nacen los trabajos que integran la presente obra. Con ello podemos sentirnos satisfechos de haber logrado entre todos y todas, ponentes y asistentes, el objetivo propuesto: investigar y transferir los resultados de la investigación en aprovechamiento de aquellos y aquellas a quienes interesan formativa y profesionalmente.

Para constatar la eficacia del Foro realizado y los resultados obtenidos, el lector podrá seguidamente adentrarse en los estudios temáticos seleccionados para conformar el presente volumen. Trabajos que abordan el tránsito de los modelos de desarrollo al derecho a la igualdad, los derechos colectivos y su implicación con los pueblos indígenas, la protección jurídica de las mujeres y de los pueblos indígenas en Colombia, los pilares

para el asentamiento de un derecho global al acceso a los recursos médico-farmacológicos, el análisis de los derechos colectivos en México o el siempre complicado manejo de la igualdad, el género y el trabajo en relación a la mujer.

No es conveniente que en la labor de presentación de una obra científica se prive al lector de acceder cuanto antes a su contenido y su razón de ser, como son los trabajos que la integran. Baste por tanto, esta carta de presentación, para avalar, la génesis de los mismos y el lugar en el cual se expusieron, dentro, como exige la dedicación científica rigurosa, de las coordenadas que la Academia impone: pluralidad, libertad y crítica científica.

FERNANDO MARTÍN DIZ

Director del Programa Oficial de Doctorado

“Estudios Interdisciplinarios de Género
y Políticas de Igualdad”

Universidad de Salamanca (España)

INTRODUCCIÓN

Si bien al hablar de igualdad y derechos colectivos nos situamos aparentemente en dos espectros distintos de los derechos humanos, siguiendo a VASAK y su teoría de las tres generaciones¹, de un lado en el rango de un derecho fundamental, y del otro, en toda una amplia gama de derechos de tercera generación, es en realidad, en una misma órbita en donde debemos ubicarnos: en la del Estado de Social Derecho. Y es allí, donde la capacidad que éste tenga para hacer frente a los desafíos que trae consigo su cumplimiento –sin olvidar el de los derechos económicos, sociales y culturales–, se convierte en el mejor elemento de juicio para determinar su éxito o fracaso, en una sociedad fracturada por un sinnúmero de fenómenos que atentan cada vez más contra las garantías y libertades de los ciudadanos.

En este contexto, en el marco del programa de actividades formativas del Doctorado en Estudios Interdisciplinarios de Género y Políticas de Igualdad, se organizó un Foro Académico cuya pretensión no era otra sino la de presentar a la comunidad una serie de reflexiones sobre algunos de estos mencionados fenómenos, a partir de la visión aquí propuesta. Algunas de estas reflexiones se recogen en dos comunicaciones remitidas a la organización del evento, además de los aportes de un incansable grupo de académicos invitados, con el ánimo de compartir sus

¹ Cfr. VASAK, K. (1977) Human Rights: A thirty-year Struggle: the sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights, *UNESCO Courier*, 30, p. 11.

inquietudes en este espectro de acción, nos acompañan con sus valiosos planteamientos.

Somos también conscientes que a pesar de que la intención inicial era encomiable, el reto por demás resultaba enorme. Pero como reza aquel célebre proverbio romano, *la fortuna es para los valientes*, desde el primer momento fuimos afortunados al contar con el invaluable apoyo del profesor Fernando MARTÍN DÍZ, director del programa de Doctorado y profesor titular de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, quien en todo momento estuvo dispuesto a tendernos una mano, y a quien desde estas líneas le expresamos toda nuestra gratitud.

De igual forma, queremos resaltar que estas reflexiones quedaran plasmadas con toda la exigencia y el rigor académico. Al respecto, cada capítulo contó con la rigurosa evaluación de dos pares académicos externos, en total veinte evaluadores; y con un proceso de selección previo que evaluó tanto la calidad del contenido como el rigor metodológico utilizado. Es por lo anterior que esta obra colectiva que usted como lector tiene en sus manos, es el fiel reflejo de que aquel enorme reto, fue posible.

En relación con cada capítulo, nos acompañaron, en primer lugar Julián HUERTAS CÁRDENAS y Juan Fernando SÁNCHEZ JARAMILLO, quienes luego de deliberar acerca de la importancia de las formas de medición de la riqueza y de su impacto en la materialización de los derechos, en especial, del derecho a la igualdad en su vertiente formal y material; proponen una descripción acerca de cómo, desde el contexto internacional y a partir de las teorías de desarrollo, se han generado impactos profundos en este derecho, con una especial referencia al caso colombiano. Posteriormente, presentan un contexto de materialización de la igualdad, y de las posibles relaciones que ésta podría tener con el comportamiento de los distintos índices de medición, además de poner en evidencia aquella línea tan estrecha que existe entre el derecho al desarrollo y a la igualdad.

Por su parte, Astrid OSORIO ÁLVAREZ esboza a partir de su experiencia en escenarios jurisdiccionales en materia de derechos humanos, los lineamientos para la construcción de lo que vendría a ser un *Corpus Iuris* de disposiciones normativas en materia indígena, a partir de la interpretación evolutiva de los diversos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. En lo referente a las discusiones de este libro colectivo, consideramos que su principal aporte yace en la especial referencia que hace de las medidas de reparación decretadas en el ámbito internacional de los Derechos Humanos, las cuales han marcado la ruta de los denominados estándares vinculantes en materia de derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En el capítulo sobre el rol de la mujer indígena como eje dinamizador de su comunidad, Gloria Amparo RODRÍGUEZ nos relata, a partir de su valiosa experiencia con los pueblos indígenas, varias facetas de la mujer como responsable del fomento, la salvaguarda de los saberes y de la herencia cultural ancestral, además de su rol como constructora de paz, y soporte en la economía de las comunidades. Adicional a lo anterior, nos presenta la dura realidad a la que han estado expuestas en Colombia, tanto por la discriminación que han sufrido, como por un conflicto armado que las convierte en víctimas a ellas y a sus familias, sin que frente a ello intervenga el Gobierno a través de políticas públicas contundentes. De igual forma, hace un estudio de los derechos que involucra a los pueblos indígenas de Colombia. El mérito, según se puede concluir, reposará entonces en garantizar una protección efectiva de la mujer indígena, y en el establecimiento de políticas efectivas que aseguren de manera activa, el mejoramiento de su situación actual.

En el capítulo de Iván VARGAS-CHAVES, referente a los tres pilares para la cimentación de un derecho global al acceso a los medicamentos, se emprende un recorrido que nos lleva a la raíz de una de las más preocupantes desigualdades en el mundo, donde los gobiernos –antes que la industria farmacéutica– son

los principales responsables de un fenómeno que afecta a cientos de millones de pacientes. Así, a lo largo del capítulo, esboza lo que se considera son tres problemas estructurales en el acceso a los medicamentos, los cuales, acompañados de tres propuestas de reflexión, pretenden situar al lector en un escenario ideal, aunque no utópico, en el que tanto el derecho a la vida se garantice, como los derechos adquiridos en las invenciones farmacéuticas se respeten.

Lina MARRUGO SALAS, desde la problemática que trae consigo la actual crisis económica, analiza desde la perspectiva del derecho del trabajo, los diversos escenarios de discriminación a los que se enfrenta la mujer en el ámbito laboral, tales como el acoso o la desigualdad salarial. Propone en este sentido involucrar desde la responsabilidad social a los diferentes grupos de interés, para contribuir así a la eliminación de toda barrera que impida que las mujeres tengan una igualdad efectiva de oportunidades, y demuestra además que la legislación resulta de por sí insuficiente, pues aún son latentes las desigualdades entre hombres y mujeres en este ámbito.

La profesora Betty Mercedes MARTÍNEZ CÁRDENAS nos habla de un derecho colectivo, a saber el derecho de consumo el cual señala ha sido el protagonista de un importante avance en el derecho privado colombiano de los últimos veinticinco años. Resalta cómo logró trascender de una protección especial de carácter meramente personal, en particular, de naturaleza contractual, a una más elevada de carácter colectiva, sin perder su esencia. El estudio del origen de este derecho y su posterior desarrollo en la legislación actual colombiana explican la razón de este éxito, así como su posible utilización en la defensa de derechos colectivos, tal como ocurre con el derecho ambiental.

Finalmente, continuando con la jurisdicción mexicana, Roberto BLANCO GÓMEZ, inicia sus reflexiones partiendo de la importancia que tienen las acciones colectivas en el ámbito

concurzal, las cuales, permiten resolver en una única fase procesal el equivalente a cientos o miles de reclamaciones individuales. No obstante lo anterior, y valiéndose de las generalidades del actual procedimiento, su propuesta gira en torno a la crítica de un sistema concursal incapaz de articular los derechos que se otorgan a los acreedores individuales, en relación a los que se tienen como colectividad, dando cabida a situaciones tales como la falta de certeza que pueda tener un juez acerca de a quién le asiste la legitimación para realizar cualquier reclamación.

Queremos agradecer el apoyo de la Universidad de Salamanca y, en especial del Doctorado. De igual manera hacemos un reconocimiento especial a cada uno de los autores de este texto, esperando con él aportar al debate y defensa de los derechos.

GLORIA AMPARO RODRÍGUEZ
IVÁN VARGAS-CHAVES
Editores Académicos

DE LOS MODELOS DE DESARROLLO AL DERECHO A LA IGUALDAD

JULIÁN HUERTAS CÁRDENAS¹

JUAN FERNANDO SÁNCHEZ JARAMILLO²

(...) why should complete feasibility be a condition of cogency of human rights when the objective is to work towards expanding both their feasibility and their actual realization? The understanding that some rights are not fully realized, and may not even be fully realizable under present circumstances, does not, in itself, entail anything like the conclusion that these are, therefore, not rights at all. Rather, this ethical understanding suggests, (...), the need to work towards changing the prevailing circumstances to make the unrealized rights realizable, and ultimately, realized.

SEN (2005).

Desde Bretton Woods hasta el Consenso de Washington, las discusiones del mundo económico marcaban el curso de los derechos y las actuaciones de los Estados para la garantía de los mismos³. En estas oscilaciones en las que predominaban los intereses de las grandes

¹ Profesor de la Universidad de La Sabana. Abogado de la Universidad del Rosario con estudios de Maestría en Derecho Internacional en la Universidad de La Sabana. Director de la Asociación Colombiana de Estudiantes de Derecho Internacional. Correo electrónico: julian.huertas@unisabana.edu.co.

² Profesor de la Universidad de La Sabana. Abogado de la Universidad de La Sabana con estudios de Maestría en Derecho Constitucional en la Universidad de La Sabana. Coordinador de la Clínica Jurídica y del Semillero en Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana. Funcionario de la Defensoría del Pueblo. Asesor de comunidades afrodescendientes en temas de planeación para el mejoramiento de la calidad de vida. Correo electrónico: jufesaja@gmail.com

³ Esto se evidencia por medio de la teoría propuesta por UPRIMNY, RODRÍGUEZ, & GARCÍA (2006) sobre la influencia de la economía en el derecho.

potencias, comenzaron a surgir las teorías sobre desarrollo como justas respuestas a los reclamos de los países pobres. A partir de estos avances, se han planteado varias formas de medición de la riqueza, unas basadas en el Producto Interno Bruto, otras en mediciones más realistas como el Índice de Pobreza Multidimensional o el Índice GINI. Esto, por supuesto, ha generado un impacto en la materialización de los derechos, en especial, sobre el derecho a la igualdad, tanto en su vertiente formal, como en el material.

El objetivo de este escrito es describir cómo desde el contexto internacional, a partir de las teorías de desarrollo, se han generado impactos en el derecho igualdad. Este documento comenzará por la descripción de un caso colombiano que es real y por medio del cual se evidencia una posible vulneración del derecho a la igualdad.

En un segundo estadio del documento, se establecerá una breve relación entre la forma cómo se materializa la igualdad y los posibles puntos de contacto que podría tener con los distintos índices para medir el desarrollo. A partir de esta relación, se hará una descripción de los estándares internacionales sobre el Derecho al Desarrollo y el Derecho a la Igualdad; esto con el fin de mostrar la línea tan estrecha que existe entre ambas categorías.

Finalmente, se concluirá que la distancia entre derecho y economía es mínima, pero más importante aún, dado que los ordenamientos jurídicos tanto internacionales como nacionales son el producto de postulados que surgen de distintas ideas sobre la economía, como el neoliberalismo y el socialismo, desde esa misma orilla, también existen visiones contrarias tales como el desarrollo humano o por capacidades, que en ciertos aspectos, proponen mejores condiciones para el cumplimiento del derecho a la igualdad.

INTRODUCCIÓN

La clasificación de los derechos, en derechos civiles y en derechos sociales, ha sido el telón de fondo no solo de las políticas de los

gobiernos actuales, sino también de las posturas económicas que imperan en el mundo actual. En esta relación derecho y economía o, si se quiere, derecho y desarrollo, al parecer, el impacto va desde una vía distinta a como se ha pretendido demostrar por parte de los teóricos del Derecho. Es la economía y los modelos de desarrollo los que plantean cambios desde sus orillas; desde allí se construyen los derechos y los ordenamientos jurídicos. Ante este panorama, ¿Cuál es la incidencia práctica de esta calificación?

En este escrito se llegarán a conclusiones que permitan resolver el cuestionamiento propuesto por medio de un estudio pormenorizado del caso planteado. Esto permitirá evidenciar que existen problemas concretos en cuanto a las calificaciones mencionadas, que pueden poner en tela de juicio las garantías de los derechos.

Al respecto, existe una teoría sobre el desarrollo que estructura un enfoque distinto y que desde una postura basada en el concepto de libertad propone una visión que engloba aspectos tanto económicos como jurídicos que desde una forma de entender al hombre en sociedad se acercan más a la realidad del mismo, brindando una solución basada en el fortalecimiento de sus capacidades y en las verdaderas oportunidades para ponerlas en práctica⁴. Por supuesto, esta visión fundamenta no solo los derechos sociales, sino también los civiles y los políticos, ya no como dos grupos de derechos separados sino como un todo enmarcado dentro del modelo de desarrollo humano.

1. UNA ISLA EN EL CARIBE INSULAR, UN CASO COLOMBIANO DESDE LA DESIGUALDAD

Santa Cruz del Islote es una pequeña isla que hace parte de la jurisdicción de Cartagena de Indias, se encuentra ubicada

⁴ Esta propuesta toma nuevamente fuerza a partir de los postulados de Mahbub ul HAQ, Amartya SEN y Martha NUSSBAUM. Estos autores hicieron una nueva lectura de algunos filósofos y teóricos de la economía como ARISTÓTELES, Karl MARX y Adan SMITH.

al noroeste de Colombia dentro del Golfo de Morrosquillo, archipiélago de San Bernardo. Su tamaño es de una extensión de aproximadamente 0.01 kilómetros cuadrados. En este pequeño espacio insular, vive hace más de 180 años una colectividad negra⁵ que asciende a 600 personas conformadas por 98 familias. Esta población carece de servicios públicos de agua, luz y recolección de residuos sólidos. Está en riesgo de ser afectada por algún desastre natural y sus viviendas no cuentan con la infraestructura necesaria para soportarlo. No tienen un centro de salud adecuado y no cuentan con un médico permanente. Sus opciones económicas son la pesca y el turismo, pero estas se encuentran cada vez más restringidas por cuanto el Islote está rodeado por un Parque Nacional Natural y el pescado es cada vez más escaso (VANEGAS, MISAS, MARÍN & BELTRÁN: 2011).

La comunidad negra ha comenzado un proceso de gestión de sus derechos y de sus necesidades. A pesar de todos los intentos por garantizar los derechos de la comunidad, hasta el día hoy siguen teniendo los mismos problemas en relación con su calidad de vida. Si bien parte del problema está en la poca capacidad de gestión con la que cuenta la comunidad negra del Islote, la otra parte se encuentra en cabeza del Estado, pues sus políticas para la región han resultado ineficientes e ineficaces.

Esto tiene varios matices teóricos que se explicarán a continuación, y frente a los cuales el Estado no ha sido ajeno. El punto de partida es la igualdad, pues es desde las asimetrías sociales que los problemas comienzan a tener un tono distinto. En ese afán de búsqueda de la igualdad, la economía y las teorías del desarrollo han permeado las formas por medio de las cuales el Estado

⁵ Los autores de este escrito entendemos la discusión semántica que existe al respecto. Decidimos usar el término colectividad negra porque así lo acordó la comunidad en los distintos escenarios políticos de los que hemos sido testigos. Esta postura, por supuesto, reivindica el origen africano y no pretende negar dicha ancestralidad.

actúa. Esta mezcla de desigualdad con respuestas incoherentes empeora las problemáticas sociales y, por supuesto, generan pocos resultados para la satisfacción de las necesidades.

En el siguiente aparte se contextualizará el marco jurídico y económico de esta discusión y se concluirá lo que Amartya SEN intuye en su teoría: más allá de los tecnicismos jurídicos de garantía o no de los derechos, existen unas circunstancias subyacentes que desbordan los sistemas jurídicos. Es allí donde hay que trabajar, y esto es por supuesto una tarea de la Economía en plena cooperación con el Derecho.

EL DERECHO A LA IGUALDAD EN COLOMBIA. BREVE RESUMEN DEL MARCO CONSTITUCIONAL. RELACIÓN CON LOS MODELOS DE DESARROLLO

En Colombia, el principio y derecho fundamental de igualdad se encuentra enmarcado en el artículo 13 de la Constitución Política, que dice:

“Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Un análisis de este derecho, tal como está escrito en la Constitución, tiene varias características. En primer lugar, la expresión: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley” supone una relación directa con la libertad, una titularidad del derecho en todas las personas y una actitud frente a ley.

Luego, la expresión: “...recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos...” sugiere una obligación de las autoridades, tanto del poder ejecutivo, como del legislativo y el judicial. En este punto es importante destacar que esta actitud que se demanda de las autoridades supone un marco al que están condicionadas; en otras palabras, la garantía del derecho está directamente relacionada con sus funciones. El poder ejecutivo, por ejemplo, debe garantizar los mismos derechos a todas las personas. Esto ya indica una pauta para la formulación de las políticas del Estado.

La siguiente expresión es más exigente aún: “...libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica...”. ¿A qué se refería el Constituyente cuando estableció que todas las personas tienen derecho a las mismas libertades y oportunidades sin discriminación alguna? ¿Por qué la relación con la libertad?

Una posible solución podría responder a un postulado que en economía adquiere mucha relevancia. La Constitución al referirse a que todas las personas tendrán las mismas oportunidades, está negando la posibilidad de un Estado asistencialista que en vez de brindarlo todo, se limita a garantizar que todos tengan la misma oportunidad. Sin embargo, en la siguiente expresión, matiza el anterior postulado y genera condiciones para la reducción, apenas natural, de las asimetrías sociales: “...El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados...” Esta expresión la complementa con la última parte del artículo, y establece que aquellas personas que por las condiciones de la vida están en un nivel de desigualdad manifiesto tendrán por parte del Estado un trato diferenciado y benefactor: “...El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

EL CONCEPTO DE DESARROLLO CON ENFOQUE ECOSISTÉMICO DESDE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

La estrategia del Estado colombiano, en el presente caso, se ha basado en una protección ecosistémica, no humana, de los recursos naturales que existen en la región y en la implementación de un modelo de desarrollo sostenible que ve a los pobladores como invasores ante la entrada inminente de proyectos de turismo de alto nivel. (Consejo de Estado, 2011).

La tensión entre estos postulados (medio ambiente y desarrollo) también se ha reflejado en el derecho internacional. Independientemente de la decisión final que tomó la Corte Internacional de Justicia en el litigio entre Hungría y Eslovaquia, en relación con las obligaciones del Tratado de 1977 sobre la construcción y operación de la represa del Río Danubio, entre Gabčíkovo y Nagymaros, sigue siendo vigente el dilema planteado por el concepto de desarrollo sostenible. Según la Corte:

“A través de los años, por diversas razones, entre ellas económicas, el hombre constantemente ha interferido con la naturaleza. En el pasado, esta interferencia se había hecho sin tener en cuenta los efectos sobre el ambiente. Debido a las nuevas revelaciones científicas y a la creciente preocupación sobre los riesgos para la humanidad y para las generaciones presentes y futuras de perseguir dichos objetivos de una manera desconsiderada y acelerada, se han desarrollado nuevas normas y estándares, expresadas en un gran número de instrumentos, durante las dos últimas décadas. Esas normas tienen que considerarse, y a esas nuevos estándares debe dársele el peso adecuado, no únicamente cuando los Estados realicen nuevas actividades, sino también en la continuación de las ya comenzadas. Esta necesidad de reconciliar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente está acertadamente expresada en el concepto de desarrollo sostenible.” (Gabčíkovo-Nagymaros Dam, 1997). (Énfasis añadido)⁶

En esta línea, la Corte Permanente de Arbitraje, en el caso *Arbitration Regarding the Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway*

⁶ La traducción del inglés al castellano fue realizada por los autores.

(*Belgium v. Netherlands*) del año 2005, también ha entendido la importancia de hacer compatibles los principios del desarrollo sostenible:

“El Derecho ambiental y el derecho sobre el desarrollo se establecen no como alternativos, sino como conceptos que mutuamente se refuerzan e integran, esto requiere que cuando el desarrollo pueda causar un daño significativo al medio ambiente, haya una duda para prevenir o, al menos, mitigar dicho daño. ... Esta duda, según la opinión del Tribunal, se ha convertido ahora en un principio general del Derecho Internacional. Este principio aplica no solamente en actividades autónomas, sino también en actividades realizadas en el marco de la implementación de Tratados entre las partes.”⁷ (Iron Rhine “Ijzeren Rijn” Railway, 2005).

En el caso analizado esta tensión se ha planteado sin tener en cuenta a las comunidades que habitan dicha región insular. Se ha dado una preponderancia a la protección ambiental y se ha visto una desconexión del desarrollo entendido en su conjunto. Esto con el agravante de que dichas comunidades al ser afrodescendientes, son sujetos de especial protección constitucional.

Lo más paradójico de este asunto es que Colombia es parte del *Convenio de Cooperación para la Protección y el Desarrollo Sostenible de las Zonas Marinas y Costeras del Pacífico Nordeste*, que incluye una definición de desarrollo sostenible no aplicada en rigor por el Estado de Colombia en el presente caso de estudio⁸. De acuerdo con esta Convención del año 2002:

⁷ La traducción del inglés al castellano fue realizada por los autores.

⁸ La definición del Convenio establece que “por “desarrollo sostenible” se entiende el proceso de cambio progresivo en la calidad de vida del ser humano, que lo coloca como centro y sujeto primordial del desarrollo, por medio del crecimiento económico con equidad social y la transformación de los métodos de producción y de los patrones de consumo, y que se sustenta en el equilibrio ecológico y el soporte vital de la región”. Artículo 3.1.a del Convenio de Cooperación para la Protección y el Desarrollo Sostenible de las Zonas Marinas y Costeras del Pacífico Nordeste de 2002, artículo 3.1.a. Consultado por última vez el 10 de marzo de 2014. Disponible en: <http://www.unep.ch/regionalseas/main/nep/nepconvs.html>

“Este proceso [de desarrollo sostenible] implica el respeto a la **diversidad étnica y cultural regional**, nacional y local, así como el fortalecimiento y **la plena participación de la ciudadanía** en convivencia pacífica y en armonía con la naturaleza, sin comprometer y garantizando la calidad de vida de las generaciones futuras”⁹. (Énfasis añadido)

Dentro del marco jurídico internacional, y sin ánimo de ser exhaustivos en la relación, se destacan especialmente *las Conferencias de Naciones Unidas sobre el Medio ambiente y el Desarrollo*: Estocolmo (1972), Río de Janeiro (1992), Johannesburgo (2002) y la llamada Río+20 (2012). Como se observará, cuando se analice la postura de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en relación con el concepto de desarrollo sostenible, el enfoque que adoptó la Conferencia de Río de Janeiro en 1992 (Principio 3) ha establecido en buena medida el entendimiento que se tiene actualmente sobre dicho concepto.

Otra referencia que vale la pena considerar es la *Declaración de Nueva Delhi sobre los principios de derecho internacional relacionado con el Desarrollo Sostenible*, elaborada por la *Internacional Law Association* (ILA) con el ánimo de ser adoptada en el futuro por Naciones Unidas. La Declaración de Nueva Delhi propone siete principios básicos que deben guiar el desarrollo sostenible, por saber: 1.- *La obligación de los Estados de asegurar la utilización sustentable de los recursos naturales.* 2.- *La equidad y la erradicación de la pobreza.* 3.- *Las responsabilidades comunes pero diferenciadas.* 4.- *El criterio de precaución aplicado a la salud, los recursos naturales y los ecosistemas.* 5.- *La participación pública y el acceso a la información y la justicia.* 6.- *La buena gestión de los asuntos públicos,* y 7.- *La integración y la interrelación de todos estos principios, en particular en materia de DDHH y los objetivos económicos, sociales y ambientales.*

⁹ Ibíd.

Como puede observarse, el Derecho Internacional ha desarrollado todo un marco jurídico (en su mayoría de *soft law*) que permite a los Estados entender y tomar medidas para lograr y proteger el medio ambiente. No obstante, ante la actitud del Estado colombiano, los instrumentos del Derecho Internacional y las difíciles situaciones que siguen afrontando los pobladores de Santa Cruz del Islote, las preguntas que surgen son: ¿Qué tan eficaces han sido las actuaciones jurídicas para la protección de los habitantes del Islote? ¿Estamos frente a la vulneración de derechos sociales? ¿No habría sido mucho más eficiente y eficaz buscar la protección de los derechos sociales? ¿Existe una vía jurídica para la protección de estos últimos? ¿La vía jurídica es la única posibilidad para la protección de sus derechos?

Se hace evidente que el Derecho se queda corto para solucionar el hecho social; en este sentido es necesario explorar otras posibilidades y otros escenarios de actuación. Hay también otra conclusión que resulta de vital importancia en este caso y que responde a la siguiente pregunta: ¿El desarrollo sostenible con su enfoque ecosistémico es suficiente para la protección de los derechos de las comunidades en situación de desigualdad –como los pobladores del Islote–?

2. EL DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO: UN PRODUCTO DE POSTULADOS ECONÓMICOS

El proceso global económico, social y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa, así como en la distribución justa de los beneficios que de este proceso se deriven, es lo que la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo ha definido como *desarrollo* (ONU, 1986). Las discusiones alrededor del derecho al desarrollo han estado determinadas, en gran medida, por modelos económicos.

En los últimos lustros del siglo XX fue evidente el programa económico promovido por una serie de propuestas y principios que se pueden englobar en la famosa expresión el “Consenso de Washington” (cuyos postulados ideológicos trascienden el marco latinoamericano) y que va en la línea del orden establecido a partir de las directrices e instituciones que surgieron en las Conferencias de Bretton Woods: el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Durante estas conferencias también se planteó la creación de la Organización Internacional de Comercio, la cual no se cristalizó por no contar con el apoyo de Estados Unidos. Debieron pasar cincuenta años para que se creara una Organización Mundial del Comercio, como se mencionará más adelante.

Por su parte, en el año de 1989 tuvo lugar la conferencia *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, organizada por el *Institute for International Economics (IIE)* con el fin de analizar la planificación de la política económica estadounidense para los países latinoamericanos. Un año más tarde, John WILLIAMSON –economista del IIE– acuñaría la expresión “Consenso de Washington” y elaboraría el decálogo del Consenso con las recetas prescritas para el crecimiento de las economías de América Latina: “(1) disciplina presupuestaria; (2) reorientación del gasto público desde los subsidios indiscriminados a actividades ineficientes hacia la sanidad, la enseñanza primaria y las infraestructuras; (3) reforma fiscal encaminada a ampliar la base imponible y a mantener tipos marginales moderados; (4) liberalización financiera (sobre todo en lo relativo a los tipos de interés); (5) tipo de cambio competitivo; (6) apertura comercial; (7) liberalización de la inversión directa extranjera; (8) privatización de empresas públicas; (9) desregulación (esto es, eliminación de barreras a la entrada y salida en los mercados de trabajo y de productos); y (10) derechos de propiedad (privada, claro está) garantizados, especialmente en el sector informal.” (BUSTELO: 2010).

Estos serían los principios que orientarían el nuevo orden económico mundial después de la II Guerra Mundial y, de manera más acentuada, durante las dos últimas décadas del siglo XX. Sin embargo, junto con la ortodoxia de la economía liberal han surgido reclamos sobre el cuidado del medio ambiente y al bienestar de todos los pueblos, en especial de los menos desarrollados. En este sentido, la Organización Mundial del Comercio (proveniente del *General Agreement on Tariffs and Trade – GATT–*) ha debido afrontar la cuestión del desarrollo no solo desde una óptica utilitarista (aumento del PIB mediante la liberalización del comercio), sino desde una aproximación más compleja que involucra el desarrollo humano y el desarrollo ambiental. Por ejemplo, el Acuerdo de Marrakesh que estableció formalmente la OMC en 1994 fija en su preámbulo la necesidad de lograr una “utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico”, postulado reafirmado en la Declaración de Doha de 2001.

Así mismo, la jurisprudencia de la OMC ha abordado el concepto de desarrollo sostenible y ha resaltado que éste debe integrar el desarrollo social y económico con la protección del medio ambiente (US – Shrimp, 1998). Y en el caso *US – Shrimp (Recourse to Article 21.5 by Malaysia, 2001)*, el panel en cuestión hizo eco del principio 3 de la Declaración de Río de 1992, según el cual “el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”. No obstante, la conjugación de los principios de liberalización de la economía y realización efectiva de los derechos de la población no siempre es fácil de lograr. Esto se observa de manera clara en el terreno de los servicios, en particular de los servicios públicos esenciales. Al igual que en asuntos de agricultura, propiedad intelectual e

incluso medidas sanitarias y fitosanitarias, la liberalización de los servicios (en el acuerdo *General Agreement on Trade in Services, GATS*) es un campo en el que puede resultar difícil lograr un desarrollo humano integral.

A este respecto, la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de Naciones Unidas ha propuesto una perspectiva del GATS con base en los derechos humanos. En el Informe *Liberalization of Trade in Services and Human Rights: Report Of The High Commissioner*, que la Alta Comisionada realizó a solicitud de la *Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos* de la *Comisión de Derechos Humanos* de la ONU, se estableció una necesidad urgente de armonizar el desarrollo humano con los objetivos de liberalización del mercado promovidos por la OMC. Si bien los Estados miembros de la OMC se han comprometido a liberalizar o disminuir sus barreras al comercio en virtud de los acuerdos cubiertos en el marco de la OMC, no resulta aceptable que la pretendida escasa intervención del Estado resulte en una afectación a los derechos humanos de sus ciudadanos. Según el Informe en mención:

“(...) [E]l proceso de liberalización, particularmente cuando lleva a la desregularización de las actividades del sector privado, puede amenazar el acceso universal de los personas de escasos recursos a los servicios esenciales. Los Estados mantienen sus obligaciones nacionales e internacionales, para garantizar la satisfacción del servicio universal, de acuerdo con las capacidades locales y deben, por lo tanto, evitar dejar las cuestiones sobre el bienestar humano únicamente a las fuerzas del mercado. Las aproximaciones del desarrollo humano al GATS, mediante la negociación, interpretación e implementación de las reglas comerciales de acuerdo a las normas y los estándares de los derechos humanos, hará que se maximicen los beneficios de los servicios de comercio internacional, mientras se minimizan sus desafíos. Adicionalmente, la adopción de las aproximaciones de derechos humanos al GATS ayudará a que los Estados reconcilien sus obligaciones en derechos humanos con las normas comerciales.”

El Informe concluye su análisis de una manera contundente:

“Puesto de una forma simple, un enfoque basado en los derechos humanos significa que se deben buscar los medios necesarios para que la liberalización progresiva en el comercio de servicios se lleve a cabo de manera que ayude a cumplir el objetivo de promover y proteger los derechos humanos” (United Nations Economic and Social Council, 2002).

Así, un efectivo cumplimiento de los derechos civiles o económicos puede verse afectado por normas internacionales, regulatorias de aspectos centrales de la economía de los Estados (KRAJEWSKI, 2003: 1-21).

Todas las ciencias coinciden en la búsqueda de este bienestar, y se convierten en medios para lograr este objetivo. En el entramado tan complejo de esa realidad científica, la economía y el derecho han tejido relaciones en las que la economía ha afectado la forma como se entienden los derechos y, sobre todo, la manera en que se materializan y se hacen reales; esto, por supuesto, también ha impactado las teorías del desarrollo y las Constituciones de los siglos XIX y XX.

Según GARCÍA (2004), “la inclusión de los derechos sociales en el constitucionalismo temprano del siglo XX, es obra de la crítica socialista y marxista al principio liberal de igualdad, entendido como mera igualdad ante la ley”. Este principio respondía a un pensamiento de economía liberal en el que se respetaba al máximo la autonomía de la voluntad y en el que prevalecía la relación entre capital y trabajo, en virtud de la cual el empleado era visto como un contratante en igualdad de condiciones con el empleador y a quien aquél le vendía su fuerza de trabajo como un bien. Esto generó varias críticas, pues este modelo no correspondía a la realidad de las relaciones entre los contratantes. Hoy en día las Constituciones incluyeron la carta de los derechos sociales y, como consecuencia tenemos lo que UPRIMNY, RODRÍGUEZ, & GARCÍA (2006) denominan neoinstitucionalismo por un extremo y estructuralismo por el otro. Sobre el primero existe una fuerte influencia de la economía

neoliberal y sobre el segundo un constructivismo que entiende que debe haber una relación estrecha entre el proceso de construcción de las normas y los actores sociales (ABRAMOVICH & COURTIS, 2006).

La economía también ha impactado las teorías del desarrollo. Si la política económica busca la acumulación de la riqueza, entonces lo importante será la renta y la riqueza. Si lo que marca la política económica es el utilitarismo, entonces lo relevante para la medición del desarrollo será la satisfacción mental. Si el objetivo es un proceso libertario pues el acento estará en el proceso mismo. Así como ya se plantearon las críticas en las relaciones entre economía y derecho, dependiendo del enfoque de aquella, en las teorías de desarrollo ha ocurrido algo similar. En efecto, para el primer enfoque sobre la acumulación de riqueza se afirma que este no tiene en cuenta las realidades sociales y las libertades fundamentales. En contra del utilitarismo se ha afirmado que este no tiene en cuenta lo subjetiva que puede ser la satisfacción mental. Y para el enfoque procedimental libertario, que este se concentra tanto en el proceso que deja de lado las consecuencias del mismo (Cfr. SEN, 2012).

Ante este panorama y en este punto podemos afirmar al menos dos cosas: por un lado, la calificación de los derechos depende en gran parte de procesos económicos extrajurídicos que influyen en la positivización de los derechos (elementos de derecho internacional y de derecho interno). Esto es evidente en la consagración constitucional tanto de los derechos civiles y políticos, como de los derechos sociales. En los primeros sobresale una libertad negativa por parte del Estado, en los segundos, se prioriza el papel del Estado enfocado hacia la libertad positiva. Por otro lado, se puede afirmar también que las críticas hechas a los modelos económicos, como es obvio, afectan las figuras jurídicas que han sido incluidas en los ordenamientos jurídicos producto de esos modelos económicos. Esto puede verse en las críticas sobre la exagerada importancia de la libertad y la autonomía de la

voluntad en detrimento de la igualdad material y la real garantía de los derechos.

Esto afecta, por supuesto, los derechos de la sociedad –en el caso concreto, los de la comunidad negra del Islote Santa Cruz–, pues de la manera como sean materializados e incluidos en los ordenamientos jurídicos, así también serán las actuaciones y/o políticas del Estado.

3. LOS ÍNDICES DE MEDICIÓN Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS

El desarrollo económico es un concepto complejo que encierra distintas variables. Para efectos de este escrito, es relevante enfocarse en dos: los métodos de medición del desarrollo económico y las consecuencias jurídicas de dichos métodos de medición. La conclusión es que los métodos de medición del desarrollo económico determinan políticas de Estado y, en consecuencia, generan condiciones para la garantía o no de los derechos.

Las tesis sobre desarrollo económico han surgido alrededor de la pregunta de cómo disminuir la pobreza de las naciones. Varios enfoques han sido propuestos con el fin de determinar teorías económicas que sean eficientes y eficaces para disminuir los niveles de pobreza mundial. En este escenario, una pregunta obligada es el método y las variables por medio de las cuales está midiéndose el desarrollo.

Las teorías económicas liberales comenzaron a medir la pobreza basadas en el Producto Interno Bruto, PIB. Esta medición totaliza la producción de un país y mide los niveles de riqueza, basada en ese índice de producción. Algunas teorías económicas criticaron esta medición por encontrarla poco realista, en el sentido en que si bien indica la producción total de un país, esto no necesariamente mide los niveles de pobreza. Amartya SEN identificó esto comparando dos regiones de dos países determinados, la India y

Estados Unidos. El resultado de su investigación fue que a pesar de que Estados Unidos tenía un mejor PIB, en la India existían regiones en las cuales sus ciudadanos tenían mayor y mejor acceso a las necesidades básicas. (Cfr. SEN, 2012).

Existe otro índice de medición propuesto por las teorías de desarrollo más recientes. El Índice de Desarrollo Humano y el Índice de Pobreza Multidimensional, fueron las respuestas metodológicas al Producto Interno Bruto. Sin abandonarlo del todo, estas teorías parten de un supuesto distinto que en palabras simples expresan que la calidad de vida se logra con la satisfacción de necesidades que van más allá del dinero. Un ejemplo ilustra mejor este asunto: de nada sirve que una persona tenga todo el dinero del mundo, si ante una necesidad en salud carece de las condiciones físicas y estructurales para acceder a una clínica u hospital.

En este sentido, los métodos de medición son indicadores que determinan las formas de actuación de los gobiernos. Si un país tiene un alto PIB, -se creía anteriormente- que las cosas estaban bien y que las políticas debían seguir el curso que tenían. El ejemplo más reciente se evidenció en la última crisis financiera de Estados Unidos. Ante la burbuja inflacionaria que estaba ocurriendo en la etapa temprana de la crisis, las autoridades económicas mantuvieron las políticas financieras que existían hasta el momento.

4. EL DESARROLLO CON ENFOQUE EN CAPACIDADES, UNA APUESTA POR LA IGUALDAD DESDE LA LIBERTAD

El desarrollo humano basado en un enfoque de capacidades es “el proceso de expansión de libertades reales de que disfrutaban los individuos” (SEN, 2012: 19). Este enfoque tiene como objetivo brindar una estrategia de medición de las libertades de los seres humanos con el fin de conocer de una mejor manera su calidad de vida. Su fundamento filosófico es aristotélico, lo cual marca una importante distinción con otros enfoques de desarrollo como los

utilitaristas y de corte liberal. En efecto esta distinción sobre el concepto de libertad desde una visión aristotélica, en palabras de Martha NUSSBAUM, supone “la materialización política (...) sobre la relación entre suficiencia material (*economic empowerment*) y las libertades políticas dentro del enfoque de capacidades” (SÁNCHEZ GARRIDO, 2008: 137), es lo que ella llama democracia social aristotélica. Esto significa que el concepto de libertad para el desarrollo –contrario a la posición liberal–, es un concepto amplio de libertad positiva.

Es decir, el modelo liberal plantea, basado en una sociedad conflictiva que nuestra libertad va hasta la libertad del otro. SEN critica este modelo y argumenta que “la libertad de hacer y ser aquello que es posible en la realidad” (BOSSETI, 2008: 133) es lo que determina y se ajusta a la capacidad de razonar sobre las elecciones de los seres humanos. En otras palabras, pensar que el desarrollo puede surgir de una visión conflictiva con su consecuente concepto de libertad negativa es contraproducente para el desarrollo humano pues, así como lo reconoció Amartya SEN, su concepto de capacidades y funcionamientos se parece a la teoría de la potencia y del acto de Aristóteles¹⁰ (Cfr. SEN y NUSSBAUM, 1993: 54), lo cual implica un concepto amplio de libertad positiva.

Las capacidades tratadas indistintamente como libertades responden a la pregunta de “¿Qué es capaz de hacer y ser cada persona?” (NUSSBAUM, 2011: 27). Estas pueden ser innatas, internas y combinadas; en la medida que se pongan en práctica se vuelven funcionamientos y su posibilidad de actualización depende de varios factores tanto humanos cuanto contextuales. Según NUSSBAUM, existe un número de capacidades que es

¹⁰ Aquí se encuentra que existe una diferencia clara entre su teoría y la pretensión aristotélica de unicidad. Sin embargo, también reconoce que existe una importante relación conceptual de su teoría con la noción aristotélica de bien humano y que Martha NUSSBAUM ha desarrollado a partir de la teoría de la distribución política.

abierto y que coincide con todo lo que el hombre tiene más razones para valorar¹¹ (NUSSBAUM, 2011: 39).

En este sentido, varios de los factores que inciden en que las capacidades puedan ponerse en funcionamiento, tienen que ver con la estructura del Estado y de los órganos que lo componen. Así, las diferentes Constituciones cumplen un papel muy importante. NUSSBAUM propone al menos tres características que deberían tener los Tribunales Constitucionales respecto del enfoque de capacidades. Así, propone que estos deben:

- (i) Concretizar las capacidades de la lista (NUSSBAUM, 2011: 44), (ii) determinar unos niveles no utópicos pero que sean aspiracionales en los que se exija a la Nación el mejoramiento de sus condiciones de actualización de las capacidades y (iii) promover la seguridad de capacidad, la cual debe garantizar una adecuada accesibilidad y lograr una confianza justificada de los jueces, entre otras (NUSSBAUM, 2011: 48).

De acuerdo con lo anterior pueden concluirse tres cosas. Por un lado, (i) que hay escenarios en donde coexisten la teoría de desarrollo con enfoque de capacidades con la ciencia del Derecho, (ii) que el papel de las Cortes Constitucionales es importante en sus relaciones con el desarrollo humano al punto de garantizarlo u obstruirlo y (iii) que la forma en la que se entienda el concepto de libertad marca un derrotero en las relaciones entre el Derecho y el Desarrollo que puede incidir en la materialización de la calidad de vida de cada una de las personas que componen una determinada sociedad.

5. EL CASO DEL ISLOTE SANTA CRUZ. UNA CONCLUSIÓN

La comunidad ha reclamado sus derechos por diversas vías. En una primera etapa lo hizo por medio de mecanismos extrajurídicos

¹¹ Estas son la vida, la salud, la salud física, la integridad física, los sentidos, la imaginación y el pensamiento, las emociones, la razón práctica, la afiliación, otras especies, el juego y el control sobre el propio entorno.

en los que se dirigían cartas a las diversas entidades tanto a nivel local cuanto a nivel nacional; sus reclamos jamás fueron atendidos. En una segunda etapa, sus acciones fueron mediante vías de hecho tales como los realizada por “Mito”, un líder comunitario que se encadenó frente a la sede de la Alcaldía de Cartagena de Indias en la Plaza de la Aduana con un cartel que decía: *Doctora Judith Pinedo: ¿Cómo es posible que en pleno siglo XXI haya un pueblo que no cuente con el servicio público de agua?* Al igual que en la primera etapa, sus reclamos tampoco fueron atendidos. En una tercera etapa, y por medio de la asesoría y coordinación de varios profesionales, la comunidad negra del Islote comenzó a hablar en otro idioma, el jurídico.

Ante la evidente problemática y los distintos matices frente a la vulneración de derechos, se iniciaron varias estrategias desde la conciencia colectiva para la protección de los derechos como comunidad negra. A partir de su autonomía, comenzó una reivindicación de su identidad, que fundamentó el reclamo de su derecho a participar y a plantear una opción propia de desarrollo.

Estas estrategias comenzaron por un auto reconocimiento como comunidad negra, el cual se evidenció en la creación del Consejo Comunitario en el año 2011¹². Luego vinieron una serie de reclamaciones jurídicas por medio de varios mecanismos como los derechos de petición, una acción popular para la defensa de los derechos colectivos¹³, y un sinnúmero de participaciones en escenarios políticos de discusión de política pública en donde se debatía sobre las necesidades del territorio insular. Fue así como se logró que por primera vez en la historia del Caribe Insular, se hiciera

¹² La figura de Consejo Comunitario es la forma por medio de la cual el Estado colombiano reconoce la autonomía administrativa de las comunidades negras. Por medio de la Resolución 4242 del 22 de Julio de 2011, la Alcaldía de Cartagena de Indias reconoció, inscribió y registró al Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Santa Cruz del Islote.

¹³ Esta acción popular es el fruto del trabajo conjunto de la Clínica Jurídica de la Universidad de La Sabana, del Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario y de la Fundación Probono de Colombia.

una consulta previa de la comunidad negra del Islote Santa Cruz, por medio de la cual esta población puso en duda toda la política ambiental del Estado colombiano en el Caribe Insular, pues esta ha desconocido y desconoce la realidad humana de este territorio.

Si bien, varias fueron las estrategias usadas para la satisfacción de los derechos de la comunidad, las necesidades en materia de calidad de vida siguen siendo las mismas. Esto se explica de alguna manera por la deficiencia de políticas que tengan como objetivo el desarrollo humano de la comunidad, lo cual, a su vez, es el resultado de una exclusión sistemática generada por una historia renuente al reconocimiento de los negros y a un aislamiento particular de las comunidades que hacen parte del territorio insular.

Aunado a lo anterior, es claro también que las políticas del Estado que han sido creadas para la región, son con enfoque medioambiental, dejando de lado un enfoque humano que se evidencia en las consecuencias ya mencionadas.

En este sentido, es claro que el Islote Santa Cruz ha sido víctima, entre otros, de las discusiones sobre el desarrollo que marcan la teoría universal, tanto en lo económico, como en lo jurídico. Esto no puede ser ajeno al marco de igualdad que se busca como objetivo en las políticas macroeconómicas y en el ordenamiento jurídico. En otras palabras, la igualdad es un fin que debe ser buscado por todas las ciencias y por el quehacer humano, ése es el punto de partida que desafortunadamente ha sido perdido de vista en el caso en concreto y en muchas otras realidades a nivel mundial.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor. & COURTIS, Christian. *El umbral de la ciudadanía: El significado de los derechos sociales en el Estado Social Constitucional*. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2006.

- BUSTELO, Pablo. "Desarrollo económico: del Consenso al Post-Consenso de Washington y más allá". En: *Estudios de Historia de pensamiento económico*. Homenaje al profesor Francisco Bustelo García del Real. Editorial Complutense S.A. Madrid, 2003.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 24 de Noviembre de 2011. Expediente # 25000-23-25-000-2003-91193-10 (AP).
- GARCÍA, Mauricio. "Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano". En: SANTOS, Boaventura de Sousa & GARCÍA, Mauricio (Eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Siglo del Hombre Editores. Bogotá, D.C., 2004.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Dam (Hungary v. Slovakia) I.C.J. Rep., 37. 25th September 1997.
- KRAJEWSKI, Markus. *National Regulation and Trade Liberalization in Services. The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*. Kluwer Law International. The Hague, 2003.
- MARÍN, Hugo, MISAS, Pilar, et al. *Tantos tan invisibles* (Documental). 2011. Disponible para consulta en <http://www.youtube.com/watch?v=gGOiAtNGxII> Fecha de consulta: 05/05/2014
- NUSSBAUM, Martha C. & SEN, Amartya (Compiladores). *La calidad de vida*. Fondo de Cultura Económica, primera reimpresión en español. México D.F., 1998.
- NUSSBAUM, Martha C. *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*. Paidós. Barcelona, 2011.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión

de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Liberalization of Trade in Services and Human Rights: Report of the High Commissioner E/CN.4/Sub.2/2002/9. 25 de junio de 2002.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Convenio de Cooperación para la Protección y el Desarrollo Sostenible de las Zonas Marinas y Costeras del Pacífico Nordeste de 2002. Disponible en: <http://www.unep.ch/regionalseas/main/nep/nepconvs.html>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*. Resolución 41/128 del 4 de Diciembre de 1986 de la Asamblea General.

PERMANENT COURT OF ARBITRATION. In the Arbitration Regarding the Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway, between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, Award of the Arbitral Tribunal. May 24, 2005.

SÁNCHEZ GARRIDO, Pablo (2008). Las raíces intelectuales de Amartya Sen. Aristóteles, Adam Smith y Karl Marx. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008.

SEN, Amartya. *Desarrollo y libertad*. Editorial Planeta. Bogotá, 2000.

SEN, Amartya. “Human rights and the limits of law”. En: Cardozo Law Review. Volume 27, Issue 6. New York, 2006.

UPRIMNY, Rodrigo, RODRÍGUEZ, César, GARCÍA, Mauricio. “Una nueva aproximación al debate sobre la justicia, los derechos sociales en Colombia”. En: UPRIMNY, Rodrigo, RODRÍGUEZ, César., GARCÍA, Mauricio (Eds.). *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Grupo Editorial Norma. Bogotá D.C., 2006.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Appellate Body Report. United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (6 November 1998), WTO Doc. WT/DS58/AB/R.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Report of the Panel. United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Recourse to Article 21.5 by Malaysia (15 June 2001), WTO Doc. WT/DS58/RW.

REPARACIÓN INTEGRAL Y DERECHOS COLECTIVOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: EL CASO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS¹

ASTRID OSORIO ÁLVAREZ²

INTRODUCCIÓN

El debate sobre los derechos colectivos de las comunidades indígenas es cada vez más latente en los países de las Américas³, aunque las dinámicas de las luchas pueden variar según el contexto, las comunidades indígenas enfrentan diariamente nuevos desafíos por la supervivencia, que no se concibe sin el goce de su autonomía y la práctica de su cultura y costumbres. (DULITZKY, 2003)

Estos derechos tanto colectiva, como individualmente considerados, se encuentran reconocidos en instrumentos

¹ La Corte IDH por medio de la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos ha construido un reconocido *corpus juris* internacional en materia indígena. Asimismo, las medidas de reparación decretadas por el tribunal han marcado estándares internacionales que vinculan a los Estados en materia de derechos colectivos de los pueblos indígenas.

² Profesora de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la Universidad Pontificia Bolivariana. Abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana. Candidata a Magíster en Derechos Humanos del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata.

³ Si bien los casos más controversiales responden a problemáticas de los pueblos indígenas en países del sur y Centroamérica que son en su mayoría partes del Pacto de San José y por lo tanto hacen parte de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, no se puede desconocer el trabajo interpretativo de la Declaración Americana realizado por la Comisión respecto a la protección de los derechos de estos pueblos en países como Canadá y Estados Unidos.

universales y regionales de derechos humanos como el Convenio 169 de la Organización Mundial del Trabajo (OIT)⁴, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Estos dos últimos instrumentos le dieron competencia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para conocer de asuntos relacionados con la responsabilidad internacional de los Estados en caso de incumplir los compromisos derivados de la firma de la Declaración y la ratificación de la Convención respectivamente. (Art.33).

Hasta hoy, los mencionados órganos han creado una vasta jurisprudencia que responde a los desafíos y problemáticas regionales relacionados con la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Las decisiones de ambos órganos han dado lugar a la reivindicación de estos derechos tanto en su dimensión individual como colectiva.

Este despliegue interpretativo en el ámbito de las reparaciones se enmarca en la diversidad cultural de los pueblos indígenas que se manifiesta en la cosmovisión propia de la comunidad, su relación con la tierra, la naturaleza y el vínculo ancestral, que a su vez define la forma en que se concibe la justicia y por lo tanto en la forma en que se concibe la reparación.

⁴ Si bien el Convenio 107 de la OIT es anterior al Convenio núm. 169 sobre poblaciones indígenas y tribales, no se tiene en cuenta para el desarrollo de este artículo, no solo porque se ha agotado el plazo de ratificación sino, sobre todo, por su contenido integracionista el cual, además, supone la desaparición de los pueblos indígenas con la llegada de la modernización, afirmación que a la luz de los derechos humanos y de la jurisprudencia que se estudia en este artículo contraviene los derechos y desestima las luchas históricas de los pueblos indígenas y tribales por preservar su cultura, costumbres y tradiciones en medio de un panorama de expansionismo y desequilibrio al que han sabido subsistir.

Al respecto, la Corte Interamericana en sus sentencias, ha logrado encontrar el equilibrio entre la universalidad de los derechos y la diversidad de los receptores, construyendo un régimen de reparaciones a partir de la aplicación e interpretación dinámica y progresiva de la Convención Americana de Derechos Humanos y de los principios que rigen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que ha derivado en una “verdadera doctrina sobre reparaciones, que va mucho más allá de la simple reiteración de las medidas indemnizatorias.” (GARCÍA, 2005: 3).

El presente artículo pretende describir algunas de las diferentes formas de reparación que ha concebido la Corte Interamericana para desagrar a las comunidades indígenas víctimas de violaciones de derechos humanos, las cuales se presentan hoy como estándares internacionales en materia de reparaciones. Para ello, estudiaremos la construcción gradual de estos estándares, analizando la manera en que el Tribunal ha reivindicado los derechos colectivos de los pueblos indígenas, transformando la práctica jurisprudencial que aún enfrenta grandes desafíos.

Para lograr tal objetivo, en una primera parte estudiaremos los antecedentes del Sistema Interamericano en el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas por medio de las reparaciones. Posteriormente se abordará el estudio de la reparación integral y su relación con la cultura y cosmovisión propias de las comunidades indígenas, donde se analizarán algunas de las decisiones más importantes en materia de derechos colectivos de pueblos indígenas en relación con la tierra, los territorios y los recursos naturales.

1. ANTECEDENTES INTERAMERICANOS

Mucho antes del establecimiento de un tribunal interamericano de derechos humanos, los derechos de los pueblos indígenas en las Américas estaban siendo protegidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano facultado por la

Carta de la Organización de los Estados Americanos (art. 106) para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos contenidos en la Declaración Americana de Derechos Humanos. Más tarde, también sería competente para conocer de asuntos relacionados con la violación de obligaciones internacionales emanadas de la Convención Americana de Derechos Humanos. (art. 33 y ss.).

Desde el momento de su instalación la CIDH conoció de varios casos relativos a los derechos de los pueblos indígenas, pero fue hasta 1985 que dictó su primera decisión de fondo, marcando un precedente en la materia.

El primer caso individual resuelto por la CIDH tiene origen en la denuncia presentada por la Comunidad Indígena Yanomami contra el Gobierno de Brasil⁵. Los hechos que dieron lugar a la controversia se relacionan con la construcción de una autopista transamazónica que atravesaba los territorios ancestrales de la comunidad interfiriendo en la autonomía del pueblo indígena para llevar a cabo la práctica de sus costumbres y tradiciones culturales.

La Comisión IDH, luego de revisar el caso, resolvió que el Gobierno de Brasil había omitido adoptar medidas eficaces y oportunas en favor de la Comunidad Yanomami, dando lugar a la violación de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad (artículo 1); derecho de residencia y tránsito (artículo 8); y el derecho a la preservación de la salud y bienestar (artículo 9), reconocidos en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre.

La resolución de este caso contiene varios componentes fundamentales para la reivindicación de los derechos de la comunidad Yanomami y en general para los derechos colectivos de los pueblos indígenas, por las siguientes razones:

⁵ Comisión IDH. Resolución N° 12/85. Caso N° 7615. Yanomami (Brasil). 5 de marzo de 1985.

- 1) La Comisión IDH decide sobre las violaciones de derechos humanos de los Yanomami, en virtud de la Declaración Americana de Derechos Humanos, dándole valor jurídico al instrumento.
- 2) Las reparaciones en el caso, señalan una pauta en materia de propiedad comunal, respecto a la obligación del Estado de Brasil de delimitar y demarcar el territorio Yanomami (La Corte IDH fijó este estándar en el 2001 en el caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni).
- 3) Incluye además, una suerte de consulta previa cuando establece que: los programas educacionales, de protección médica y de integración social de los Yanomami deberán darse con la prerrogativa de que "... sean llevados a cabo en consulta con la población indígena afectada ..." (Yanomami vs. Brasil, 1985)

La decisión de la Comisión IDH en este caso marca un precedente en materia de derechos colectivos de los pueblos indígenas, con importantes implicaciones que se refieren. Al momento histórico en que se enmarca la decisión, el instrumento internacional utilizado para resolver el caso, junto con una interpretación altamente progresiva que para la época brinda a los pueblos indígenas la garantía de ser escuchados en relación con las decisiones que los afecten y la oportunidad de recuperar sus tierras ancestrales, componente vital de su cultura y cosmovisión.

Posteriormente, la Comisión IDH continuó con el estudio de denuncias que dieron a informes de admisibilidad, algunos de los cuales posteriormente llegaron a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de los cuales hablaremos más adelante.

La Comisión IDH además, en 1990 creó la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual haciendo uso de su

mandato se ha concentrado en defender y promover los derechos de los pueblos indígenas por medio de diferentes actividades entre las cuales está la presentación de informes temáticos y el acompañamiento de visitas *in loco* donde recomienda a los Estados miembros de la OEA la adopción de medidas específicas para el fortalecimiento, promoción, defensa y garantía de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

No se puede desconocer además, el importante papel que ha desempeñado la Comisión Interamericana en el desarrollo de los trabajos preparatorios y de negociación para el proyecto de Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Junto con las decisiones que en materia de medidas cautelares han salvaguardado la vida e integridad de los miembros de las comunidades indígenas en diferentes países americanos⁶. El ejemplo más reciente, se encuentra en la medida cautelar solicitada al Estado de Brasil a favor de los Pueblos amazónicos de la Cuenca del Río Xingú, que suspendió la construcción de una de las represas más grandes del mundo sobre tierras donde habitaban estos pueblos indígenas.

La Comisión argumentó que el megaproyecto ponía en peligro la vida de las comunidades y le solicitó al Estado que garantizara unas condiciones mínimas antes de emprender las actividades relacionadas con la represa. Estableció además, unas solicitudes específicas, que tenían que ver con el derecho a la consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado

⁶ Ver entre otros: CIDH, medidas cautelares solicitadas al Estado de Colombia en favor de miembros y líderes de la comunidad indígena Zenú de San Andrés de Sotavento de la localidad de Córdoba, 18 de junio de 1996, reiterada el 7 de enero de 1998 y en favor de los indígenas Embera Chamí, 15 de marzo de 2012. Medidas cautelares solicitadas al Estado de Belice en favor de las Comunidades Indígenas Mayas y sus miembros, 20 de octubre de 2000. Medidas cautelares solicitadas al Estado de México a favor del dirigente indígena Aldo González Rojas y Melina Hernández Sosa, 29 de noviembre de 2001. Medidas cautelares solicitadas al Estado de Panamá para proteger la vida y la integridad personal de los líderes del Pueblo Indígena Naso de la Región Bocas del Toro, el 30 de noviembre de 2009.

de las comunidades indígenas, la elaboración de estudios de impacto ambiental y social, y finalmente la obligación del Estado de Brasil de proteger la vida de las comunidades y su existencia colectiva. (Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil, 2011)

Por su parte, la Corte Interamericana desde su instalación en 1979 ha venido construyendo un *corpus iuris* internacional de derechos humanos reconocido por los Estados, tribunales internos y organismos de protección de derechos humanos en el mundo. Los criterios recogidos en su jurisprudencia y doctrina abordan diferentes contextos de violación de derechos humanos en los países de Centro y Sur América. Entre ellos los que se refieren a derechos étnicos y culturales. Los estándares establecidos, han ampliado el margen de garantía de derechos y libertades de los pueblos indígenas y tribales.

En este sentido, los pronunciamientos más relevantes de la Corte en materia indígena se han relacionado entre otros derechos, con el derecho a la vida en sentido estricto como en los casos Aloeboetoe, Bámaca Velásquez, Plan de Sánchez, Moiwana y Masacre de Río Negro. Otros casos han centrado el litigio en los derechos políticos de las comunidades y sus miembros como los casos Yatama y Alfredo López. Otros han abordado los derechos de las mujeres indígenas como Rosendo Cantú y Fernández Ortega. Y por su estrecha relación con la cultura y cosmovisión han establecido un precedente en materia indígena, los que se refieren al derecho a la propiedad colectiva y los recursos naturales en los casos: Awas Tingni, Yakye Axa, Sawhoyamaya, Saramaka y el más reciente caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku.

La primera decisión de Corte IDH que abordó los derechos de una comunidad tribal, se encuentra en el caso Aloeboetoe vs Surinam resuelto de fondo en 1990. Éste a su vez constituye el primer antecedente en materia de reparación colectiva.

Si bien los hechos del caso giraban en torno a derechos individuales de algunos miembros de la tribu Saramaca asesinados por un grupo de militares, la controversia se centra en el proceso de reparación donde la Corte prefiere aplicar las normas consuetudinarias de la Tribu Saramaca relativas a la sucesión, sobre el derecho interno. Siempre que tales no transgredieran la Convención Americana. (*Aloeboetoe y otros vs. Surinam*, 1993)

Posteriormente, el trabajo de la Corte IDH en este ámbito, fue cobrando mayor relevancia y los casos de comunidades indígenas comenzaron a ser estudiados por el tribunal. Sin embargo, pasaron más de veinte años luego de su instalación para que la Corte decidiera el primer caso contencioso en materia indígena. Éste versó sobre la desaparición forzada de Efraín Bámaca Velásquez por parte de las fuerzas armadas de Guatemala, una de las cuestiones más importantes abordadas en la sentencia incluyendo los votos razonados, se refirieron a las repercusiones que al interior de la cultura Maya representaba el irrespeto de los restos mortales de la víctima, en tanto no se logró darle una sepultura acorde a sus costumbres. (*Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, 2002).

Un año más tarde la Corte decidiría sobre los territorios indígenas de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, convirtiéndose éste en uno de los casos más reconocidos del sistema interamericano de protección de derechos humanos, del cual hablaremos más adelante.

2. EL RÉGIMEN DE REPARACIÓN INTEGRAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El régimen de reparación integral, comprende un conjunto o sistema de reglas dirigidas a restituir los derechos de quienes han sido víctimas de violaciones de derechos humanos, además recoge un principio fundamental del derecho internacional

contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados⁷, el cual advierte que “toda violación de una obligación internacional que ha producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente”⁸. (Chitay Nech y otros vs. Guatemala, 2010)

La Corte IDH ha reiterado este principio en su jurisprudencia, que además se sustenta en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, donde se establece a favor de las víctimas, la garantía del goce de su derecho o libertad conculcados, la posibilidad de que se reparen las consecuencias de la medida o situación que dieron lugar a la violación de los derechos y el pago de una justa indemnización⁹. En ese sentido, la reparación integral comprende diferentes formas en que el Estado infractor puede desagraviar a la víctima, las que incluye entre otras, la *restitutium in integrum*, satisfacción, garantías de no repetición e indemnización.

Esta base jurídica representa un pilar esencial en el Sistema de Protección Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), otorgándole eficacia a las decisiones de la Corte Interamericana, en la medida en que la declaración de responsabilidad estatal se acompaña de la correspondiente reparación de los daños causados por la violación de los compromisos internacionales. De no darse esta condición, no sería efectivo un sistema tutelar de derechos, en el que la competencia contenciosa de la Corte para resolver

⁷ Ver, Aloeboetoe y Otros. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Párr. 43. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Reparaciones 2002. Párr. 38. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Párr. 163. Caso Fernández Ortega vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Párr. 220.

⁸ Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Párr. 276.

⁹ Artículo 63 de la Convención Americana: 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

cierto litigio, no pudiera atribuir una sanción al Estado infractor que involucrara la obligación de resarcir el daño ocasionado.

De ahí, la importancia del artículo 68.1 de la Convención Americana de la cual se deriva el carácter obligatorio de las resoluciones de la Corte IDH. Esta disposición reitera el principio del *pacta sunt servanda*, donde los Estados partes del tratado adquieren el compromiso de cumplir la decisión del Tribunal. Por lo tanto, las sentencias de la Corte IDH son inmediatamente ejecutables, toda vez que imponen obligaciones de derecho internacional, y ni aún el derecho interno de los Estados Partes puede modificar o suspender la naturaleza o alcance del fallo¹⁰. (Aloeboetoe y otros vs. Surinam, 1993).

A este blindaje normativo, se le suma la competencia de la Corte IDH para seguir conociendo de la suerte de sus resoluciones en los países obligados¹¹, sin que esto implique que el fallo pueda ser apelado¹². Todas estas salvaguardias protegen y garantizan los

¹⁰ Artículo 68 de la Convención Americana: 1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. Ver, *Bámaca vs Guatemala*. Reparaciones y costas. Sentencia del 22 de febrero del 2002. Párr. 39.

¹¹ Según como lo determine la Corte Interamericana, hará seguimiento al cumplimiento de sus sentencias. En algunos casos, reserva su competencia para seguir conociendo del caso, aún después del cumplimiento de la sentencia por parte del Estado. Caso *Masacre Plan de Sánchez*. Resolutivo 16. Caso del Pueblo *Saramaka*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De 4 de septiembre de 2013. Solicitud de medidas provisionales y supervisión de cumplimiento de sentencia respecto de la República de Suriname en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/saramaka_04_09_13.pdf. Caso *Yatama vs. Nicaragua* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de agosto de 2013. Supervisión de cumplimiento de sentencia en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/yatama_22_08_13.pdf Caso *Chitay nech y otros vs. Guatemala*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de diciembre de 2011. Supervisión de cumplimiento de sentencia en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/chitay_01_12_11.pdf Para ver más acerca de seguimiento y supervisión de sentencia: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/20-supervision-de-cumplimiento>.

¹² Artículo 67 de la Convención Americana: El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo

derechos de las víctimas, sus familias y la comunidad. Además, se presentan como herramientas para la eficacia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, por sus siglas SIDH.

2.1. LA *RESTITUTIO IN INTEGRUM*

Las sentencias de reparaciones parten siempre de la necesidad o posibilidad de la *restitutio in integrum*. Esta regla, ofrece una modalidad de reparación que ha sido objeto de estudio tanto en la doctrina como en la jurisprudencia internacional. Entendiéndose, como una forma plena o perfecta de reparación, que restablece el daño causado por la transgresión de la obligación internacional, volviendo la situación al estado en que se encontraba anteriormente. (Bámaca Velásquez vs. Guatemala, 2002).

La *restitutio in integrum* se encuadra como una regla general de reparaciones, y solo en tanto y en cuanto no sea posible esta forma de reparación, se puede proceder a definir otras medidas reparatorias, que se dirijan a resarcir los daños causados a las víctimas en forma integral como: compensaciones pecuniarias, medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición. (Pueblo indígena Kichwa de Saarayaku vs. Ecuador, 2012:280). Esto implica que, la *restitutio* es una forma de reparar pero no es la única, “puede haber casos en que aquella no sea posible, suficiente o adecuada”. (Aloeboetoe y otros vs. Surinam, 1993).

En ese sentido, Sergio GARCÍA RAMÍREZ en su voto razonado, en el caso Bámaca Velásquez (2002), afirmó que, la *restitutio in integrum*, “puede servir como horizonte ideal de las reparaciones, pero no corresponde a un objetivo verdaderamente alcanzable.” Y por lo tanto, carece de sentido, insistir en la plena reparación, pues implica el retorno del *status quo*, es decir, volver las cosas al estado

interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

que se encontraban antes de la violación y esto materialmente no es posible, el daño causado constituye un hecho imborrable tanto para el individuo que ha sufrido el daño directamente como para la sociedad y tal situación no se puede desconocer.

Advertir este aspecto, es sumamente importante, más aún en el contexto indígena, donde la cosmovisión, la cultura y la pertenencia de la víctima o víctimas a una colectividad, fijan un contexto diferente, y tales características pueden en muchos casos dificultar no solo la plena reparación, sino otras formas de reparación, en razón del daño que se ha ocasionado.

Éste es el caso de Masacre Plan de Sánchez, donde la privación arbitraria de la vida de ancianos y mujeres, cortó la transmisión cultural de las tradiciones, impidiendo la continuidad histórica de sus ritos, costumbres y hábitos que le daban identidad a la cultura Maya Achí. En este caso, los conocimientos de los antepasados, no serán transmitidos a las nuevas generaciones por quienes estaban encomendados a tal tarea, esa alteración sin lugar a dudas es irreparable¹³, lo perdido en este caso, se ha perdido para siempre, aunque se establezcan otros métodos o formas de preservar la integridad cultural, gran parte de ésta fue arrebatada junto con la vida de las mujeres y los ancianos¹⁴.

Al respecto, la Corte en la sentencia de reparaciones del caso *Aloeboetoe vs. Surinam* (párr. 48) estimó que:

Todo acto humano es causa de muchas consecuencias, próximas unas y otras remotas. Un viejo aforismo dice en este sentido: *causa causæ est causa causati*. Piénsese en la imagen de una piedra que se arroja a un lago y que va produciendo en las aguas círculos concéntricos cada vez más lejanos y menos perceptibles. Así, cada acto humano produce efectos remotos y lejanos. Obligar al autor de un hecho ilícito a borrar todas las consecuencias que su acto causó es enteramente

¹³ Caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Párr. 49.12.

¹⁴ *Ibíd.* Párr. 93-111.

imposible porque su acción tuvo efectos que se multiplicaron de modo inconmensurable.

De ahí que, la Corte IDH en los casos donde se ha vulnerado el derecho a la vida u otros derechos que por su misma naturaleza, impiden restablecer el goce a las víctimas, decida que la reparación debe asumir un carácter pecuniario¹⁵, acompañada de otras formas sustitutivas de reparación, que garantizan la adopción de medidas por parte del Estado para evitar que tales hechos lesivos se repitan¹⁶. En todo caso, estas medidas sustitutivas de reparación deberán atender a la naturaleza de la violación, y además deberán guardar relación con los derechos vulnerados declarados en la sentencia¹⁷. (Fernández Ortega vs. México, 2010)

Estas medidas, que complementan la indemnización y sustituyen la *restitutio*, desde una perspectiva integral buscan desagraviar a las víctimas en los contextos de violación de derechos humanos, pues como se estableció en el capítulo anterior, la reparación es a los sistemas de protección de derechos humanos una obligación estatal ineludible.

Para lograr tal propósito, la Corte IDH dentro del marco de reparaciones ha implementado medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición. El contenido de estas medidas no guarda el mismo sentido y alcance en materia indígena dada la especialialidad cultural de

¹⁵ Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C. No. 15, párr. 50.

¹⁶ Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia del 22 de Febrero de 2002., párr. 40

¹⁷ Caso Bámaca vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia del 22 de Febrero de 2002., párr. 41. Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C. No. 15, párr. 96 y 97; Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 86, y Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 194.

los pueblos y la particular perspectiva de colectividad que concibe la justicia y la reparación desde otra cosmovisión.

En ese sentido, en los próximos apartados se abordarán aquellas reparaciones que por su contenido se configuran hoy como estándares internacionales en materia de derechos colectivos de los pueblos indígenas, llamando la atención de Estados, tribunales internos y particulares, relacionados con megaproyectos e industria extractiva.

3. DERECHOS COLECTIVOS Y REPARACIÓN: EL CASO INDÍGENA

Sin lugar a dudas, la libre determinación, autonomía y especificidad cultural de los pueblos indígenas determina acciones particulares al momento de considerar las medidas de reparación. La relación entre lo individual y lo colectivo, entre lo material y lo espiritual modifica sustancialmente las medidas de reparación en un caso indígena. (ANAYA, 2010).

La Corte consciente de la importancia de las reparaciones individuales en lo colectivo había estimado, que la obligación de reparar del Estado en un caso que involucrara víctimas pertenecientes a una comunidad indígena, podría, según las circunstancias particulares del caso, requerir de medidas resarcitorias en favor de toda la comunidad¹⁸. (Rosendo Cantú y otras vs. México, 2010). Lo que implicaba una especie de vínculo indirecto con la reparación.

¹⁸ Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C. No. 15, párr. 96 y 97; Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 86, y Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 194. Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 188.

En ese sentido, el reconocimiento de las comunidades indígenas como sujetos colectivos de derechos llenaría de contenido las medidas de reparación exaltando su identidad y particular forma de vida. Sin embargo, la Corte IDH únicamente había declarado violaciones en perjuicio de miembros de comunidades indígenas¹⁹, aun cuando la normativa internacional ya planteaba la dimensión colectiva de sus derechos²⁰.

La Corte en mora con estas poblaciones decide por primera vez en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku integrar la dimensión colectiva al ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana. Esto implica que la reparación vincula a la comunidad indígena de manera directa y no como consecuencia de su relación con la víctima de las violaciones de derechos humanos. (Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 2012).

Este avance jurisprudencial, se vincula sin lugar a dudas, a la interpretación evolutiva que hace la Corte Interamericana de los tratados de derechos humanos²¹, del valor jurídico innegable

¹⁹ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awajitjuna vs. Nicaragua; Caso de la Comunidad Muiwana vs. Suriname, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas; Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay; Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, y Caso Xkamok Kasek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.

²⁰ Entre otros instrumentos: La Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 establece, en su artículo 1, que: “Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos”. El artículo 3.1 del Convenio núm. 169 de la OIT dispone que: “Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos”.

²¹ La Corte IDH, se reconoce por profundizar en sus criterios de interpretación, creados a partir de las reglas de derecho internacional y derechos humanos. Ver Opinión Consultiva OC1/82. Además en los casos contenciosos la Corte ha afirmado que “una interpretación evolutiva de los derechos humanos es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados y que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene

del Convenio núm. 169 de la OIT y por supuesto, de los trabajos preparativos de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y del instrumento mismo luego de su firma.

De ahí que, las medidas de reparación puedan atender a diferentes aspectos como la cultura, los recursos naturales o la demarcación y delimitación de los territorios ancestrales. Todos, aspectos que en alguna medida han permitido el desarrollo de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

La valoración del contenido de tales derechos, brinda a la Corte la base jurídica para afrontar el desafío que propone el contexto americano de los casos indígenas, toda vez que, implica alejarse de los estereotipos y catálogos occidentales de reparación para aproximarse a las concepciones culturales de reparación colectiva propias de las comunidades indígenas, sin olvidar el contenido individual de las mismas.

Al respecto, James ANAYA ha sostenido que no se trata de atender a un criterio individualista o colectivista, sino que la interpretación de la Corte debe tener en cuenta las costumbres de la comunidad y en esa medida las reparaciones se identificarán con las prácticas consuetudinarias, como en otras medidas resarcitorias se atiende al derecho interno. En ese caso, si la comunidad a nivel cultural se desarrolla de manera individual, será esa la mirada, o si por el contrario la comunidad responde a la colectividad, entonces no se podrá desconocer ese factor en el contenido de las reparaciones. (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008).

3.1. LA ESPECIFICIDAD CULTURAL DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y SU RELACIÓN CON LAS REPARACIONES

De la diversidad de las comunidades indígenas se derivan sus formas de relacionarse, los roles y funciones específicas de los

que acompañar la evolución de los derechos humanos como instrumentos vivos”, ver Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaui vs. Perú (2004) párr. 165.

miembros que son determinantes para su vida en comunidad y para la misma identidad e integridad comunal. (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008).

Las anteriores representan algunas de las características que diferencian a los pueblos indígenas de otras poblaciones. Estos aspectos culturales determinan en muchas ocasiones la pertenencia o no de un individuo a una comunidad indígena específica. Y en temas de reparación fijan el carácter, impacto y alcance de ésta e incluso definen el concepto mismo de justicia y en esa medida determinan la forma de reparación.

Al respecto la Corte IDH en su jurisprudencia ha establecido la indispensable tarea de los Estados de proteger efectivamente “las particularidades propias de los pueblos indígenas, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres”²². (Comunidad Indígena Sawhoyamaya, 2006)

Al respecto, el juez CANÇADO TRINDADE, en la sentencia de fondo del caso *Bámaca Velásquez* resaltó que las expresiones culturales deben encontrar recepción en el mundo del derecho. Lo que implica el reconocimiento y la relevancia de su “identidad y diversidad culturales para la efectividad de las normas jurídicas”²³ (2000).

Sin lugar a dudas, la labor del Tribunal y su interés en la protección de los derechos de las comunidades indígenas y tribales de las Américas, particularmente de su cultura, ha venido en progreso, recuérdese por ejemplo, en el caso *Aloeboetoe vs Surinam*, la incipiente visita de la Secretaría de la Corte al

²² Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay, supra nota 102, párr. 63. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 178.

²³ Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade. Párr. 24 y ss.

pueblo de Saramaca (aldea de Gujaba) con el fin de entender sus costumbres y modo de vida y relaciones familiares, en contraste con la visita *in situ*²⁴ realizada por la Corte en el 2012 al Pueblo Kichwa de Sarayaku²⁵. En ese mismo sentido, los múltiples peritajes reconocidos por la Corte de manos de antropólogos y académicos versados en el tema, a los que se les suma hoy la experticia e inmediatez del conocimiento propio de un indígena.

Recordemos el ya citado caso *Aloeboetoe vs Surinam*, la sentencia de reparación contiene el primer antecedente de la Corte IDH en materia de recepción de la especificidad cultural. En esta oportunidad la Corte IDH con el fin de determinar los sucesores de las víctimas para fijar la indemnización pecuniaria, decidió aplicar los principios generales del derecho a la luz de la costumbre saramaca, en la que prevalece la poligamia, con el propósito de extender el monto de las reparaciones a las diversas viudas y sus hijos. Sin embargo, en cuanto a los ascendientes, la Corte se apartó de la costumbre saramaca y no hizo ningún tipo de distinción de sexos, por considerarlo contrario a la Convención. (1992).

Más tarde, en la sentencia de reparaciones del caso *Bámaca Vélasquez vs. Guatemala* (2002), el tribunal consideró la importancia de los ritos de sepultura al interior de la cultura maya, etnia mam, a la que pertenecía la víctima Efraín Bámaca y que en el caso concreto no se llevaron a cabo, pues no se tenía conocimiento del paradero de los restos mortales de la víctima. El Tribunal, valoró el derecho de los familiares a la verdad, teniendo

²⁴ Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku vs. Ecuador. Resolución del Presidente de La Corte Interamericana De Derechos Humanos, 20 de enero de 2012. en: <http://corteidh.or.cr/docs/asuntos/sarayaku1.pdf>

²⁵ Caso *Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C. No. 15. Párr. 40. Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia del 27 de junio de 2012. Fondo y Reparaciones. Párrafos. 18, 19, 20, 23, 49, 52.

en cuenta que, si bien éste es un derecho que asiste a los familiares de cualquier persona desaparecida, en el caso en cuestión se enfatizó en el valor cultural de los mam respecto de la sepultura de los restos mortales de Efrain Bámaca Velásquez²⁶.

Sobre esta particular decisión de la Corte respecto al derecho a la verdad, García Ramírez en su voto razonado, afirma que:

No hay conflicto alguno entre estos derechos, que son manifestaciones o círculos concéntricos de una misma facultad jurídicamente tutelada. Esta cercanía esencial entre los derechos no lleva a desentenderse de uno –el vinculado con la pertenencia a la etnia indígena–, por el hecho de que se reconozca otro –el derecho universal a recibir y sepultar dignamente los restos del familiar. (Bámaca Velásquez vs. Guatemala, 2002)

La interpretación integral que hace la Corte en este caso, sobre la cosmovisión indígena representa un avance en la concepción y acercamiento a sus tradiciones, en todo caso el respeto por “los muertos es debido en las personas de los vivos, titulares de derechos y de deberes”²⁷. Así, lo reiteró el juez Cançado Trindade en su voto razonado en el caso de Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni afirmando que: la “concepción comunal, además de los valores en ella subyacentes, tiene una cosmovisión propia, y una importante dimensión intertemporal, al poner de manifiesto los lazos de solidaridad humana que vinculan a los vivos con sus muertos y con los que están por venir”²⁸.

En ese mismo sentido, las sentencias de los casos Fernández Ortega y Rosendo Cantú han abordado las violaciones de derechos de mujeres indígenas analizando la particular forma que inciden en la comunidad. La Corte afirmó, que la violación

²⁶ Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Reparaciones y costas. Párrafos 65, 79. Ver además el voto razonado del Juez Cançado Trindade.

²⁷ Voto razonado Conjunto de los jueces A.A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli. Párr. 13. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70

²⁸ Voto razonado conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli, párr. 15. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia Fondo, reparaciones y costas.

sexual es un tipo de violencia contra la mujer que trasciende a la persona de la víctima y en el caso de la señora Fernández Ortega significó una pérdida de su espíritu.

En ese sentido, la Corte determinó en el caso Fernández Ortega que la violación sexual de la que fue víctima la señora Fernández había afectado además la integridad personal de su familia, por la connotación que una violación sexual representaba en la comunidad indígena. En la sentencia la Corte ordenó al Estado entre otras medidas de reparación, implementar programas de capacitación para la investigación de casos de violencia contra la mujer desde una perspectiva de género y etnicidad²⁹.

Otras medidas de reparación que han abordado el aspecto cultural responden a las problemáticas constantes en el desarrollo de los procesos judiciales internos, los cuales hacen uso exclusivo del idioma español, lo que constituye una dificultad para la defensa de los derechos de las comunidades indígenas.

Si bien la Corte ha hecho hincapie en el uso de interpretes en el marco de procesos judiciales y ha demandado de los Estados el uso del idioma nativo de las comunidades en los procesos de reparación, no ha sido constante en su jurisprudencia en este aspecto, aun cuando en todas sus decisiones ha declarado la obligación de los Estados de publicar la sentencia que resuelve el caso. Así por ejemplo, en el caso Masacre Plan de Sánchez, la Corte estableció para el Estado la obligación de traducir al idioma Maya Achí la Convención Americana de Derechos Humanos junto con la sentencia que resolvió el caso³⁰, reparación reiterada en el caso Chitay Nech vs. Guatemala.

²⁹ Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Sentencia de 30 de Agosto de 2010. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Resolutivo. 19.

³⁰ Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Resolutivo 4.

3.2. TIERRAS, TERRITORIOS Y RECURSOS NATURALES

El desafío que plantea la problemática de la tierra en materia indígena, no solo se suscribe al contexto histórico de colonización, sino además al de la violencia, desplazamiento y “desarrollo” que viven los países de la región y que afectan directamente a los pueblos indígenas. La pérdida de la tierra para estas comunidades implica una transformación en su modo de vivir, que repercute en la práctica de sus tradiciones y costumbres, en las relaciones sociales que se desprenden de su cosmovisión y cultura, todas ligadas a sus condiciones de vida. (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008).

Para los pueblos indígenas, el concepto de propiedad de la tierra no se encuentra vinculado a los criterios de derecho civil y agrario presente en nuestras legislaciones internas. Las concepciones culturales de tierras, territorios y recursos de las comunidades indígenas demanda una perspectiva mucho más amplia que abarca sus usos, costumbres y cosmovisión. Tal labor puede que no sea sencilla, pero en el caso de reconocimiento de derechos y reparaciones es completamente necesaria.

En ese sentido la Corte IDH ha realizado una interpretación progresiva del derecho a la propiedad amparado en el artículo 21 de la Convención Americana, vinculando en sus decisiones las formas de propiedad e instituciones jurídicas que consuetudinariamente han utilizado los pueblos indígenas y que se refieren a su relación con la tierra y la supervivencia de sus tradiciones. Sin lugar a dudas, la interpretación que ha realizado la Corte respecto a la propiedad privada en lo colectivo ha garantizado el derecho ancestral de las comunidades sobre su territorio y la preservación de sus tradiciones culturales³¹.

³¹ Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 118-121, 141. Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.

Así lo estableció por primera vez la Corte IDH en el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, relacionado con territorios ancestrales y la falta de demarcación, delimitación y titulación. La Corte por medio de una interpretación evolutiva determinó que el sentido del artículo 21 de la Convención comprendía los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal que incluso estaba reconocida en la Constitución Política de Nicaragua. (Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, 2001).

En la sentencia la Corte tomó en cuenta las características culturales de la comunidad y su relación con la tierra estableciendo que:

“(…) Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. (...) Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (2001: párr. 149)

Como lo explica GARCÍA RAMÍREZ, la Corte planteó una cuestión de suma relevancia en el caso Awas Tingni, acerca del alcance del derecho a la propiedad privada que, según el artículo 21 de la Convención Americana reconoce el derecho al uso y el goce de los bienes. La Corte acertadamente consideró que no hay un modelo único de uso y goce. “Cada pueblo conforme a su cultura, intereses, aspiraciones, costumbres, características y creencias puede instituir cierta versión del uso y goce de los bienes. En suma, se trata de conceptos históricos que deben ser examinados y entendidos desde esta misma perspectiva” (GARCÍA RAMÍREZ. 2005). Es decir, desde el derecho individual

Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 148.

de propiedad en el marco de derechos colectivos impregnados de cultura e historia.

En la sentencia de fondo y reparaciones la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado de Nicaragua por la violación de los derechos a la propiedad contenidos en el artículo 21 y los derechos a la protección judicial amparados en el artículo 25 (párr:163). La Corte marcando un precedente en materia de reparación, estableció la obligación estatal de delimitar, demarcar y titular las propiedad de las comunidades indígenas, “acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas”³² (Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, 2001).

La Corte además, estableció como garantía de no repetición, que entre tanto se delimitaban, demarcaban y titulaban las tierras a la Comunidad Indígena, el Estado debía abstener de realizar actos que afectaran la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Awas Tingni. (Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, 2001: párr 164). Esta medida de reparación ha sido reiterada por la Corte en el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam³³ y en la reciente sentencia del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador³⁴.

Estas medidas de reparación constituyen un freno a la maquinaria extractivista presente en varias regiones de los países

³² Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 194. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214., párr. 279 y 281.

³³ Corte IDH. Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 191.

³⁴ Corte IDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 299.

latinoamericanos, protegiendo los territorios ancestrales de los pueblos indígenas, coayuvando en el panorama de reclamación colectiva de las tierras, aun en medio de contextos de violencia, amenazas y presiones. (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008).

Para el año 2005 la Corte tiene la oportunidad de pronunciarse respecto al derecho a la propiedad comunitaria y su relación con el derecho a la vida, en el Caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay, comunidad desplazada de tierras ancestrales que posteriormente fueron adquiridas y ocupadas por particulares.

Los hechos probados en el caso llevaron a la Corte IDH a concluir que la comunidad indígena Yakye Axa vivía en condiciones de miseria extrema como consecuencia de la falta de acceso a las tierras ancestrales y la ausencia de recursos naturales que impedían a su vez la práctica de la pesca, caza y recolección, actividades tradicionales de supervivencia. (Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, 2005: párr).

En este caso, la Corte estableció la estrecha relación que existe entre los miembros de las comunidades indígenas con la tierra, y su conexión con el derecho a la vida digna en su dimensión individual y colectiva, considerando que, el Estado de Paraguay había violado el derecho a la vida consagrado en el artículo 4.1 de la Convención Americana en perjuicio de todos los miembros de la Comunidad Yakye Axa. (Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, 2005).

En el mismo sentido, la Corte IDH ha sostenido que el acceso y goce a los recursos naturales está estrechamente vinculado al goce de una vida digna. La Corte ha establecido en su jurisprudencia que, la falta de tierras modifica las posibilidades de autoabastecimiento y autosostenibilidad de las comunidades indígenas, lo que representa transformaciones en las tradiciones, costumbres y vida cultural que impiden la supervivencia de los

pueblos indígenas³⁵. (Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, 2010). Por lo tanto, la Corte ha establecido en estos casos que la medida de reparación mas cercana a la *restitutio in integrum* es la devolución de las tierras tradicionales a los miembros de las comunidades afectadas³⁶.

Finalmente la Corte Interamericana en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, estableció el antecedente más reciente respecto al derecho a la propiedad comunal vinculado con el derecho a la consulta previa. Si bien en el caso en cuestión no se discutía el derecho de propiedad del Pueblo de Sarayaku sobre sus territorios, la ausencia de una consulta previa había vulnerado el derecho a la identidad cultural y a la garantía del ejercicio de participar en las decisiones que los afecte, particularmente cuando se trata del derecho a la propiedad³⁷.

Como garantía de no repetición la Corte estableció la obligación del Estado de Ecuador de realizar la consulta previa y tramitar su regulación en el derecho interno, la cual debería estar acorde a los estándares señalados por el tribunal en la misma sentencia. Estos estándares se refieren a la participación de los pueblos indígenas por medio de un diálogo confiable donde los acuerdos o decisiones que se realicen con particulares sean comunicados. Obstantando el Estado en todo momento la obligación de fiscalizar y controlar

³⁵ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 122.

³⁶ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 281 y siguientes. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 191.

³⁷ En lo que se refiere al consentimiento, la Corte IDH ya había establecido el precedente el caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam, donde la Corte advierte que cuando se trata de proyectos de desarrollo o inversión que impacten de manera directa el territorio de los pueblos indígenas, el Estado además de consultar deberá obtener el consentimiento previo, libre e informado según las costumbres y tradiciones del pueblo indígena.

la aplicación de los respectivos acuerdos y la tutela efectiva de los derechos de las comunidades. (Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 2012).

La consulta debe además realizarse de buena fe, teniendo como finalidad lograr un acuerdo u obtener el consentimiento de la comunidad³⁸. No debe concebirse entonces como un mero trámite formal, sino que debe darse en un contexto de diálogo y participación de los pueblos, para ello debe adecuarse a las tradiciones culturales de los pueblos indígenas, lo que implica el respeto por la organización política de los mismos. (Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 2012).

Además, deben garantizarse los estudios de impacto ambiental “a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”. (Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 2012).

Todo lo anterior, representa la incidencia de la cultura y la cosmovisión indígena en las decisiones que integran el sistema interamericano de derechos humanos en relación con el derecho a la tierra de las comunidades indígenas. Gracias a estos avances jurisprudenciales, el concepto de propiedad en el derecho interno de los países de las Américas tiene hoy una concepción indígena y no únicamente un criterio de derecho civil. Este logro se deriva no solo de los esfuerzos por el reconocimiento de sus derechos, sino además en las garantías de ejecución de las reparaciones

³⁸ Respecto al consentimiento la Corte en la Sentencia del caso Saramaka, estableció que: “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones...” Párr. 135.

establecidas por la Corte Interamericana en el ejercicio de supervisión de sus sentencias.

4. REFLEXIÓN FINAL

Las luchas de los pueblos indígenas por sus derechos no ha cesado desde la colonización, si bien hoy los actores y los contextos son diferentes, la amenaza constante es la extinción. De ahí la importancia de la labor emprendida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se ha encargado de la protección y defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas, entre otros. Sus decisiones y pronunciamientos, sin lugar a dudas han promovido cambios sociales, políticos y legislativos que benefician y empoderan a las comunidades indígenas de la región, reivindicando la lucha por sus derechos colectivos, autonomía e identidad.

Asimismo el sistema de reparaciones, ha logrado romper estereotipos y perspectivas occidentales, lo que ha permitido reconocer la diversidad de los pueblos indígenas, comprendiendo las relaciones individuales en lo colectivo y entendiendo finalmente desde su perspectiva la concepción de justicia y de reparación.

Por lo tanto, es indispensable que el debate sobre lo colectivo continúe, a efectos de potencializar las medidas de reparación por medio de los criterios culturales y de derechos consuetudinario presente al interior de las comunidades indígenas, estableciendo de esta manera un diálogo inclusivo entre los sistemas judiciales de reparación y la perspectiva indígena de las mismas. En ese sentido, los retos para la Corte IDH en materia de reparaciones se condicionan por la necesidad de conocer las particularidades de su cultura, tradiciones, usos y costumbres.

BIBLIOGRAFÍA

ANAYA, J. (2010). El Derecho de los Pueblos Indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración. En *El*

desafío de la Declaración - Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas. (p. 390). Copenhague: IWGIA.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil, MC 382/10 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1º de abril de 2011).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Pueblo Yanomami (Brasil), Caso N° 7615 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 5 de marzo de 1985).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Bámaca Velásquez vs Guatemala, Fondo (Corte Interamericana de Derechos humanos, 22 de febrero de 2000).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Fondo, reparaciones y costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2001).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Aloboetoe y otros vs. Surinam, Sentencia de Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 10 de septiembre de 1993).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de marzo de 2006).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Fondo, reparaciones y costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de agosto de 2010).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y

Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo, reparaciones y costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de junio de 2012)

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Rosendo Cantú y Otras vs. México. Fondo, reparaciones y costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2010).

DULITZKY, A. (2003). Jurisprudencia y práctica del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos relativa a los derechos de los pueblos indígenas y sus miembros. *Seminario Adjudicating Culture, Politicizing Law: Legal Strategies for Black and Indigenous Land Rights Struggles in the Americas*, The University of Texas at Austin. Austin, Texas.

FERNÁNDEZ ORTEGA y Otros vs México. Excepción Preliminar. Fondo, reparaciones y costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de agosto de 2009).

GARCÍA RAMÍREZ, S. (2005). *Los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 26 de noviembre de 2013, de Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2477/6.pdf>

GARCÍA RAMÍREZ, S. (2005). *Temas de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos. Votos Particulares*. Guadalajara. México: Pandora.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. (2008). Diálogos sobre reparaciones. Experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos. Tomo II. En C. M. Beristain. San José : IIDH.

OEA. Carta de la Organización de los Estados Americanos. (s.f.). Suscrita en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo

de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993.

OEA. Convención Americana de Derechos Humanos. (1969).
San José de Costa Rica.

ONU. Declaración Americana de Derechos Humanos. (1948).
Bogotá.

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS MUJERES Y PUEBLOS INDÍGENAS DE COLOMBIA

GLORIA AMPARO RODRÍGUEZ¹

INTRODUCCIÓN²

“Nuestro sueño es la realización del buen vivir en las prácticas cotidianas de nuestros pueblos. Que las mujeres y familias vivamos en armonía y en equilibrio, libres, en territorios seguros y con autonomía”³

Colombia, según el Censo General (2005) cuenta con un total de 41.468.384 personas residentes en el territorio, de los cuales el 51,2% son mujeres y el 48,8% son hombres. De esta cifra se destaca que 5.709.238 personas se reconocieron pertenecientes a un grupo étnico (indígenas, rom o afrocolombianos), los cuales representan el 13,7% del total de población nacional.

¹ Profesora de Carrera, Docente e Investigadora. Su trabajo se encuentra dedicado a asuntos relacionados con el Derecho Ambiental y en investigación sobre los pueblos indígenas y demás grupos étnicos de Colombia. Se desempeña como Directora de la Especialización y de la Línea en Derecho Ambiental de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario de Colombia. Doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas. Correo electrónico: gloria.rodriguez@urosario.edu.co

² Este documento recoge la ponencia presentada en el Foro Igualdad y Derechos Colectivos, un evento desarrollado en el marco de las actividades de formación del programa de los Doctorados en Estudios Interdisciplinarios de Género y Políticas de Igualdad y Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social, de la Universidad de Salamanca, el cual tenía como finalidad el debate de varios aspectos de notable actualidad en materia de tutela jurisdiccional de los derechos colectivos, igualdad y justicia constitucional.

³ CRIC, CAOJ, ONIC. Declaración II Cumbre Continental de Mujeres Indígenas del Abya Yala, La María, Piendamó, Noviembre 12 de 2013.

En el país, los indígenas representan parte de la diversidad étnica y cultural de nuestra nación y la naturaleza multiétnica colombiana, la cual se expresa desde la cultura indígena en la existencia de sus 102 pueblos ancestrales, contando con un legado histórico y cultural invaluable presente en 27 de los 32 departamentos. Los pueblos indígenas constituyen, sin duda alguna, un grupo poblacional esencial en nuestra nación⁴ y su población ha ascendido a 1.392.623 personas (siendo el 49,6% mujeres y el 50.4% hombres).

Se destaca en este contexto que las mujeres indígenas juegan un papel importante y dinamizador dentro de sus culturas y organización comunitaria⁵, de ellas brota la vida porque son las promotoras de los saberes de sus pueblos y constructoras de paz. Con su trabajo la mujer indígena contribuye a la economía de sus comunidades, siendo además la principal depositaria y preservadora de la herencia cultural ancestral dado que es la encargada de transmitir las costumbres y los conocimientos tradicionales a través de la palabra y en sus labores cotidianas. En todas las actividades de las comunidades se evidencia la preponderante influencia de la mujer indígena.

No obstante el importante papel de las mujeres indígenas de Colombia, ellas son víctimas de la violación de sus derechos y del conflicto armado por el cual sufren violaciones, masacres, torturas, desaparición forzada y desplazamiento⁶. Son las viudas indígenas las que deben asumir las riendas del hogar, salvaguardar la estructura social y la vivencia cultural de su pueblo. A lo anterior,

⁴ Presidencia, Vicepresidencia de Colombia. Colección Cuadernos Legislación y Pueblos Indígenas de Colombia No. 2. Programa Presidencial para la Formulación de Estrategias y Acciones para el Desarrollo Integral de los Pueblos Indígenas de Colombia, 2012, p. 5.

⁵ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. *Mujeres indígenas. Tejedoras de vida, de paz y de futuro*. Universidad del Rosario, Grupo Editorial Ibáñez, 2012.

⁶ La Corte Constitucional, mediante el Auto No. 092 de 2008, estableció los factores de vulnerabilidad de las mujeres por causa de su condición femenina en el conflicto armado y desplazamiento forzoso.

se debe sumar, en algunos casos, la violencia doméstica. Dicha situación les genera angustia y zozobra por su futuro, su familia, su comunidad y sus tradiciones.

Pese a la situación de vulnerabilidad existente, el gobierno colombiano no ha contado con políticas públicas o con acciones concretas para enfrentar esta problemática, siendo las mujeres indígenas quienes se ven directamente afectadas cuando sus territorios son violentados, sus esposos son asesinados o cuando deben abandonar sus tambos y sus huertos (chagras), como consecuencia de la violencia que afrontan⁷.

Ante esta situación, las mujeres indígenas de nuestro país demandan por mejorar su situación de desigualdad, la cual se refleja en aspectos y derechos que son vulnerados, como el derecho a la participación, la salud, la seguridad social, entre otros. Así mismo, requieren que se les proporcione educación intercultural y bilingüe que respete las cosmologías indígenas haciendo realidad el reconocimiento a la diferencia y la posibilidad de adquirir una educación en todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la sociedad nacional.

De igual forma, las mujeres indígenas de Colombia piden que se respete el derecho a sus territorios, que se garantice su derecho a la consulta previa, a la autonomía y que puedan contribuir, en la toma de decisiones en aquellos asuntos que son de interés para su vida y para su comunidad. Las mujeres luchan por su derecho a vivir en paz, en condiciones dignas que permitan la protección de sus derechos culturales y el desarrollo de sus vidas.

Aunque se tiene la percepción que los temas de género son de poca relevancia para los pueblos indígenas porque se considera que este asunto se refiere a una categoría “occidental” escasamente

⁷ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. “Derechos de las mujeres indígenas en Colombia”. En: *Las mujeres indígenas en los escenarios de la biodiversidad*. UICN, Fundación Natura Colombia, ICANH, 2005, pp. 113-114.

manejada por ellos, es fundamental el reconocimiento y la protección general de sus derechos los cuales se relacionan con la defensa de las culturas, tradiciones, lenguas y derecho propio donde las mujeres indígenas son protagonistas en ocasiones de forma silenciosa. Por eso, el tema de los derechos, especialmente de los derechos humanos, hace muy poco tiempo ha sido mirado desde la óptica de las mujeres y en relación con ellas, lo cual constituye una oportunidad que posibilita garantizar la equidad y el respeto de los derechos de estos pueblos.

La lucha de los pueblos indígenas ha sido ardua y ha implicado muchas batallas. Sin embargo, la defensa en particular de los derechos de las mujeres indígenas, es reciente en el ámbito internacional y apenas empieza a discutirse en el ámbito nacional. Esta controversia obedece a la situación de marginalidad que viven las mujeres en Colombia y que se agrava en el caso de las indígenas. En consecuencia, sus derechos específicos se constituyen en un elemento fundamental para contrarrestar las profundas formas de exclusión a las que han sido sometidas a través de la historia porque, si bien es cierto que toda persona tiene el derecho a gozar de los derechos fundamentales, económicos, culturales y de los derechos colectivos; histórica y culturalmente, la mujer se ha desarrollado en condiciones diferentes respecto de los hombres en el contexto social y político, razón por la cual deben afrontar situaciones en que tales derechos no son siempre respetados.

Así las cosas, previo al análisis que vamos a efectuar, es necesario señalar que las mujeres indígenas tienen derechos que además cobijan a sus pueblos. El Convenio núm. 169 de la OIT (Ley 21 de 1991) sobre los pueblos indígenas, establece que el Estado colombiano debe asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de ellos mismos, mecanismos idóneos con miras a proteger sus derechos y a garantizar el respeto de su integridad.

Por eso, las disposiciones contenidas en el mencionado Convenio núm. 169 se aplican sin discriminación a los hombres y mujeres de los pueblos indígenas (art. 3°). En este marco,

teniendo en cuenta también la Constitución Política de 1991 y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas – DNU DPI, a continuación realizaremos un breve análisis de los derechos que protegen a las mujeres y pueblos indígenas aplicados en Colombia⁸.

1. DERECHOS DE LAS MUJERES Y DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE COLOMBIA

Las mujeres y pueblos indígenas gozan plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales que han sido consagrados en Colombia. En la búsqueda de proteger sus derechos y de garantizar el respeto de su integridad, el Estado colombiano debe asumir la responsabilidad de desarrollar una acción coordinada y sistemática, que además incluya medidas que aseguren el ejercicio efectivo de los derechos y oportunidades que se otorga a toda la población. También, debe promover la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de estos pueblos y que se logren eliminar las diferencias socioeconómicas de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida (Convenio núm. 169, art. 2°).

La Corte Constitucional colombiana⁹ ha considerado que el reconocimiento de derechos fundamentales a las comunidades indígenas tiene sustento en los principios de participación y pluralismo consagrados como fundantes del Estado en el artículo 1° superior; en el principio de respeto a la diversidad étnica establecido en el artículo 7° constitucional, y en el principio de igualdad entre culturas (artículo 70 CP). La jurisprudencia ha señalado además, que los pueblos indígenas son sujetos de protección constitucional reforzada, en atención a lo dispuesto

⁸ Hacen parte de la legislación sobre los pueblos indígenas, normas internas y convenios internacionales con carácter de ley, la doctrina y jurisprudencia sobre sus derechos que, en los últimos años, han sido muy representativas.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-235 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

en el artículo 13 de la Constitución, especialmente en sus incisos 2º y 3º, que ordenan a todas las autoridades prodigar un trato especial (favorable) a grupos y personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad o en situación de debilidad manifiesta.

Resalta el Tribunal Constitucional que la caracterización de los pueblos indígenas como sujetos de especial protección constitucional atiende a su situación de vulnerabilidad, originada en los siguientes aspectos históricos, sociales y jurídicos:

- la existencia de patrones históricos de discriminación¹⁰ aún no superados frente a los pueblos y las personas indígenas;
- la presencia de una cultura mayoritaria que amenaza con la desaparición de sus costumbres, su percepción sobre el desarrollo y la economía y, en términos amplios, su modo de vida buena (lo que suele denominarse cosmovisión);
- y la especial afectación que el conflicto armado del país ha significado para las comunidades indígenas, principalmente por el interés de las partes en conflicto de apoderarse o utilizar estratégicamente sus territorios, situación que adquiere particular gravedad, en virtud de la reconocida relación entre territorio y cultura, propia de las comunidades aborígenes¹¹.

En este complejo escenario, estableceremos ahora, de manera sucinta, los principales derechos de las mujeres y pueblos indígenas de Colombia:

¹⁰ Según la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Ley 1482 de 2011), la expresión “discriminación racial” denota toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social o en cualquier otra esfera de la vida pública (Art. 1.)

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-235 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

1.1. DERECHOS SOCIALES Y CULTURALES

Según la Declaración Universal sobre la diversidad cultural, emanada de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), con el tiempo y en múltiples espacios, la cultura adquiere formas diversas, las cuales se manifiestan en la originalidad y en la pluralidad de las identidades que caracterizan los grupos y las sociedades humanas. La diversidad cultural se refiere entonces a la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades; se manifiesta no solo en las diversas formas en que se muestra, enriquece y trasmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de manifestaciones culturales, sino también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizadas¹².

De acuerdo con nuestra Carta Política, el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (art. 7) y en consecuencia, los derechos sociales y culturales han sido consagrados como un avance. Es deber del Estado adoptar medidas especiales para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de las mujeres y pueblos indígenas, teniendo en cuenta sus deseos manifestados de forma libre. Además deben reconocerse y protegerse sus valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales, sus instituciones y permitirse su participación y cooperación en las medidas que se adopten para resolver dificultades. De igual forma, debe tomarse en consideración la índole de los problemas que se les plantean, tanto en forma colectiva como individual, a los pueblos indígenas; y el Estado debe respetar el derecho que

¹² Convención sobre la protección y promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (Ley 1381 de 2010 Art. 1°)

poseen a la propia definición y conciencia de identidad. Es deber del Estado adoptar medidas especiales para salvaguardar dichas culturas (Convenio núm. 169 Art. 4°).

Lo anterior significa que le corresponde al Estado garantizar a las mujeres y pueblos indígenas los derechos a conservar, enriquecer y difundir su identidad y patrimonio cultural, a generar el conocimiento, según sus propias tradiciones, y a beneficiarse de una educación que asegure estos derechos. De igual manera, debe proteger las lenguas de los pueblos indígenas, impulsar su fortalecimiento en el territorio nacional y comprometerse con el respeto y reconocimiento de éstas en el resto de la sociedad¹³. Al materializarse el reconocimiento de las tradiciones e identidades de estas colectividades, se crea igualmente un contexto que garantiza el respeto por el papel mismo de la mujer indígena al interior de las comunidades.

A través de la jurisprudencia, la Corte Constitucional¹⁴ ha señalado que el Estado colombiano no se debe limitar a reconocer y proteger las diversas culturas que son fundamento de la nacionalidad colombiana, sino que debe promover la difusión de los valores culturales que se manifiestan en cosmovisiones diversas, características de las colectividades humanas, pero todas igualmente dignas de proyección en el ámbito de la nación en la que conviven. Esto podría considerarse como un escenario propicio para demostrar la importancia de la mujer indígena en la asignación de valores y tradiciones dentro de sus culturas.

Es importante resaltar que a nivel jurisprudencial se han establecido unos límites al derecho a la identidad cultural

¹³ Mediante la Ley 1381/10 se dictan normas sobre reconocimiento, fomento, protección, uso, preservación y fortalecimiento de las lenguas de los grupos étnicos de Colombia y sobre sus derechos lingüísticos y los de sus hablantes.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-778 de 2005. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

los cuales han comprendido el respeto al derecho a la vida, la prohibición a la tortura, la responsabilidad individual por los actos y la proporcionalidad de la pena a la gravedad de la falta.

Para el Alto Tribunal Constitucional, el derecho a la identidad cultural, derivado del principio a la diversidad étnica y cultural establecido en el artículo 7º de la Constitución, se ha concebido como un derecho fundamental y una de las formas de materializarse consiste en que las comunidades que no ostentan los valores culturales y sociales de la sociedad mayoritaria pueden ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo con su propia manera de ver el mundo. Ello implica que también los individuos que pertenecen a una comunidad o pueblo indígena puedan expresarse y autodeterminarse de acuerdo con su cosmovisión cultural, dentro y fuera de sus territorios.

Finalmente, debemos señalar que la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), reconoce el derecho que tienen los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos distintos y a ser respetados como tales. Además, que el ejercicio de sus derechos debe estar libre de toda forma de discriminación y que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales de los pueblos indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación del ambiente. Según establece el artículo 2º de la Declaración, los pueblos y las personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ninguna discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular, en su origen o identidad indígena. Además, tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas (DNUDPI, art. 11).

En consecuencia, lo anterior significa que las mujeres y pueblos indígenas tienen derecho a que se reconozcan sus valores, sus costumbres y tradiciones y que es deber del Estado protegerlas.

1.2. DERECHO A LA AUTONOMÍA

La autonomía debe comprenderse como la capacidad y el derecho que tienen los pueblos para decidir por sí mismos los asuntos de su interés. El Convenio núm. 169 señala que los pueblos indígenas deben tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.

Se entiende entonces que el reconocimiento de la autonomía es necesario para decidir el presente y el futuro. La autonomía está basada en lo territorial, lo identitario y lo propio. La exigencia del respeto a la autonomía conlleva además el reconocimiento de los sistemas de autoridad y gobierno de esos pueblos, de sus procesos mediante los cuales se toman decisiones y así lo plantea el Convenio núm. 169 al consagrar que se deben reconocer las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones.

El Estado colombiano debe velar porque se efectúen estudios con la cooperación de los pueblos indígenas, a fin de evaluar la incidencia que en lo social, espiritual, cultural y sobre el entorno tienen, las actividades de desarrollo; para que de manera aunada con dichos pueblos, protejan y preserven el ambiente de los territorios que habitan estas comunidades.

La DNUDPI va más allá y en su artículo 4 señala que los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen además el derecho a la autonomía o el autogobierno en

las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.

Para la Corte Constitucional¹⁵, el intérprete de la maximización de la autonomía de las comunidades y pueblos indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía, supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación, solo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: (a) que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (verbigracia: la seguridad interna); (b) que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.

La Corte también ha aceptado que se generen limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas, cuando éstas se dirigen a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana, que afecten el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad o de terceros, o que se encuentren en contraposición con otros principios o derechos avalados por la Constitución, las normas internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad¹⁶ y la ley (CCC, SU-510/98 y T- 973/09).

Para el Tribunal Constitucional, la autonomía indígena que se desprende del principio de diversidad étnica y cultural, encuentra límites en otros principios constitucionales de igual categoría y en todo aquello que resulte intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre y su dignidad, es decir, aquellos

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-349 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁶ Por bloque de constitucionalidad se puede entender el conjunto de normas que configuran una unidad constitucional que es empleada como parámetro de constitucionalidad de las restantes normas del ordenamiento.

derechos que han sido reconocidos como intangibles por los tratados internacionales de derechos humanos y frente a los que existe un consenso intercultural, como es el caso del respeto al derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de la esclavitud, la responsabilidad individual por los actos propios y la legalidad del procedimiento, de los delitos y de las penas¹⁷.

Así, si bien debe reconocerse que en determinadas circunstancias los derechos fundamentales individuales pueden imponer límites a los derechos de las comunidades, también debe tenerse presente que existen ámbitos de la autonomía en los que la intervención externa es especialmente nociva. En consecuencia, lo más indicado para el juez constitucional es promover el diálogo interno de la comunidad, a fin de que los conflictos se resuelvan en el marco de su cosmovisión, normas, usos y costumbres¹⁸.

1.3. DERECHOS TERRITORIALES

Colombia, como una nación multiétnica y pluricultural ha establecido que las comunidades y pueblos indígenas pueden decidir sobre sus territorios y, para ello es fundamental el reconocimiento de sus derechos territoriales, tal y como lo señala la Corte Constitucional “sin el reconocimiento del derecho a la tierra, los derechos a la identidad cultural y a la autonomía son sólo reconocimientos formales”¹⁹.

Este derecho debe ser respetado aunque no se encuentre titulado el territorio por el Estado y para ello, según la Constitución Política y las normas, el resguardo que es la forma jurídica de titular los territorios indígenas, es considerado inalienable, imprescriptible e inembargable. Para la Corte Constitucional, el

¹⁷ Ver Corte Constitucional, Sentencias: CCC, T-973/09, T-349/96, T-349/06, SU-510/98 y T-778/05.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-903 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-188 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

concepto de territorio no se restringe a la ubicación geográfica de una comunidad o un resguardo indígena, sino que se asocia al concepto de ámbito cultural de la comunidad²⁰.

Ese reconocimiento al derecho de propiedad colectiva de las comunidades y pueblos indígenas, se otorga previo cumplimiento de la función social de la propiedad, que implica obligaciones y a la cual le es inherente una función ecológica²¹. En ese contexto, en relación con el territorio, es deber del Estado respetar la importancia que para las culturas y valores espirituales implica la relación con las tierras o territorios que éstas comunidades ocupan o utilizan de cualquier forma y, en especial, los aspectos colectivos que en esa relación con el territorio representa la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna manera.

Es así como el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas, implican además el deber de tomar medidas para salvaguardar el derecho a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. Adicionalmente, se deben respetar las modalidades de transmisión de los derechos de propiedad sobre la tierra que han sido establecidas por dichos pueblos (Convenio núm. 169, art. 13-14).

En este sentido, el Estado debe tomar las medidas necesarias para determinar las tierras ocupadas y garantizar la protección efectiva de los derechos de propiedad y posesión. Adicionalmente, deben establecerse procedimientos adecuados para solucionar

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-235 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²¹ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. "La función ecológica de la propiedad en la ampliación, reestructuración y saneamiento de resguardos indígenas". En: *Propiedad, conflicto y medio ambiente*. Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004, pp. 109-135.

las reivindicaciones de tierras formuladas por estos pueblos²². Mediante los programas agrarios se deben también brindar condiciones para la asignación de tierras tradicionales, cuando las tierras de que dispongan estos pueblos sean insuficientes para garantizarles los elementos de su existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico.

Consagra el mencionado Convenio núm. 169 (art. 16) que, a pesar de estar establecido que los pueblos indígenas no deben ser trasladados de las tierras que ocupan, cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación se consideren necesarios, solo deben efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. En todo caso, estos pueblos tienen el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación. Si esto no fuere posible, tienen derecho a recibir indemnización por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

Para la Corte Constitucional, el derecho fundamental al territorio colectivo (o a la propiedad colectiva del territorio) se encuentra fundamentado en la Constitución Política y el Convenio núm. 169 incorporado al orden interno con rango de norma constitucional en virtud del artículo 93 de la Constitución Política, que consagran esa prerrogativa en cabeza de los pueblos indígenas. El derecho a la propiedad colectiva de la tierra o al territorio colectivo se desprende, en el orden interno, del artículo 329 Superior, que otorga el carácter de propiedad colectiva al territorio de los resguardos, en armonía con el artículo 58 que ordena proteger todas las formas de propiedad; y el artículo 63 constitucional, que como se ha mencionado, atribuye a los

²² Al respecto en Colombia se han expedido las siguientes normas: Ley 160 de 1994, Decreto 2164 de 1995.

citados territorios las cualidades de inembargables, inalienables e imprescriptibles²³.

De igual forma sobre este particular la DNUDPI (art. 26) asegura que los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido. También tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma y, le corresponde al Estado, asegurar el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respeta debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

1.4. DERECHOS A LA PARTICIPACIÓN

La mujer y los pueblos indígena tienen derecho a la participación plena y del acceso igualitario en los procesos de formulación de políticas y toma de decisiones en condiciones de igualdad, por eso ellas vienen proponiendo a las organizaciones indígenas, mixtas y de mujeres, promover mayores espacios de diálogo, reflexión y debate constructivo entre hombres y mujeres, fomentando el respeto, la confianza, la sabiduría ancestral y la visión de género, así como romper con los esquemas tradicionales de exclusión que limitan su participación en todos los ámbitos y construir una propuesta de equidad entre los hombres y mujeres indígenas²⁴.

Colombia, como un Estado democrático y participativo desde la Constitución Política de 1991, garantiza el derecho fundamental a la participación, donde las mujeres y los pueblos indígenas

²³ Corte Constitucional, Sentencia T-235 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁴ ONIC. Mujeres indígenas, género y cultura. Organización Nacional de Pueblos Indígenas – ONIC, 2007, p. 75.

cuentan con mecanismos que debieran permitir la incidencia en las decisiones que puedan afectarles. De igual forma tienen el derecho de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional que los involucre, los cuales deben propender por el mejoramiento de sus condiciones de vida, de trabajo, del nivel de salud y de educación.

Es así como al Estado colombiano le corresponde establecer medios a través de los cuales las mujeres y pueblos indígenas puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan (Convenio núm. 169 art. 6°). Con el fin de responder a sus necesidades, los programas y servicios de educación deben desarrollarse y aplicarse con su cooperación y adicionalmente, deben participar siempre que sea posible, en los beneficios que reporten las actividades de prospección y explotación de los recursos mineros o de los recursos del subsuelo existentes en sus territorios y deben percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Asimismo, la DNUDPI (art. 18) establece que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de decisión.

Es importante mencionar que en materia de representación política, la Corte Constitucional ha señalado que existe una norma expresa que proyecta la diversidad cultural fuera de los territorios indígenas puesto que se ha establecido una protección a las comunidades indígenas que asegura un mínimo de representación a nivel nacional. La Constitución en su artículo

171 creó una circunscripción especial de dos Senadores reservada a la representación de los pueblos indígenas. Igualmente, el artículo 176 de la Constitución estableció una circunscripción especial en la Cámara de Representantes para los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior, circunscripción que podría elegir hasta cinco representantes. Las anteriores disposiciones constitucionales se erigen como un estatuto especial relativo a la representación política indígena que protegen y reconocen la diversidad étnica y cultural, además de promover los distintos valores culturales de la nación y la participación de las diversas expresiones sociales²⁵.

Igualmente, la Corte Constitucional ha estudiado en forma detenida lo relativo a las características, alcance y efectos de la proyección del derecho de participación, como garantía de efectividad y realización del derecho fundamental a la integridad cultural, social y económica de las comunidades y pueblos indígenas cuando de la explotación de los recursos naturales se trata. Ha establecido como rasgos especiales del mismo los siguientes: 1) Constituye un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. 2) No se reduce a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental, sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades²⁶.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-778 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencias C-418/02, T-188/93, T-342/94, SU-039/97 y C-825/01.

Actualmente en el país se han consagrado algunos espacios de participación entre los cuales se destacan la Comisión de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, la Comisión Nacional de Territorios Indígenas, la Mesa Permanente de Concertación de los Pueblos y Organizaciones Indígenas, creadas por los Decretos 1396 y 1397 de 1996.

1.5. DERECHO A LA CONSULTA PREVIA²⁷

La consulta previa se fundamenta en el derecho que tienen los pueblos y comunidades de decidir sus propias prioridades en lo que concierne al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural (Convenio núm. 169 art. 7°). Además, la consulta se basa en el derecho de dichos pueblos de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

Según el Convenio núm. 169, las consultas previas deben ser llevadas a cabo de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas administrativas o legislativas que se deseen tomar que afecten dichos pueblos. Esto significa que, al consultarlos, debe previamente proporcionarles información que pueda ser comprendida plenamente por los pueblos indígenas y demás comunidades.

Mediante este derecho fundamental se busca llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, además de hacer efectivo el

²⁷ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. *De la consulta previa al consentimiento previo, libre e informado*. Universidad del Rosario, Grupo Editorial Ibáñez, 2014.

deber de proteger la integridad cultural, social y económica²⁸ y garantizar el derecho a la participación de estas colectividades. En este orden de ideas, la consulta y la participación de los pueblos indígenas, son primordiales para definir la política y la forma como debe darse aplicación al Convenio núm. 169 de la OIT.

El derecho fundamental a la consulta previa debe garantizarse a través de procesos que no pueden llevarse a cabo con cualquiera que declare representar a la(s) comunidad(es) afectada(s) sino que las consultas deben emprenderse con los pueblos y con las organizaciones o instituciones genuinamente representativas, que estén habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas. Según los estándares internacionales, asumidos también por la jurisprudencia colombiana, los parámetros generales comunes que se han establecido para llevar a cabo la consulta previa son criterios mínimos claves que sirven para guiar los procesos de consulta y limitar la discrecionalidad que tienen los Estados en su realización. Esos criterios son: el principio de buena fe, la consulta informada, una consulta culturalmente adecuada, el propósito de llegar a un acuerdo y el carácter previo de la consulta.

Sobre el particular la DNUDPI (art. 19) señala que el Estado debe celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado.

En consecuencia, la consulta previa es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas cada vez que se vaya a tomar una decisión que pueda afectarles directamente o cuando se pretenda

²⁸ En Colombia, la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se deben efectuar sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades (parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política de Colombia).

realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios que puedan afectarles directamente. Mediante este mecanismo se busca llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. De igual forma, debe garantizar el derecho a la participación de estas colectividades. En este orden de ideas, la consulta y la participación de los pueblos indígenas, son primordiales para definir la política y la forma como deberá darse aplicación al mencionado Convenio núm. 169 de la OIT.

1.6. DERECHO A LOS RECURSOS NATURALES

Las mujeres y pueblos indígenas se han caracterizado por el cuidado de la “madre tierra”, por hacer un uso respetuoso de sus recursos y por mantener las semillas tradicionales. No obstante, la afectación del ambiente que comprende también a todos los seres humanos tiene una mayor repercusión en la mujer, especialmente en la mujer rural e indígena que ve afectadas sus condiciones de vida y subsistencia diaria porque depende directamente de ecosistemas sostenibles²⁹ y en consecuencia, es importante integrar las preocupaciones y perspectivas de género en las políticas y programas a favor del desarrollo que involucra estos recursos.

Según el Convenio núm. 169 (art. 15), los pueblos indígenas tienen derecho a los recursos naturales existentes en sus tierras, lo cual implica que tienen derecho a participar en su utilización, administración y conservación. En Colombia, la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se debe hacer sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y en las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Estado debe propiciar la participación

²⁹ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. “Derechos de las mujeres indígenas en Colombia”. En: *Las mujeres indígenas en los escenarios de la biodiversidad*. UICN, Fundación Natura Colombia, ICANH, 2005, p. 119.

de los representantes de las respectivas comunidades (art. 330 Constitución Política).

Cuando los derechos de propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo pertenezcan al Estado, este debe establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a fin de determinar si los intereses serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en los territorios indígenas (Convenio núm. 169 art. 15).

Asimismo, la DNUDPI (art. 29) señala que los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos, por lo cual el Estado debe establecer y ejecutar programas de asistencia a dichos pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación alguna. Adicionalmente, debe adoptar medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios sin su consentimiento libre, previo e informado.

A juicio de la Corte Constitucional³⁰, la participación de las comunidades y pueblos indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales, ofrece como particularidad el hecho de que, a través del mecanismo de la consulta, esta adquiere la connotación de derecho fundamental. Para el Alto Tribunal, la explotación de recursos naturales en territorios indígenas plantea un problema constitucional que involucra la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades que sobre ellos se asientan. La tensión existente entre razón económica y razón cultural se agudiza aún más en zonas de reserva forestal, donde las características de la fauna y la flora imponen un aprovechamiento

³⁰ Corte Constitucional, Sentencias SU-039 de 1997 y C-892 de 2002.

de los recursos naturales que garantice su desarrollo sostenible, su conservación, restitución o sustitución (CP. art. 80). La relación entre estos extremos debe ser, por tanto, de equilibrio.

Sobre este tema en particular, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la participación indígena encuentra un sustento que desborda la esfera netamente política del concepto, en la medida en que hace parte de una cosmogonía según la cual dicho valor está relacionado con el respeto a los seres vivos, el no tomar nunca más de lo que se necesite y el devolver siempre a la tierra cuando se toma algo de ella. En síntesis, de la concepción holística de territorio que ostentan los pueblos indígenas, se puede concluir que la explotación de recursos naturales yacentes en territorios ancestrales, hace parte de su esfera vital y de su forma de relacionarse directamente con la naturaleza, así como de su legado cultural y socio-económico. De esta manera, el principio participativo consagrado en el artículo 2° de la Constitución Política adquiere matices más intensos en relación con estas comunidades³¹.

1.7. DERECHO AL TRABAJO

Las actividades de las mujeres indígenas han sido ignoradas e invisibilizadas a pesar de que son estas las que sostienen la misma existencia de los pueblos indígenas. En muchas comunidades la mujer es la principal fuerza de trabajo para la producción de subsistencia. El Convenio núm. 169 señala que el Estado colombiano debe hacer cuanto esté en su poder para evitar cualquier discriminación entre los trabajadores y que deben gozar de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual³².

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-892 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería.

³² RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. "Derechos de las mujeres indígenas en Colombia". En: *Las mujeres indígenas en los escenarios de la biodiversidad*. UICN, Fundación Natura Colombia, ICANH, 2005, p. 120.

En Colombia toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas. Es deber del Estado adoptar medidas en la legislación para garantizar a los trabajadores de los pueblos indígenas, una protección eficaz en materia de contratación y de condiciones de empleo; debe hacer todo lo posible por evitar cualquier discriminación en cuanto al acceso al empleo, remuneración igual por trabajo de igual valor, asistencia médica y social, seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda y el derecho de asociación.

La DNUDPI (art. 17) indica que las personas y los pueblos indígenas tienen derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos establecidos en el derecho laboral internacional y nacional aplicable. El Estado, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, debe tomar medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en la educación del niño, o que pueda ser perjudicial para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social del niño, teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad y la importancia de la educación para el pleno ejercicio de sus derechos. Las personas indígenas tienen derecho a no ser sometidas a condiciones discriminatorias de trabajo, entre otras cosas, empleo o salario.

1.8. DERECHO A LA SALUD

Los servicios de salud deben estar acordes con las necesidades de las mujeres indígenas quienes además deben contar con dichos servicios de salud accesibles, de buena calidad y con atención integral que tome en cuenta las diferencias y condición de género. Es importante que se otorgue el debido reconocimiento y respeto a los sistemas indígenas para el cuidado de la salud y que se reconozca la medicina tradicional por su importante

contribución y en especial, la de la mujer indígena que transmite sus conocimientos tradicionales³³.

En el país se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Es deber del Estado, velar porque las comunidades étnicas cuenten con servicios de salud adecuados y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, los cuales deben organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deben ser prestados teniendo en cuenta los métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales de estos pueblos y coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país. Los servicios de salud de los pueblos indígenas deben planearse y administrarse con su cooperación y teniendo en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales (Convenio núm. 169 art. 25).

Los regímenes de seguridad social deben extenderse a los pueblos indígenas sin discriminación alguna. Por eso el Estado debe velar porque se pongan a su disposición servicios de salud adecuados o proporcionarles servicios bajo su responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental. La prestación de los servicios de salud deben coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país (Convenio núm. 169, art. 24 y 25).

Los pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación alguna, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social.

Adicionalmente, tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda

³³ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. "Derechos de las mujeres indígenas en Colombia." En: *Las mujeres indígenas en los escenarios de la biodiversidad*. UICN, Fundación Natura Colombia, ICANH, 2005, p. 120.

y demás programas económicos y sociales que les conciernen y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones y tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas, animales y minerales de interés vital desde el punto de vista médico. El Estado debe tomar las medidas que sean necesarias para lograr progresivamente la plena realización de este derecho (DNUDPI, art. 21, 23, 24)

1.9. DERECHO A LA PAZ

Las mujeres y pueblos indígenas tienen derecho a vivir en paz, en condiciones dignas que permitan la protección de sus derechos culturales y el desarrollo de sus vidas. La DNUDPI destaca la contribución de la desmilitarización de las tierras y territorios de los pueblos indígenas a la paz, el progreso y el desarrollo económicos y sociales, la comprensión y las relaciones de amistad entre las naciones y los pueblos del mundo, y señala que las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona, poseen el derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no deben ser sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo.

Finalmente, es importante señalar que las mujeres y pueblos indígenas se ven en condiciones de alta vulnerabilidad por no garantizárseles el derecho a la paz que se ve afectado además por el reclutamiento forzado y cualquier forma de violencia contra su territorio, formas de vida y organizaciones.

1.10. DERECHO A LA EDUCACIÓN

Las mujeres son las que transmiten y reproducen las costumbres y tradiciones de sus pueblos y es por esto que los programas pedagógicos en las comunidades deben incluir una perspectiva de

género clara y analítica, y promover la participación de las mujeres en el campo educativo. Existen problemas de analfabetismo en las mujeres indígenas por lo cual es importante que se les proporcione acceso a la educación intercultural y bilingüe que respete las cosmologías indígenas³⁴.

La educación es un derecho de la persona y el Estado colombiano tiene la obligación de adoptar medidas para garantizar a los pueblos indígenas la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional. Los integrantes de los pueblos indígenas tienen derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural y los programas de educación instituidos para estas comunidades, abarcando su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales. Además se debe asegurar la formación de los miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación. El Estado debe reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que éstas satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos (Convenio núm. 169, art. 26, 27).

El castellano es el idioma oficial en Colombia, pero las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios; la enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias es bilingüe, por lo cual debe enseñarse a leer y escribir en su propia lengua y tomarse medidas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional. En todo caso, deben adoptarse disposiciones para preservar las lenguas y promover el desarrollo y la práctica de las mismas (Convenio núm. 169, art. 28).

³⁴ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. "Derechos de las mujeres indígenas en Colombia". En: *Las mujeres indígenas en los escenarios de la biodiversidad*. UICN, Fundación Natura Colombia, ICANH, 2005, p. 121.

En este punto es necesario resaltar la Ley 1381 de 2010 mediante la cual se dictan normas sobre reconocimiento, fomento, protección, uso, preservación y fortalecimiento de las lenguas de los grupos étnicos de Colombia, que tiene como objeto garantizar el reconocimiento, la protección y el desarrollo de los derechos lingüísticos, individuales y colectivos de los grupos étnicos con tradición lingüística propia, así como la promoción del uso y desarrollo de sus lenguas (lenguas nativas).

Por su parte, la DNUDPI (art. 14, 15) establece que los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje. Las personas indígenas, en particular los niños indígenas, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación.

Es así como el Estado debe adoptar medidas eficaces, junto con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma. Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación pública y los medios de información públicos. El Estado debe adoptar medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad.

Para finalizar esta parte correspondiente a los principales derechos, consideramos que es importante visibilizar el papel que han jugado las mujeres indígenas en su cultura y considerar el fortalecimiento de los derechos, además de establecer mecanismos concretos que les permitan participar, de manera activa, de las decisiones que sean de su interés; gozar de sus

derechos territoriales, culturales, económicos y sociales antes referenciados.

PRINCIPALES INSTRUMENTOS Y NORMAS SOBRE LOS
DERECHOS DE LAS MUJERES Y PUEBLOS INDÍGENAS

INSTRUMENTO / NORMA	OBSERVACIÓN
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer – Ley 51 de 1981	La cual condena la discriminación contra la mujer en todas sus formas y busca una política para eliminarla.
Convenio núm. 169 de la OIT – Ley 21 de 1991	Sobre pueblos indígenas y tribales cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores; y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.
Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violación contra la mujer “Convención de Belem Do Pará” – Ley 248 de 1997	Busca prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer.
Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer – Ley 984 de 2005	Reconoce la competencia del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer.
Ley 581 de 2000	Crea los mecanismos para que las autoridades le den a la mujer la adecuada y efectiva participación a que tienen derecho en todos los niveles de las ramas y demás órganos del poder público.
Ley 731 de 2002	Busca mejorar la calidad de vida de las mujeres rurales, priorizando las de bajos recursos y consagra medidas específicas encaminadas a acelerar la equidad entre el hombre y la mujer rural.
Ley 823 de 2003	Establece el marco institucional y orienta las políticas y acciones por parte del gobierno para garantizar la equidad y la igualdad de oportunidades de las mujeres en los ámbitos público y privado.

Ley 1257 de 2008	Adopta normas que permitan garantizar para todas las mujeres una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, el ejercicio de los derechos, el acceso a los procedimientos administrativos y judiciales para su protección y atención, y la adopción de políticas necesarias para su realización.
Ley 1542 de 2012	Garantiza la protección y diligencia de las autoridades en la investigación de los presupuestos y delitos de violación contra la mujer y elimina el carácter de querellas y desistibles de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria.

Elaboración Propia³⁵

2. MANDATO DE LAS MUJERES INDÍGENAS

Las mujeres indígenas son conscientes de su situación y luchan en defensa de sus derechos. Por eso, en esta II Cumbre Continental de Mujeres Indígenas del Abya Yala, realizada en el año 2013 en La María Piendamó (Cauca. Colombia), representantes de diversos países se propusieron analizar y evaluar los modelos de desarrollo que se están implementando para trazar estrategias por la defensa de sus derechos, buscando además la transformación de las estructuras que perpetúan la discriminación, el racismo y las desigualdades que sufren. En la declaración definitiva ellas han exigido que:

Al Movimiento Indígena

Tomar medidas efectivas para garantizar el acceso de las mujeres a la justicia propia.

Para mantener el equilibrio en nuestras organizaciones, es necesario garantizar el ejercicio de alternancia entre hombres y mujeres, y nuestra participación en igualdad de condiciones.

³⁵ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Derechos de las mujeres. Principales instrumentos y normas internacionales y nacionales. Programa Presidencial Indígena. Colección Cuadernos legislación y pueblos indígenas de Colombia. 2013.

- Fortalecer los programas de Educación propia, programas de mujeres, familia y jóvenes.
- Adoptar medidas comunitarias que regulen el acceso a cargos de autoridad a miembros que tengan antecedentes de violencia contra las mujeres, las niñas y los niños, y en casos de alcoholismo y drogadicción, cuando estas prácticas no hayan sido sancionadas ni armonizadas por la comunidad.
- Compromiso, unidad, solidaridad y coherencia con nuestra identidad y nuestro plan de vida. Que todo esfuerzo de resistencia apunte al fortalecimiento del gran proyecto de resistencia del Abya Yala y la vida plena para todas y todos.

A los Estados

- Garantizar la participación de las mujeres indígenas en la elaboración de políticas públicas.
- Crear las condiciones para que las mujeres accedan de manera efectiva a la justicia ordinaria, y establecer junto con las autoridades indígenas mecanismos de coordinación entre el sistema propio y el sistema ordinario.
- Adoptar las políticas públicas que garanticen el derecho a la educación y a la salud, enfatizando en la salud sexual y reproductiva, y la prevención y el tratamiento del VIH desde una perspectiva intercultural.
- Respetar los procesos de consulta previa, libre e informada según las normas y procedimientos propios de los pueblos, así como la no intervención del Estado en las decisiones comunitarias.
- Exigir reparación integral y justa ante deuda ecológica, ambiental, histórica y social con los pueblos indígenas.
- Reconocer y reparar los daños que las industrias extractivas causan en la vida de las mujeres indígenas y de sus familias.
- Que en todos los países se incluya los derechos laborales a las trabajadoras domésticas de todo el Continente, siendo

muchas de ellas, mujeres indígenas, porque en el mundo ya se erradicó la servidumbre y la esclavitud.

- Detener los procesos de privatización de las semillas y el otorgamiento de patentes que atentan contra la vida de los seres humanos, como por ejemplo: el caso de la leche materna.

3. PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS

Es importante resaltar que en cumplimiento del Convenio núm. 169, está prohibido en Colombia adoptar normas que impidan la garantía de los derechos que protegen a las mujeres y pueblos indígenas. Eso significa que cualquier disposición legal expedida en el país debe estar acorde con lo consagrado en este instrumento internacional.

Es substancial tener en cuenta con respecto a los derechos mencionados, que no se pueden establecer medidas que constituyan una interrupción del avance en la ampliación de los niveles de satisfacción, y mucho menos medidas que signifiquen un retroceso no justificado, en términos de la protección de otros derechos fundamentales, respecto de los niveles de satisfacción ya alcanzados. Dichas decisiones no son únicamente de tipo económico: se refieren también a cualquier disposición, política, programa o medida específica de derecho interno que se refiera a los contenidos prestacionales del derecho.

En consecuencia, como lo ha planteado la Corte Constitucional³⁶, el principio de progresividad ordena dar “pasos hacia delante” y prohíbe los pasos regresivos en la cobertura y eficacia de los derechos constitucionales³⁷. En esos términos, de acuerdo con

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-235 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁷ En la Sentencia T-994 de 2010, señaló la Corte Constitucional que la configuración del mandato de progresividad en el ámbito interno toma en consideración tanto los elementos previstos en el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos

la jurisprudencia constitucional, el mandato de progresividad impone al Estado:

- (i) la obligación inmediata de adoptar medidas positivas (deliberadas y en un plazo razonable) para lograr una mayor realización del derecho en cuestión, de manera que la simple actitud pasiva del Estado se opone al principio en mención;
- (ii) la prohibición de discriminación y/o la obligación de no imponer barreras injustificadas sobre determinados grupos vulnerables; y
- (iii) la prohibición de adoptar medidas regresivas para la eficacia del derecho concernido. Esta prohibición de regresividad o de retroceso se erige en una presunción de inconstitucionalidad de la medida legislativa o administrativa a evaluar³⁸.

Así las cosas, reitera el Tribunal Constitucional que como regla general, el legislador goza de un amplio margen de configuración de los derechos sociales, para lo cual está facultado para modificar la legislación que define su contenido y condiciones de acceso, incluso si las nuevas condiciones afectan meras expectativas de consolidar un derecho bajo la antigua normatividad. Sin embargo, cuando el legislador adopta medidas que de cara a la antigua legislación implica un retroceso en su ámbito de protección, dichas medidas son constitucionalmente problemáticas por contradecir el principio de progresividad. Por lo tanto, frente a una medida regresiva debe presumirse su inconstitucionalidad

Económicos, Sociales y Culturales, como elementos propios de la jurisprudencia nacional.

³⁸ Asegura la Corte Constitucional que el contenido del principio de progresividad en el ámbito interno ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional en un amplio número de pronunciamientos. Ver, entre otros, C-1165 de 2000, C-1489 de 2000, C-671 de 2002, C-981 de 2004, C-038 de 2004, T-1318 de 2005 y T-043 de 2007. También constituye un criterio de interpretación relevante en la materia, la Observación General Nro. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, sobre el alcance de las obligaciones estatales en la aplicación del PIDESC.

prima facie, que podrá desvirtuarse cuando se logre establecer: (i) que la medida se encuentra justificada y ajustada al principio de proporcionalidad; (ii) que la medida no desconoce situaciones particulares y concretas consolidadas bajo la legislación anterior, por lo que se muestra respetuosa de los derechos adquiridos; o que (iii) si bien afecta a situaciones ya consolidadas, contempla otros mecanismos, como los regímenes de transición, dirigidos a proteger los derechos adquiridos o expectativas legítimas³⁹.

4. PRINCIPIOS Y RETOS EN DEFENSA DE LOS DERECHOS

Consideramos que en los casos de violación a los derechos de las mujeres y pueblos indígenas se debe aplicar el principio de interpretación *pro homine* (CCC, T-129/11) que impone la aplicación de las normas jurídicas que sean más favorables al ser humano y sus derechos; en otras palabras, la imposición de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución. Este principio está contemplado en los artículos 1º y 2º Superiores, puesto que en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado Social y Democrático de Derecho. Así mismo, es un fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, por parte de todas las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades⁴⁰.

De igual forma, reiteramos nuestra consideración sobre la cual pensamos que es preciso subrayar la necesidad de pensar, con base en el principio de precaución y prevención ambiental, en la

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-043 de 2007. MP. Jaime Córdoba Triviño.

⁴⁰ La Corte Constitucional ha aplicado en numerosas ocasiones el principio *pro homine*, sobre este mecanismo de interpretación pueden consultarse las Sentencias C-251/97, C-318/98, C-148/05 y, T-037/06, T695/07, T-009/08, T-791/09.

aplicación del “principio de precaución y prevención cultural”, principalmente en cuanto a las mujeres y pueblos indígenas. Adicionalmente, se debe posicionar el papel de la mujer indígena, partiendo desde la cosmovisión, espiritualidad y educación propia que ellas han transmitido desde su ancestralidad.

Ahora bien, si el Estado colombiano tiene varias obligaciones orientadas a proteger los derechos de los pueblos indígenas y debe garantizar el respeto de los mismos, infortunadamente está muy lejos de hacerlo y de entenderse la importancia que tiene para toda la sociedad los temas relacionados con los de las mujeres indígenas, a pesar de que ellas han transmitido sus idiomas, artes, artesanías, filosofía, cosmovisión, religión y medicina.

En consecuencia, la protección de los derechos de las mujeres y de los pueblos indígenas constituye un reto para la democracia en un país que se señala como multiétnico y pluricultural. Hay muchos desafíos que debemos asumir en defensa de los derechos los cuales están referidos tanto al reconocimiento y la protección de los mismos. Para ello, es necesario sensibilizar y crear conciencia sobre el aporte de los pueblos indígenas y la necesidad de su protección.

Se busca, además, garantizar la protección efectiva de la mujer indígena contra toda forma de discriminación y el establecimiento de políticas específicas para asegurar de manera activa, el mejoramiento de su situación. También se debe contribuir, mediante políticas públicas y una legislación eficaz y consistente, en el fortalecimiento de la identidad a través de la afirmación de la cultura propia y la difusión y práctica de las relaciones equitativas desde la propia autoafirmación como mujeres indígenas; de esta forma se puede igualmente potenciar los roles de las mujeres que son líderes de las comunidades y así lograr garantizar su protección efectiva.

Si bien en Colombia se ha cumplido con el deber de consagrar normas para la garantía de los pueblos indígenas, lo que está en

discusión es la eficiencia y eficacia de las mismas. La proliferación de normas no es sinónimo de garantía de derechos ya que actualmente se presentan problemas en su aplicación real y efectiva. A pesar de contar con ese marco jurídico aparentemente amplio, las dificultades y problemas de las mujeres y pueblos indígenas no han sido resueltos.

En consecuencia, el desafío es hacer realidad políticas públicas, programas y proyectos que logren la protección integral de las mujeres y pueblos indígenas de Colombia. Asimismo, prohibir toda forma de discriminación e imponer la obligación de eliminar cualquier barrera injustificada que imposibilite la adopción de medidas para la eficacia de los mencionados derechos.

BIBLIOGRAFÍA

- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-188 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-342 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-349 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-039 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-510 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-825 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-418 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-892 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería.

- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-778 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-903 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-973 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-235 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- CRIC, CAOI, ONIC. Declaración II Cumbre Continental de Mujeres Indígenas del Abya Yala, La María Piendamó, Noviembre 12 de 2013.
- ONIC. Mujeres indígenas, género y cultura. Organización Nacional Indígenas – ONIC, 2007.
- ONU. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Derechos de los Pueblos Indígenas. Bogotá: agosto de 2002.
- PRESIDENCIA, VICEPRESIDENCIA DE COLOMBIA. Colección Cuadernos Legislación y Pueblos Indígenas de Colombia No. 2. Programa Presidencial para la Formulación de Estrategias y Acciones para el Desarrollo Integral de los Pueblos Indígenas de Colombia, 2012, p. 5.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 2164 de 1995. Sobre dotación y titulación de tierras a comunidades indígenas.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 22 de 1981. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 21 de 1991, por medio de la cual se aprueba el “Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, adoptado por la 76a. Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra, 1989). Colombia.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 160 de 1994. Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 248 de 1997. Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violación contra la mujer.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 581 de 2000. Participación de la mujer.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 731 de 2002. Calidad de vida de las mujeres rurales.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 984 de 2005. Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación formas de discriminación contra la mujer.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 823 de 2008. Marco institucional para oportunidades de las mujeres.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1257 de 2008. Adopta normas que permitan garantizar para todas las mujeres una vida libre de violencia.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1381 de 2010. Mediante la cual se dictan normas sobre reconocimiento, fomento, protección, uso, preservación y fortalecimiento de las lenguas de los grupos étnicos de Colombia y sobre sus derechos lingüísticos y los de sus hablantes.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1482 de 2011. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1542 de 2012. Sobre violencia contra la mujer.

RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. "Derechos de las mujeres indígenas en Colombia". En: *Las mujeres indígenas en los escenarios de la biodiversidad*. UICN, Fundación Natura Colombia, ICANH, 2005, p. 119.

- RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. “La función ecológica de la propiedad en la ampliación, reestructuración y saneamiento de resguardos indígenas”. En: *Propiedad, conflicto y medio ambiente*. Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004, pp. 109-135.
- RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. Artículo “La consulta previa a pueblos indígenas”. En *Comunidades étnicas en Colombia. Cultura y jurisprudencia*. Universidad del Rosario. 2005.
- RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. *De la consulta previa al consentimiento previo, libre e informado*. Universidad del Rosario, Grupo Editorial Ibáñez, 2014.
- RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. *Mujeres indígenas. Tejedoras de vida, de paz y de futuro*. Universidad del Rosario, Grupo Editorial Ibáñez, 2012.

POLÍTICA DE RECONOCIMIENTO, DEBER DE ASISTENCIA Y ACCIONES POSITIVAS-NEGATIVAS: TRES PILARES PARA LA CIMENTACIÓN DE UN DERECHO GLOBAL AL ACCESO A LOS MEDICAMENTOS

IVÁN VARGAS-CHAVES¹

INTRODUCCIÓN

El acceso a los medicamentos aún no alcanza a erigirse como un objetivo prioritario en las políticas de salud pública de la gran mayoría de países, y ello se ve reflejado en una evidente desatención de cientos de millones de pacientes, quienes al no lograr acceder o culminar un tratamiento o cura prescrita, quedan en un grave estado de vulnerabilidad. Por fortuna, esta no es una realidad generalizada. Existen países que cuentan con sistemas robustos que asumen el costo de los medicamentos prescritos o con ciudadanos capaces de asumir por su cuenta el valor de los mismos.

Como sociedad, hemos sido testigos de una industria farmacéutica lo suficientemente consolidada y empoderada, a tal punto de influir en la redacción de normas a su favor², aun

¹ Abogado de la Universidad del Rosario y Magíster en Derecho de la Universidad de Génova, Italia. Investigador en formación doctoral en la Universidad de Barcelona.

² Véase, al respecto, el estudio presentado por la Comisión Federal de Comercio (FTC) de los Estados Unidos. FTC (2003). *Generic Drug Entry Prior to Patent Expiration*. El cual es quizás la única fuente de carácter oficial en dicho país, donde se evidencia la fuerte influencia de la industria farmacéutica en la estructuración de políticas públicas a su favor. En este sentido, es de entender que muchos de los países que han suscrito acuerdos de libre comercio con Estados Unidos, se han comprometido a importar este esquema favorable con la industria. Resulta, por

cuando éstas vayan en contra del derecho a la salud y la vida de millones de pacientes olvidados. Esta consolidación encuentra su razón de ser en una rentabilidad generada, a partir de las ganancias obtenidas en los países industrializados, de allí que la estrategia de esta industria ha estado y seguirá enfocada en la investigación, desarrollo y marketing de nuevos medicamentos para los ciudadanos de estos países.

No obstante, creemos que más allá de culpar a una industria por cumplir su finalidad, que es la de producir ganancias para sus accionistas y así, seguir creciendo; son en realidad los gobiernos quienes deben responsabilizarse por actitudes tales como mantener una reprochable permisividad con esta industria; no invertir en infraestructuras que permitan el desarrollo, la distribución y la conservación de nuevos medicamentos; o por no controlar otros problemas que impiden el acceso a los medicamentos, tales como la falsificación y la comercialización de productos homeopáticos³ o sub-estándar⁴, como sustitutos de tratamientos o curas probadas científicamente.

otra parte, errada la creencia que tienen muchos defensores del proteccionismo de la propiedad intelectual, quienes asumen que lo que ha funcionado para los países ricos también habría de funcionar para los países pobres. Cfr. Ortún-Rubio, V. (2004). Patentes, regulación de precios e innovación en la industria farmacéutica. *Cuadernos económicos de ICE*, 67, p. 195; Eisenberg, R. (2001). The shifting functional balance of patents and drug regulation. *Health Affairs*, 20 (5), p. 119. Esta problemática supone, por ejemplo, que en muchos de los países con acuerdos vigentes de libre comercio con Estados Unidos, la inflación de los precios de los medicamentos sea el resultado de políticas desregulatorias de la industria farmacéutica. Cfr. Tobar F (2008). Economía de los medicamentos genéricos en América Latina. *Revista Panamericana de Salud Pública*. 23(1), p. 67.

³ Sobre el debate que genera la homeopatía como una práctica rechazada por la comunidad científica, véase, BELLAVITE, P., Betti, L. (2012). Homeopathy and the science of high dilutions: when to believe the unbelievable. *International Journal of High Dilution Research*, 11 (40); Posadzki P., Alotaibi A., Ernst E. (2012). Adverse effects of homeopathy: a systematic review of published case reports and case series. *International Journal of Clinical Practice*. 66 (12), pp. 1178-1188.

⁴ Estos productos suelen ser ofertados por ejercientes de la medicina sin una formación previa, a base de fórmulas derivados de plantas escogidas sin un rigor científico, muchas veces al azar. Ello no sólo privará a los pacientes de un tiempo

En el caso de este último fenómeno, debe comprenderse que es un recurso al cual recurren muchos pacientes quienes no pueden acceder a un medicamento, bien por sus elevados costos o por la escasa cobertura de su seguridad social, o bien porque éste no está disponible en los lugares donde viven. Incluso si éstos están disponibles, una inadecuada conservación es también un factor de no-acceso. Lo anterior, sin pretender dejar a un lado otros problemas de acceso, como los inexistentes o escasos incentivos⁵ asignados a los laboratorios farmacéuticos locales que producen medicamentos genéricos.

Y es que pretender que con la sola estabilización de precios –o con la concesión de licencias obligatorias– el problema del acceso a los medicamentos se solucionará, equivale a omitir toda una cadena de eslabones en un “eje de la muerte”, por cuanto es el derecho a la salud, y por consiguiente el derecho a la vida, el que no se está garantizando.

Se hace por tanto necesario exigir a los gobiernos locales, que cuenten con políticas públicas donde se incluyan bases o lineamientos para la estructuración de un derecho global, en donde los demás actores involucrados (industria farmacéutica, organismos internacionales y la sociedad civil de los países desarrollados) estén conscientes y comprometidos con el acceso a los medicamentos. Así pues, a través del presente texto nuestra intención no es otra que importar, a manera de pilares, tres planteamientos desde la óptica de la justicia global, los cuales consideramos pueden acoplarse a esta problemática.

Proponemos en este sentido, que a través de esta óptica el derecho al acceso a los medicamentos fortalezca sus cimientos a la vez que adquiera una connotación global, y se erija como un

crucial para tratar o curar su enfermedad, sino que los expondrá a sustancias que pueden llegar a ser perjudiciales para su salud.

⁵ Para analizar el caso de Latinoamérica, véase, TOBAR F (2008). Economía de los medicamentos genéricos en América Latina. Ob. cit., pp. 63 y siguientes.

objetivo prioritario de toda política pública. En todo caso, ello no tiene por qué sugerir una lectura utópica de estos planteamientos, ya que somos ante todo conscientes que los obstáculos siguen siendo numerosos, especialmente en lo que respecta a la regulación del monopolio de la patente, pues no hay que desconocer que gracias a la industria farmacéutica la expectativa de vida en nuestra sociedad ha aumentado, pese a que en no todos los rincones del planeta pueda afirmarse lo mismo⁶.

1. RECONOCIMIENTO

El gran aporte de la política del reconocimiento⁷ de TAYLOR puede, para algunos, ser significativo en la construcción de un

⁶ De hecho este es uno de los principales retos que enfrentaría uno de estos tres pilares: el deber de asistencia a partir de la concepción de justicia que propone CAMPBELL, toda vez que éste debe residir en un trato humanitario y justo, sin distinción alguna. El resultado como se concluirá, será que todo acto tendiente a proveer medicamentos, aplicando el principio de distribución, y como una manera de reducir la pobreza, dejará de ser visto como un acto de beneficencia. Véase, CAMPBELL, T. (1974). *Humanity before justice. British Journal of Political Science*, 4 (1).

⁷ La política del reconocimiento plantea la existencia de una estrecha relación de la identidad del ser humano como su reconocimiento. Al tenor de lo anterior, por identidad podemos entender que es una interpretación que nosotros hacemos acerca de quiénes somos, y de cuáles son aquellas características fundamentales que nos pueden identificar del resto de personas; y por reconocimiento, aquella percepción, distorsión o ausencia de percepción que creamos respecto de nosotros y de los demás. En el ámbito del acceso a los medicamentos, según se analizará, podemos ver cómo una negativa autopercepción de los países en situación de pobreza y en vías de desarrollo, ha generado una resignación respecto del rol de la participación ciudadana frente a sus propios gobernantes, y a su vez frente a los acuerdos comerciales que éstos suscriben con los países desarrollados, donde muchas veces priman más las imposiciones de éstos últimos, que la salud misma de toda la población. Se asume por tanto erróneamente, que la globalización es un proceso impositivo e irreversible, en donde no cabe como una opción oponerse a acuerdos p.ej. de derechos de propiedad intelectual; resignándose ante su avance, y tratando de amoldar las condiciones particulares de sus economías locales, a unas condiciones en dónde sólo se benefician quienes son titulares de los derechos de las invenciones farmacéuticas.

escenario de igualdad⁸. En nuestro caso, creemos también lo es en el panorama de los países productores y receptores de medicamentos, o más bien, entre los países industrializados o países ricos, y los países usualmente ignorados por éstos. No en vano, nuestro primer planteamiento coincide con el del propio TAYLOR⁹ al concebir una política del reconocimiento aplicable a cuestiones de cualquier índole (1992: 50).

Y es justamente dentro de este marco donde ubicamos la desigualdad generada por la falta de acceso a los medicamentos en aquellos países¹⁰, en los que sus ciudadanos asumen, como propio de su identidad, un permanente estado de resignación permitiendo que incluso les sean impuestas condiciones desfavorables. Los ejemplos que nos trae TAYLOR (1992: 26) al respecto son contundentes, al comparar esta situación con la de los conquistadores europeos y los nativos americanos a partir de 1492¹¹, o con las mujeres que en sociedades patriarcales han sido inducidas a adoptar una autoimagen despectiva.

⁸ Para efectos de una acertada integración de la política del reconocimiento en el diseño de políticas globales de acceso a los medicamentos en condiciones de igualdad, conviene apartarnos -siguiendo a Taylor- de la política de dignidad igualitaria de ROSSEAU, toda vez que el enfoque de un reconocimiento igualitario no debe reposar en la rigurosa exclusión de toda diferenciación de roles en un estado libre, porque ello necesariamente incluirá poder o dominación.

⁹ Incluyendo aquellos que autores como Correa-Molina al estudiar la figura de la política del reconocimiento, denominan como casos límite a aquellos en los cuales la posibilidad misma del reconocimiento debido parece estar clausurada. Cfr. CORREA-MOLINA, M. (2009). Sobre Charles Taylor y algunos problemas relativos a la política del reconocimiento. *Revista Ars Boni et Aequi*, 5, pp. 178 y siguientes. De hecho la tesis desarrollada por Correa-Molina a partir de la teoría de TAYLOR, se basa, de una parte, en el reconocimiento mismo de una comunidad por parte de otra, y, de otra parte, del respeto generado a partir de dicho reconocimiento por medio de un “intercambio de trasfondos de interpretación”, esto es, por medio de un punto de vista que concibe como una pugna o confrontación de horizontes.

¹⁰ Cfr. CALLEJÓN, M., & ORTÚN, V. (1990). Los medicamentos en España: Mercado único y utilidad social. *Economía industrial*, 274, pp. 191-206.

¹¹ En nuestra opinión, éste quizás es el estudio de caso más relevante de la teoría de la política de reconocimiento, pues yace no sólo en la distorsión de la imagen creada por los colonizadores europeos a los nativos americanos, sino en la resignación que éstos asumieron. Prueba de ello es la decadente percepción de la sociedad

Habría quienes calificarían esta situación como un mero conformismo, sin embargo, sea cual sea la causa que les lleve a aceptar tales imposiciones, lo que en realidad hacen es asumir un permanente estado de sometimiento, de tal suerte que al presentárseles oportunidades para romper brechas, serían incapaces de aprovecharlas (TAYLOR, 1992: 25). De otro lado, entender los motivos de la resignación como la manifestación de la ausencia de igualdad, permite también entender que el impacto que genera la pobreza¹² en el mundo es tal, que los ciudadanos de los países desfavorecidos ante una grave enfermedad que es tratable o curable, sólo esperan la muerte como único desenlace.

Ahora bien, vale la pena preguntarnos lo siguiente: ¿debería existir un derecho humano a no estar en condición de extrema pobreza¹³, o a tener un acceso básico a los medicamentos?, y si así fuese ¿deberían ser los países desarrollados los encargados de velar por la efectividad de estos derechos?, formulando a su vez políticas públicas globales que conduzcan al mejoramiento de las condiciones básicas y, especialmente sanitarias, de todos

española hacia los inmigrantes latinoamericanos que llegaron en la última década a desempeñar labores serviles propias de los nativos americanos en época de la colonia. Véase, en este sentido, RUIZ COLLANTES, X., et al (2006). La imagen pública de la inmigración en las series de televisión españolas. *Revista Política y Cultura*, 26, pp. 93-108, donde se discuten los efectos de este encuadre en el ámbito de los medios de comunicación.

¹² Al respecto, en la Declaración del 4 de mayo de 2001 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el organismo encargado de la supervisión del *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, se puede leer lo siguiente: “La pobreza puede definirse como una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.” Para los efectos de este texto, e intentando plantear un alcance, por “pobreza extrema” entenderíamos la ausencia de recursos para optar por una calidad y un bienestar de vida mínimo o vital.

¹³ Una válida reflexión en este sentido, se puede encontrar en CUELLAR-ÁLVAREZ, M., MONTIEL-ROMERO, L., NAMNUM, S. (2004). *La pobreza. Una reflexión desde la perspectiva de los derechos humanos*, en: AUPING, J. *El análisis económico de los derechos humanos*. México: Plaza y Valdés, p. 125 y siguientes.

aquellos individuos que por falta de recursos no pueden tenerlas. Son dos preguntas que van ligadas a la potestad intervencionista de los gobiernos sobre los mercados de medicamentos, que guían tanto el futuro de este sector como las condiciones de acceso de sus destinatarios finales.

Por ejemplo, las políticas regulatorias que aumentan las exigencias en la investigación de nuevos fármacos, hacen al sector más intensivo en tecnología, como ha ocurrido en las últimas décadas¹⁴; sin embargo, al no incentivar plataformas biotecnológicas en el eje Universidad-Empresa-Estado, la investigación encarece los productos finales, pues no todas las patentes farmacéuticas o biotecnológicas provienen del ámbito privado (DUETSCH, 1998: 187), sin tener en cuenta¹⁵ la condición de pobreza extrema asociada al acceso a medicamentos.

Al analizar el enfoque que propone POGGE, advertimos que el reconocimiento del derecho humano a no estar en condiciones de pobreza extrema¹⁶ –acompasable con el derecho a acceder a los medicamentos–, parte de un principio global y local de justicia,

¹⁴ Véase, BARRUTIA, X., ZABALO, P. (2004). *Sector farmacéutico, patentes y acceso a medicamentos en el sur*. Ob. cit., p. 3 y siguientes. Adicionalmente a las políticas públicas, estos autores resaltan las diferencias regulatorias existentes entre países, que hacen que el sector farmacéutico tenga estructuras multidomésticas, en las cuales “las multinacionales realizan las actividades de conversión final, empaquetamiento y presentación en cada mercado”, incluyendo actividades de manufactura dirigidas a los mercados de los países industrializados, bajo una normatividad muy estricta. En este sentido, véase también, OTERO, C. (2006). *El comercio internacional de medicamentos*. Madrid: Editorial Dykinson, p. 204 y siguientes.

¹⁵ Creemos que aunque el derecho humano a no estar en situación de pobreza extrema tiene usualmente un destacado lugar en los discursos, los gobiernos de los países desarrollados se excusan en su reconocimiento no es posible, toda vez que, o aún no hay consensos sobre un significado de pobreza extrema que enmarque la realidad, o aún no se ha estructurado un alcance real que de razón de su impacto negativo.

¹⁶ En este sentido, es recomendable consultar, POGGE, T. (2003) *Severe Poverty as a Human Rights Violation*, en: UNESCO Poverty Project. *Ethical and human rights dimensions of poverty: towards a new paradigm in the fight against poverty*, Oxford: Philosophy Seminar-All Souls College, pp. 1-38.

teniendo en cuenta los valores razonablemente asimilados por la sociedad. Estamos, pues, ante lo que se denomina justicia social (POGGE, 2010: 16)¹⁷, un concepto que además de ser amplio¹⁸, tiene su razón de ser en que todos los seres humanos tengan asegurado el acceso a los recursos necesarios para un mínimo vital básico.

La garantía del mínimo vital es un objetivo que debe ser materializado por las instituciones estatales, más allá de una mera enunciación como ideal o como una mera aspiración, ya que si se llegase a asumir como un derecho humano, requeriría entonces de acciones inmediatas. No obstante, esta es una obligación que para la doctrina poggiana conlleva una acción negativa, pues la sociedad, y en particular los países desarrollados, deberían evitar a toda costa que los individuos no tengan un acceso a los medicamentos, entendidos éstos como recursos que garantizan el cumplimiento de un derecho humano básico; a diferencia de Shue, quien opina que se trata de una acción positiva¹⁹, pues son los países industrializados quienes sí deben tomar acciones²⁰ para la erradicación de todos los focos de pobreza extrema (1996: 18).

En cualquier caso, insistimos en que una solución válida a toda esta problemática reposa en una política del reconocimiento que tome en consideración la resignación de los ciudadanos de los

¹⁷ Véase, además, POGGE, T. (2008). What is Global Justice?, *Revista de Economía Institucional*, 10 (9), p. 102.

¹⁸ POGGE no duda en señalar que “esta innovación terminológica se arraigó ampliamente, al menos en la filosofía de habla inglesa, de modo que el concepto de justicia hoy se utiliza predominantemente en la valoración moral de las normas sociales (leyes, prácticas, convenciones sociales e instituciones), y raras veces en la valoración moral del comportamiento y el carácter de los agentes individuales y colectivos.” *Ídem*.

¹⁹ De hecho este autor al estudiar la pobreza extrema, reconoce que debe haber un derecho básico a la subsistencia, y le da toda la importancia del caso, pues entiende que de la satisfacción de éste, es que los individuos pueden disfrutar de sus demás derechos.

²⁰ *v.gr.* Acciones para que el acceso de medicinas esté a disposición de todos.

países pobres, para de esta manera instar²¹ a un reconocimiento de su identidad de parte de aquellos industrializados, sin que éstos impongan directa o indirectamente sus intereses a costa del estado de vulnerabilidad en el que se encuentran cientos de millones de pacientes en el mundo.

2. DEBER DE ASISTENCIA

Si trasladásemos el planteamiento de la omisión de socorro de SINGER (1993: 222) al acceso a los medicamentos, podríamos afirmar que son los países industrializados quienes al no involucrarse en mejorar las condiciones de acceso a los medicamentos contribuyen a la materialización de un homicidio, al dejar morir a quienes no pueden iniciar o continuar con sus tratamientos o curas prescritas. Reconocemos que aunque ésta sea una afirmación polémica, es plausible cuanto menos entrever que la capacidad que tienen estos países de ayudar a aquellos desfavorecidos, más allá de ser una cuestión de filantropía, es en realidad una obligación moral que no se cumple como consecuencia de la falta de voluntad de muchos.

Son también criticables las actitudes de los ciudadanos de los países desarrollados, quienes suelen desentenderse de la asistencia farmacéutica²² arguyendo que es responsabilidad del Gobierno y que, cómo sujetos que son, si deciden prestar asistencia a quienes la necesitan, entonces estarían acolitando el desentendimiento de sus gobernantes. No en vano es una indiferencia que genera un grave malentendido, pues los gobernantes por su parte entenderán que si no hay muchos ciudadanos-electores dispuestos a ayudar,

²¹ O en otras palabras, lo que Taylor pretende es que como sociedad no nos quedemos “impávidos cuando comunidades de seres humanos no encuentran alguna vía de reconocimiento distinta a ésta”. CORREA-MOLINA, M. (2009). *Sobre Charles Taylor y algunos problemas relativos a la política del reconocimiento*, Ob. cit. p. 160.

²² En este sentido, VELÁSQUEZ, F., GONZÁLEZ, E. (2003) *¿Qué ha pasado con la participación ciudadana en Colombia?* Bogotá: Universidad de los Andes y Fundación Corona, p. 24.

en realidad es su deseo no aliviar las necesidades de aquellos desfavorecidos, y por ello en el planteamiento y ejecución de sus planes de gobierno obrarán en tal sentido, creyendo que hacen lo correcto.

Si bien comprendemos que en muchos casos el desentendimiento de gobernantes y electores se da por su indiferencia²³, en otros casos sí cabe una explicación racional de tal actitud. Por ejemplo, habrá quienes se excusen en que los medicamentos enviados a zonas pobres son cuidados paliativos, no una solución a largo plazo. En otras palabras, es una prórroga que pospone una desgracia que persistirá, convirtiendo a los países necesitados en un gasto más. Ante ello, Singer propone una solución que gira alrededor del control de la población (1972: 240) en dichos países, como condición previa a la generación de la obligación de asistencia²⁴. Como es de suponer, no nos referiremos a esta propuesta, pues lo que debatimos no es la relación entre

²³ Véase, SINGER, P. (2012). *Salvar una vida: cómo terminar con la pobreza*. Buenos Aires: Katz Editores, pp. 41-62.

²⁴ Sobre esta propuesta en particular, la cual destacamos por su utilidad práctica, conviene mencionar que se trata de una decisión –que aunque muy cuestionable– puede llegar a suponer la correcta transición entre generaciones, esto es, la llegada a buen término de los relevos generacionales que tendrá nuestra especie en el planeta, máxime si no olvidamos que los recursos naturales son limitados y que poco a poco se agotan, pudiendo afectar directamente en un futuro a los nacionales de los países desarrollados y en vías de desarrollo. Es la diferencia entre evitar preventivamente unos embarazos, a cambio de salvar a toda una especie en el futuro. Respecto a la utilidad marginal, si nos proyectamos a un futuro quizás no tan lejano, en el que la superpoblación se acompasa con una pobreza global, todos los bienes estarían sujetos a una escasez que generaría guerras, muertes y desolación por los pocos recursos restantes. Todo esto quizás podría estar muy contrapuesto a una imparcialidad moral, vista como un derecho que tenemos todos a tomar decisiones libremente, e incluso a equivocarnos, pues la oposición a este tipo de prácticas de control de natalidad sería férrea y en masa, llevando en un principio a las naciones pobres a una condena, que al final abarcaría todo el globo terráqueo.

crecimiento demográfico y pobreza, sino al propio deber de asistencia como un asunto de justicia global²⁵.

A través del deber de asistencia es como CAMPBELL propone que la justicia sea concebida (1974: 1), esto es, como un proyecto asociativo capaz de aterrizar en el principio de distribución, quedando la reducción de la pobreza, en una cuestión de humanidad y deber de asistencia²⁶. A partir de esta visión, la concepción romana de justicia caería en desuso, pues de tomarse como cierta, nos encontraríamos con que el único fundamento de las interpretaciones no sería otro distinto a que los desfavorecidos reciben lo poco que tienen porque se lo merecen, con lo cual, la pobreza no vendría a ser estrictamente una cuestión de justicia.

Por el contrario, la justicia al estar ideada como el espíritu de los derechos, permitiría forjar las bases de una nueva sociedad, en la cual el deber de asistencia resida en un trato justo y humanitario a los nacionales de los países pobres. El resultado se verá reflejado en un nuevo esquema de pensamiento, en el que todos los actos tendientes a reducir la pobreza dejen de ser vistos como meros actos de beneficencia.

²⁵ Naturalmente en esta concepción tampoco cabe el argumento de la proximidad, pues aunque los países industrializados tuviesen algún tipo de empatía, traducida en lazos comunes, territoriales o históricos con algunos países pobres, no resultaría idóneo inferir que: Si X situación, le ocurrió a los habitantes del país que considero afín, es muy probable que ello me hubiese tocado a mí, y por ende es mi deber actuar con la misma reciprocidad con la cual me hubiese gustado ser tratado. En este sentido, aunque este argumento pudiese tener antes cierto grado de validez, al estar hoy en día inmersos en una “aldea global” resultaría una reflexión muy egoísta y totalmente abstraída de la obligación moral de prestarnos asistencia unos con otros, indistintamente de nuestra ubicación geográfica. Véase, CHOMSKY, N., DIETERICH, H., STEFFAN, H. (1997). *La aldea global*. Tafalla: Txalaparta, pp. 86, 113, 127 y 169; SELEME, H. (2007). El peso del deber de asistencia a pueblos foráneos frente a las exigencias de justicia doméstica. *Revista Diánoia*, 52 (59), pp. 97-126.

²⁶ En suma, Campbell reconoce que la justicia puede llegar a ser interpretada como un criterio en el cual se incluye la distribución, e incluso determinados principios sociales-morales, lo cual en realidad no es ni siquiera equivalente ni a la distribución ni a todos los principios.

Efectivamente, si pretendiésemos buscar un enfoque para materializar el acceso a los medicamentos como un acto de reducir la pobreza, resultaría sin duda interesante remitirnos al consecuencialismo sistemático imparcial²⁷ de FISHKIN, para establecer las obligaciones individuales que tendrían los agentes involucrados (1986: 74). Y es que toda contribución se reflejaría en un mejoramiento gradual pero contundente del problema en el número de las situaciones, en donde se determina una obligación (refiriéndose a todos y cada uno de nosotros), o lo que es lo mismo, en iguales condiciones de cooperación moral imperfecta.

Para explicar lo anterior, nos valemos del siguiente ejemplo utilizado por el propio FISHKIN: “Si tuviera que dar, pongamos, la mitad de mis ingresos para la lucha contra el hambre, todavía ocurriría que otra pequeña contribución de 5 o 10 dólares sería pequeña, incluso en este nivel acumulativo de sacrificio, en sus efectos comparativos sobre mí –en la medida en que tales efectos pueden ser comparados, con estricta imparcialidad, con los beneficios de aquellos a los que se ayuda. Por tanto, mediante una consideración estrictamente imparcial de los intereses, podemos como sociedad razonablemente enfrentarnos a nuevas exigencias para contribuir y con nuevas exigencias para actuar. Estas exigencias se seguirían de la condición de los (por ejemplo) innumerables refugiados que esperan ser ayudados por alguien.” (1986: 75).

Al final, FISHKIN concluye que si hubiese alguien dispuesto a dar por lo menos la mitad de sus ingresos, esa persona ya habría logrado detonar cualquier construcción plausible de los límites

²⁷ En este sentido FISHKIN asume que “cualquier consideración plausible de exigencias o intereses lleva rápidamente a conclusiones que rebasan los dos límites que he definido de manera simple. Cuando el estado del mundo es tal que una consideración estrictamente imparcial de todas las exigencias o intereses relevantes lleva a la necesidad de que un determinado agente actúe, podemos llamar a esto una situación que determina una obligación.” FISHKIN, J. (1986). *Las fronteras de la obligación*. *Doxa*, 3, p. 74.

del heroísmo. La pregunta entonces es, cómo agentes del cambio que somos, ¿cuánto o qué estamos dispuestos a aportar los más o medianamente afortunados²⁸ para ayudar a aquellos que por falta de estos medicamentos, no pueden ser tratados o curados?²⁹

Lo anterior, claro está, en un escenario en el que ni las personas ni los gobiernos aportan lo suficiente³⁰ para facilitar un acceso básico a los medicamentos esenciales en los países pobres. Y por facilitar no nos referimos únicamente a suministrar medicamentos, también pueden ser actos de facilitación la inversión en vías de transporte a través del capital público y privado para mejorar los canales internos de distribución; las labores de control fronterizo de medicamentos falsificados de parte de los estados vecinos que tienen la capacidad para hacerlo, previo acuerdo con las autoridades del país en cuestión; o incluso, una actitud tolerante de parte del gobierno y los electores hacia los inmigrantes sin

²⁸ No debemos olvidar que iniciativas como Médicos sin Fronteras o Cruz Roja, entre otras organizaciones, constantemente realizan campañas de recolección de fondos, de apoyo logístico o de incorporación de voluntarios, promoviendo entre muchos otros canales de ayuda.

²⁹ Creemos que una respuesta consecuente, no debería ser aquella en la que los ciudadanos se limitaran a dar solamente una porción igual y equitativa a la de los demás, pues por más que éste sea un argumento poderoso, y Singer lo reconoce así, terminaría por resignar a los ciudadanos ante el hecho de que otros no van a aportar su parte y, por tanto, los enfermos de estos países que podrían curarse, seguirían falleciendo, pudiéndose esto evitar. Véase, SINGER, P. (1999-09-05). *The Singer Solution to World Poverty. The New York Times Magazine*, pp. 60-63.

³⁰ Y es que tal y como lo señala SINGER: “Por el momento se ha transferido muy poco. Sólo Suecia, Holanda, Noruega, y algunos de los países árabes exportadores de petróleo han alcanzado el modesto objetivo, establecido por las Naciones Unidas, del 0,7 por ciento del producto nacional bruto (PNB). Gran Bretaña cede el 0,31 por ciento de su PNB en ayuda oficial al desarrollo y una pequeña cantidad adicional en ayuda extraoficial de organizaciones voluntarias. El total supone alrededor de 2 libras (Unas 400 pesetas) mensuales por persona, comparado con el 5,5 por ciento del PNB que se gasta en alcohol y el 3 por ciento en tabaco. Otras naciones, incluso más ricas, aportan poco más: Alemania, el 0,41 por ciento, y Japón, el 0,32. Los EEUU dan tan sólo el 0,15 por ciento de su PNB.” SINGER, P. (2009). *Ética Práctica*. Trad. de Herrera-Bonet, R. Madrid: Akal, p. 225.

permiso de residencia, quienes en los países industrializados son los grandes olvidados³¹ por los sistemas de salud.

3. ACCIONES POSITIVAS O NEGATIVAS

Una última, pero no menos importante situación que se da en el acceso a los medicamentos, es la vulnerabilidad sobrevenida de las enfermedades evitables. De hecho hay quienes afirman que los ciudadanos de países pobres extremos, más allá de ser vulnerables, son en realidad vulnerados en su condición humana al tener una calidad de vida muy por debajo de lo deseable (LEÓN-CORREA, 2011: 19). Como es de esperarse, esta vulnerabilidad se traduce en muertes por enfermedades no tratadas, o indebidamente tratadas como consecuencia de la interrupción de las dosis, o de la mala calidad –o falsificación– de los fármacos suministrados.

Se trata de una realidad que además de reflejar la baja producción de medicamentos en países en vía de desarrollo o en extrema pobreza, la cual apenas llega al 10% (European Observatory on Access to Healthcare, 2011: 15), refleja también otro desfavorable indicador: sólo un tercio de la población mundial puede acceder a los medicamentos regularmente³², teniendo la posibilidad de finalizar el tratamiento prescrito por el médico.

Al mismo tiempo y mientras la industria farmacéutica fija su norte de inversión, son los gobiernos de los países vulnerables quienes fracturan aún más el derecho fundamental a la salud y,

³¹ Al respecto pueden consultarse los dos siguientes informes: HUMA (2009). *El acceso a la asistencia sanitaria de las personas inmigrantes sin permiso de residencia y solicitantes de asilo en diez países de la Unión Europea*. Health for Undocumented Migrants and Asylum Seekers Network., 198 págs; European Observatory on Access to Healthcare (2011). *Access to Health care for Undocumented Migrants in 11 European Countries*. Paris: Médecins du Monde / EOA.

³² Cfr. SIURANA, J.C. (2007). Bioética del desarrollo y justicia global en el acceso a medicamentos. *Revista Laguna*. 21, p. 109. Otro a tener muy en cuenta, es que 3/4 partes de las personas en situación de vulnerabilidad, logran abastecerse apenas el 8% de la producción mundial de medicamentos.

por tanto, el derecho a la vida de sus nacionales pues, no cabe duda que es el Estado el primer llamado a garantizar unas condiciones básicas en materia de salud. Esto, para la problemática que nos atañe, se podría reorientar, según SIURANA, limitando el espectro de exclusividad en las patentes farmacéuticas o, generando espacios de colaboración con la misma industria.

La primera alternativa no nos parece afortunada pues, una limitación en los derechos conferidos a las patentes, traerá como consecuencia una menor actividad en investigación y desarrollo para la búsqueda de nuevos medicamentos, inclusive en aquellos países donde ésta es mínima. De hecho, el incentivo de la exclusividad de producción y comercialización ha sido el mejor aliciente para que al día de hoy contemos con una amplia gama de fármacos para muchas enfermedades que otrora causaban millones de muertes, acrecentándose –como ya lo indicábamos– nuestra expectativa de vida, y mejorando la calidad de vida y el tiempo de supervivencia de muchos pacientes diagnosticados con una enfermedad terminal.

La otra propuesta en cambio, nos lleva a forzar a los gobiernos a cumplir con su rol de garantes de la salud, y por consiguiente de la vida. Aunque es de aclarar que no necesariamente la mejora en el acceso a los medicamentos esenciales va a significar que éstos estén cumpliendo con su obligación, ya que a lo anterior debe añadirse la mejora sustancial en la atención primaria a través de políticas públicas que, por ejemplo exijan altos estándares en los programas académicos de medicina en las universidades; instituyan la permanente actualización a través de capacitaciones a los profesionales en salud; o amplíen la cobertura de los centros de salud.

En efecto, otra manera en la que puede desplegarse una política del reconocimiento dirigida a erradicar el foco de la pobreza, es materializar en acciones positivas o negativas, el derecho humano a la vida, si, y solo si, no hubiese consenso en la asimilación del

derecho humano a no ser pobre en extremo; en conexidad con el derecho de acceso a un sistema básico de tratamiento y cura de enfermedades. En este sentido, el reconocimiento en sí consistiría en tratar a los individuos desfavorecidos con la misma dignidad que son tratados los nacionales de los países desarrollados³³.

Aceptamos que aunque este es un ideal que enmarca deberes asociados de carácter correlativo, como la acción negativa de impedir toda privación en el acceso a los medicamentos o la acción positiva de permitir el acceso a los medicamentos, a través de la reducción del precio de venta, o suprimiendo la patente; lo que en realidad ocurre es un fallo social, consistente en las preferencias que las organizaciones internacionales encargadas del diseño y ejecución de políticas públicas globales tienen a favor de un grupo de países desarrollados, en menoscabo de los intereses de los demás países³⁴. Nos referimos a las organizaciones que STIGLITZ (2013: 1) identifica como aquellas que pretendían imponer su propio régimen de propiedad intelectual.

El problema de esta inclinación está en que al impedir el acceso a los medicamentos, se presenta una situación de inequidad que, vista desde una lupa poggiana, atenta contra los derechos humanos; salvo que se haga todo lo posible por minimizar el daño causado, a través de estrategias eficaces de ayuda humanitaria. En otros términos, el impacto se minimizaría si se actuase en

³³ Lo cual podría ser también explicado a través de la metáfora del mosquito o de la polilla: “Tal reconocimiento es el que se da cuando nos relacionamos con un mosquito o una polilla dado que nos resulta imposible darle a entender al insecto que su aleteo o su picada nos afecta (o, más bien, nos molesta), lo aplastamos con la mano y de paso, por un breve instante, el bicho no puede evitar reconocernos ni nosotros a él.” *Ídem*. De hecho para Correa-Molina resulta absurdo ver cómo la relación entre ciertas comunidades se asemeja a la forma en cómo se suelen tratar a los insectos.

³⁴ Véase, CORTÉS-RODAS, F. (2010). Una Crítica a las Teorías de Justicia Global: al Realismo, a Rawls, Habermas y Pogge. *Revideva* 59 (142), pp. 5 y siguientes.

concordancia a un nuevo humanitarismo³⁵, respetuoso de la identidad y con vocación distributiva³⁶.

Notemos que para POGGE este es un deber conexo a la erradicación de la pobreza extrema, a ejecutarse preferiblemente a través de acciones negativas, no como una opción que los países industrializados pueden o no tomar. De hecho, la importancia que tienen este tipo de acciones como eje estabilizador en la brecha se encuentra plasmada en GILBERT (2004: 538), quien invoca su rol fundamental para la construcción de una verdadera justicia global, aunque por otra parte, insta a ir más allá de los derechos negativos cruciales³⁷, pues no son los únicos que afectan a los pobres.

En definitiva, la erradicación de toda brecha –bien sea a través de acciones positivas o negativas– es un asunto que le compete a organizaciones internacionales y a países industrializados en cumplimiento de un deber de justicia global, consonante a un orden institucional en el que primen los intereses humanos fundamentales, desde el punto de vista moral. (POGGE, 2008: 109). Respeto al cómo, creemos es un asunto que debe extenderse más allá de un comportamiento consciente y garantista de estos actores, en tanto se requiere reformas institucionales que sean capaces de enaltecer el comportamiento de los gobiernos, transformando sus opciones y los incentivos que enfrentan.

³⁵ Véase, BELLI, L., QUADRELLI, S. (2011). Ética y humanitarismo: dimensiones morales de la ayuda humanitaria desde la perspectiva de Thomas Pogge. *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 31, p. 7.

³⁶ Cfr. FOX, F. (2001) *The new humanitarianism: does it provide a moral banner for the 21st century?*, *Revista Disasters* 25 (4).pp. 275-289 Véase, además, JAGGAR, A. (2010). *Thomas Pogge and His Critics*. Londres: Polity, pp. 107 y siguientes, POGGE, T. (2007). *Freedom from Poverty As a Human Right: Who Owes What to the Very Poor?*, Oxford: Oxford University Press, p. 69.

³⁷ En su línea argumentativa, la invocación de algunos deberes de carácter positivo y general no sólo es acertada en la construcción de un correcto comportamiento individual y social por parte de las instituciones, es además relevante para la estructuración de una concepción robusta de solidaridad cosmopolita, acorde a la justicia global.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRUTIA, Xavier, ZABALO, Patxi. (2004). Sector farmacéutico, patentes y acceso a medicamentos en el sur. *Revista Cidob d' Afers Internacionales*, 64.
- BELLAVITE, Paolo, BETTI, Lucietta (2012). Homeopathy and the science of high dilutions: when to believe the unbelievable. *International Journal of High Dilution Resarch*, 11 (40).
- BELLI, Laura, QUADRELLI, Silvia (2011). Ética y humanitarismo: dimensiones morales de la ayuda humanitaria desde la perspectiva de Thomas Pogge. *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 31.
- CALLEJÓN, María, ORTÚN, Vicente. (1990). *Los medicamentos en España: Mercado único y utilidad social. Economía Industrial*, 274.
- CAMPBELL, Tom (1974). Humanity before Justice. *British Journal of Political Science*, 4 (1).
- CHOMSKY, Noam, DIETERICH, Heinz, STEFFAN, Heinz Dieterich (1997). *La aldea global*. Tafalla: Txalaparta.
- CORREA-MOLINA, Matías (2009). Sobre Charles Taylor y algunos problemas relativos a la política del reconocimiento. *Revista Ars Boni et Aequi*, 5.
- CORTÉS-RODAS, Francisco (2010). Una Crítica a las Teorías de Justicia Global: al Realismo, a Rawls, Habermas y Pogge. *Revideva*, 59, (142).
- CUELLAR-ÁLVAREZ, Miriam, MONTIEL-ROMERO, Lucía, NAMNUM, Samantha (2004). *La pobreza. Una reflexión desde la perspectiva de los derechos humanos*, en: AUPING, John. *El análisis económico de los derechos humanos*. México: Plaza y Valdés.
- DUETSCH, Larry (1998). *Pharmaceuticals. The critical role of innovation*, en: DUETSCH, Larry. *Industry Studies*, London: M.E. Sharpe Inc.

- EISENBERG, Rebecca (2001). The shifting functional balance of patents and drug regulation. *Health Affairs*, 20 (5).
- European Observatory on Access to Healthcare (2011). *Access to Health care for Undocumented Migrants in 11 European Countries*. Paris: Médecins du Monde / EOA.
- FISHKIN, James (1986). Las fronteras de la obligación. *Doxa*, 3 (74).
- FOX, Fiona. (2001) The New Humanitarianism: Does It Provide a Moral Banner for the 21st Century?. *Revista Disastersm*, 25 (4).
- GILABERT, Pablo (2004). The duty to eradicate global poverty: ¿positive or negative? *Ethical Theory and Moral Practice*, 7.
- HUMA (2009). *El acceso a la asistencia sanitaria de las personas inmigrantes sin permiso de residencia y solicitantes de asilo en diez países de la Unión Europea*. Health for Undocumented Migrants and Asylum Seekers Network.
- JAGGAR, Alison (2010). *Thomas Pogge and His Critics*. Londres: Polity.
- LEÓN-CORREA, Francisco Javier. (2011). Pobreza, vulnerabilidad y calidad de vida en América Latina: Retos para la bioética. *Acta bioethica*, 17 (1).
- ORTÚN-RUBIO, Vicente (2004). Patentes, regulación de precios e innovación en la industria farmacéutica. *Cuadernos económicos de ICE*, 67.
- OTERO, Carmen (2006). *El comercio internacional de medicamentos*. Madrid: Editorial Dykinson.
- POGGE, Thomas (2003) *Severe Poverty as a Human Rights Violation*, en: UNESCO Poverty Project. *Ethical and human rights dimensions of poverty: towards a new paradigm in the fight against poverty*, Oxford: Philosophy Seminar-All Souls College.
- POGGE, Thomas (2007). *Freedom from Poverty As a Human Right: Who Owes What to the Very Poor?*, Oxford: Oxford University Press.

- POGGE, Thomas (2008). *Whatis Global Justice? Revista de Economía Institucional*, 10 (19).
- POGGE, Thomas (2010). *Politics as Usual: What Lies Behind the Pro-Poor Rhetoric*, Londres: Polity, 2010.
- POSADZKI, Paul, ALOTAIBI, Amani, ERNST, Edzard (2012). Adverse effects of homeopathy: a systematic review of published case reports and case series. *International Journal of Clinical Practice*, 66 (12).
- RUIZ COLLANTES, Xavier, FERRÉS, Joan, OBRADORS, Matilde, PUJADAS, Eva, & PÉREZ, Oliver. (2006). La imagen pública de la inmigración en las series de televisión españolas. *Revista Política y Cultura*, 26.
- SHUE, Henry (1996) *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*. Princeton: Princeton University Press.
- SELEME, Hugo. (2007). El peso del deber de asistencia a pueblos foráneos frente a las exigencias de justicia doméstica. *Revista Diánoia*, 52 (59).
- SINGER, Peter (1972). Famine, Affluence, and Morality. *Philosophy and Public Affairs*, 1 (3).
- SINGER, Peter (1993). *Practical Ethics*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SINGER, Peter (1999-09-05). The Singer Solution to World Poverty. *The New York Times Magazine*.
- SINGER, Peter (2009). *Ética Práctica*. Traducción de HERRERA-BONET, Rafael. Madrid: Akal.
- SINGER, Peter (2012). *Salvar una vida: cómo terminar con la pobreza*. Buenos Aires: Katz Editores.
- SIURANA, Juan Carlos (2007). Bioética del desarrollo y justicia global en el acceso a medicamentos. *Revista Laguna*, 21.
- STIGLITZ, Joseph (2013-07-14). How Intellectual Property Reinforces Inequality. *The New York Times*.

- TAYLOR, Charles (1992) *The Politics of Recognition*, en: GUTMANN, Amy. *Multiculturalism and the Politics of Recognition*. Princeton: Princeton University Press.
- TOBAR, Federico (2008). Economía de los medicamentos genéricos en América Latina. *Revista Panamericana de Salud Publica*. 23(1).
- VELÁSQUEZ, Fabio, GONZÁLEZ, Esperanza. (2003) *¿Qué ha pasado con la participación ciudadana en Colombia?* Bogotá: Universidad de los Andes y Fundación Corona.

IGUALDAD, GÉNERO Y TRABAJO: LA DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER EN ESPAÑA

LINA MARRUGO-SALAS¹

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, se ha logrado un progreso en la promoción de la igualdad de género² no solo en el trabajo, sino en otros aspectos de la vida de las mujeres. En respuesta a ello, políticas nacionales, marcos legislativos y tratados internacionales, así como la puesta en marcha de iniciativas, informes y estudios sobre este escenario por parte de entidades reconocidas, una de ellas la Organización Internacional del Trabajo (OIT), pues será mencionada frecuentemente en el presente texto ya que el enfoque será a nivel laboral.

No hay que olvidar, que hoy en día existe una mayor concienciación en la sociedad, no obstante, sigue quedando mucho por hacer, pues las mujeres todavía son víctimas de discriminación

¹ Licenciada en Empresariales de la Universidad Tecnológica de Bolívar, Especialista en Responsabilidad Social de la Universidad de la Coruña, Magíster en Gestión de Riesgos Laborales y Doctoranda en Responsabilidad Social e Igualdad en el Trabajo de la Universidad de Salamanca. E-mail: linimarrugo@gmail.com

² En países de América Latina también es llamado *Equidad de Género*, en ambos casos se refiere a un término genérico aceptado internacionalmente y que significa la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Cfr. BUSTELO, et al. (2004). *La evaluación de las políticas de género en España*. Madrid: Editorial Catarata, p. 24. De igual forma, vale la pena señalar que “Promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer” hace parte de uno de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) de las Naciones Unidas, considerado como parte fundamental para el progreso del desarrollo humano y la lucha contra la pobreza.

en cuanto a los empleos a los que pueden acceder³, de hecho, en el puesto de trabajo también se pueden enfrentar a situaciones de desigualdad⁴ como por ejemplo en la remuneración, en las prestaciones recibidas y en las condiciones de trabajo, soportando incluso acoso laboral⁵. Pero lo más preocupante, es que hoy en día, cuando todo parece indicar que se avanza hacia un cambio de mentalidad por parte de las personas, se evidencia una dificultad de las mujeres en el acceso a puestos de toma de decisiones⁶.

Respecto de todo lo anterior, encontramos informes⁷ que muestran las consecuencias de esta realidad, por ejemplo en términos de pobreza “a nivel mundial, hay 829 millones de mujeres que viven en la pobreza, mientras que la cifra equivalente para los hombres es de 522 millones”, por otro lado, se observa que

³ Véase LÓPEZ, E. & SANTOS, J. (2013). La mujer en el mercado laboral español. *Economía Española y Protección Social*, 5 y FABREGAT, G. (2008). *La discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 40 y ss.

⁴ Según la definición de la Real Academia de la Lengua Española (Edición 22) el concepto de desigualdad implica la imposibilidad de desarrollar algún aspecto de la vida en todo su potencial, para efectos del presente texto: desigualdad laboral, ésta se manifiesta socialmente a través de las discriminaciones, entendidas como dar un trato de inferioridad a una persona o colectividad por diversos motivos.

⁵ Con relación a lo que es acoso laboral, nos referiremos a la situación de *acoso sexual y acoso por razón de sexo* cuya definición se encuentra en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁶ Precisamente (solo por mencionar la esfera política) en el Informe sobre la representación de las mujeres en los procesos de toma de decisiones políticas: calidad e igualdad (2011/2295(INI)), la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género del Parlamento Europeo se pronunció al respecto: “existe un desequilibrio en la participación de las mujeres y los hombres en la toma de decisiones en los ámbitos político y público, así como una clara insuficiencia en la representación de las mujeres en los cargos políticos, tanto electivos como designados a escala de la Unión Europea y de sus Estados miembros”.

⁷ La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, hace parte de La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada en 1998. Por tal motivo, se realiza un seguimiento a esta declaración y en especial a este principio, a través de la publicación de un informe global cada dos años. El último informe de la OIT publicado en 2011: *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*, contiene dichos datos sobre la igualdad de oportunidades en el ámbito laboral a nivel mundial.

en cuanto a la remuneración en el trabajo “las mujeres ganan en promedio entre un 70 y un 90 por ciento de lo que ganan los hombres, dicha brecha salarial de género⁸ se mantiene a pesar del avance en la educación incluso sigue habiendo un porcentaje superior de mujeres en los empleos de bajos ingresos”.

Así pues, la intención de este texto es analizar la situación actual de las mujeres, tomando en consideración el derecho del trabajo, para demostrar que éstas todavía son víctimas de situaciones de discriminación en el empleo y la ocupación, ahora bien, será necesario entender de qué manera los diferentes grupos de interés están contribuyendo a la eliminación de las barreras que impiden la igualdad de oportunidades, el objetivo no es enfocarse en las políticas públicas, sin embargo, como se mencionará más adelante será imprescindible un cambio estructural para combatir de raíz las desigualdades señaladas.

Lo anterior, pues no cabe duda que con la actual crisis económica, se ha dado lugar a un mayor riesgo de discriminación contra ciertos grupos sociales⁹ quienes experimentan diversas situaciones de exclusión, reflejadas al momento de acceder a un trabajo, durante el ejercicio laboral e incluso en el momento de finalización del contrato de trabajo.

Para el análisis de este problema, el texto está estructurado de la siguiente manera, en primer lugar realizaremos un acercamiento normativo para conocer la legislación aplicable al tema de discriminación laboral por razón de sexo y género mediante un recorrido a nivel internacional, todo ello concerniente a España.

⁸ Se define como la diferencia relativa que existe en la media de los ingresos brutos por hora, de mujeres y hombres, en todos los sectores de la economía.

⁹ Mujeres y hombres sufren de manera diferenciada los efectos de las coyunturas económicas, es así porque ocupan una posición diferenciada, en la mayoría de los casos desigual y desequilibrada en el acceso a los recursos económicos incluyendo el empleo. Cfr. GALVÉS, L. & RODRÍGUEZ, P. (2012). *La desigualdad de género en las crisis económicas. Investigaciones Feministas*, 2, 113-132.

Posteriormente, analizaremos las diferentes situaciones de desigualdad, mediante estadísticas actualizadas proporcionadas por diversas fuentes, también definiremos las diversas formas de discriminación en el trabajo especialmente la brecha salarial y el acoso laboral, sin dejar de lado, las recomendaciones que al respecto aportan los actores sociales y por último, recomendaremos que desarrollar la responsabilidad social en las empresas favorece el ambiente laboral que permite la igualdad de oportunidades en el trabajo.

1. ÁMBITO NORMATIVO

No es desconocido que en todo Estado Social de Derecho, la igualdad es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico y no solo como el artículo 1 de la Constitución Española (CE) lo refleja, sino también el artículo 14 define formalmente el principio de la igualdad y la no discriminación por cualquier condición y/o circunstancia personal o social. En el empleo y la ocupación, la legislación también proclama el derecho al trabajo sin discriminación alguna a través del artículo 35 de la CE, en el mismo ya se incluye específicamente como factor el sexo.

Justamente, y en armonía con lo anterior, es necesario saber a qué nos referimos cuando hablamos de discriminación en el trabajo, a estos efectos la definición que establece la OIT en su Convenio 111 resulta más que acertada, al ilustrarla como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación¹⁰; así

¹⁰ Cuando hablamos de empleo y ocupación, nos referimos a incluir el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones así como también las condiciones de trabajo. Cfr. OIT (1958). Convenio Numero 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación

también como cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato”.

Igualmente, es preciso establecer la diferencia entre sexo y género, “mientras que el sexo es una característica meramente biológica, el género supone una concepción más amplia, que engloba un conjunto de comportamientos y de roles que se han convertido en característicos de las personas de un sexo y que se atribuyen a la mujer o al hombre, aunque no sean inherentes al sexo mismo” (Instituto de la Mujer, 2007: 29).

Como segunda referencia, y aplicable a España, se encuentra la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, y en donde se define el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres como la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, aquellas derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.

Sin embargo, es necesario saber que es posible encontrar otros tipos de discriminación, a saber, (i) directa, (ii) indirecta y (iii) múltiple. Por discriminación directa por razón de sexo entendemos aquella situación en la que se encuentra una persona que haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable (art. 6.1. de la LO 3/2007). También se incluye todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad (art. 8 de la LO 3/2007).

Así mismo, se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados (art. 6.2. de la LO 3/2007).

Para algunos autores¹¹ esta discriminación es indiscutible cuando por ejemplo, se omiten ciertos factores en la valoración de un puesto de trabajo, que deberían tenerse en cuenta como requerimientos del puesto, y en los que los mujeres tienen ventaja, globalmente, sobre los hombres, o por el contrario, cuando se asigna excesivo peso a factores en los que la ventaja suele estar del lado de los hombres.

Por discriminación múltiple (o concepto de interseccionalidad) nos referimos a aquellas situaciones donde la intersección de distintos factores como: edad, sexo, orientación sexual y origen étnico, religión o discapacidad, dan lugar a una situación de discriminación.

Para explicar mejor esta situación, situemos a una mujer con algún tipo de discapacidad, ésta puede ser objeto de discriminación por la relación que existe entre el hecho de ser mujer y por el grado de discapacidad¹², es decir, coexisten dos discriminaciones, por lo que la víctima acumula diversas experiencias de discriminación (diversas por el momento en que se sufren y por la causa o factor que las motiva), por lo que también podría llamarse a esta forma de discriminación “acumulativa”. Aunque este problema no lo abordamos a profundidad como quisiésemos, sí es importante que se coloque en las agendas de los organismos públicos, pues es uno de los escenarios que pasa desapercibido y el cual requiere un mayor estudio.

Ahora bien, continuando con la normativa sobre igualdad de género, en 1983 España ratificó la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la

¹¹ Cfr. RODRÍGUEZ, P. (2008). *Mujeres, trabajos y empleos en tiempos de globalización*. Barcelona: Icaria Editorial, p. 50 y ACKERMAN, et al (2000). *Ley, mercado y discriminación: el género del trabajo*. Buenos Aires: Editorial Biblos, p. 29.

¹² Al respecto, Véase RUÍZ, M. (2010). *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*. Albacete: Editorial Bomarzo, pp. 63 y ss.

Mujer¹³, tal como lo establece el artículo 11.1 relativo a garantizar la igualdad de oportunidades en el empleo. Y es que esto, no es más que el compromiso adquirido por los países firmantes, pues previamente en los artículos 2 y 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se corrobora este derecho.

Por otra parte, la OIT como entidad promotora de un conjunto de normas fundamentales del trabajo, establece dos tratados sobre esta cuestión: por una parte el Convenio 100 relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor y el Convenio 111 relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, ambos ratificados por España en 1967.

A nivel europeo, con el Tratado de Ámsterdam¹⁴, se sentaron las bases para una lucha común por la igualdad pues debe integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión Europea y de sus miembros.

Un primer paso se dio a través de la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, consagrada a prohibir fielmente la discriminación por diversas razones. Adicionalmente, la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, cierra el sistema europeo de protección frente a la discriminación por razón de género (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010:1)

¹³ El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países. Véase La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de la ONU.

¹⁴ Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, este Tratado, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999, ha sido ratificado por España por Instrumento de 23 de diciembre de 1998 («BOE» núm. 109, de 7 de mayo de 1999).

Retomando la legislación española, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, nació como una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones, aún subsistentes, de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, promoviendo una igualdad real entre mujeres y hombres. La mayor novedad de esta ley radica, en la prevención de las conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad

Adicionalmente, en la relación laboral dos son los preceptos del Estatuto de los Trabajadores que se refieren a este tema: el art. 4.2 c) en donde se enumeran los derechos reconocidos a los trabajadores en el marco de la relación de trabajo, uno de ellos a no ser discriminado por razón de sexo y, por otro lado, el art. 17, donde bajo el título de «no discriminación en las relaciones laborales» se vuelve a insistir en el derecho que tienen todos los trabajadores a no ser discriminados bajo ningún concepto en el establecimiento de sus condiciones de trabajo, y es que se refiere a un “derecho subjetivo” del trabajador a no ser discriminado frente al empresario, el cual a su vez está obligado a no discriminar. (ROMERO, 2006:56).

2. LA DISCRIMINACIÓN LABORAL POR RAZÓN DE GÉNERO EN CIFRAS

Para evaluar las situaciones de discriminación en España en el marco de las relaciones laborales, debemos remitirnos a estadísticas, es por ello que el Instituto de la Mujer¹⁵ publica los resultados obtenidos del Instituto Nacional de Estadística (INE) en diversos aspectos relacionados con la igualdad de género, pues sirven como punto de partida para reflejar el escenario en el que

¹⁵ El Instituto de la Mujer (creado en octubre de 1983) es un organismo autónomo adscrito en la actualidad al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en España que tiene como función la promoción y el fomento de las condiciones que posibiliten la igualdad social de ambos sexos y la participación de las mujeres en la vida política, cultural, económica y social.

se encuentran las mujeres y proponer alternativas de solución ante estos hechos.

En este sentido, según cifras del último trimestre de 2013 del INE, “el desempleo desciende en 51.600 en los hombres y aumenta en 43.200 en las mujeres, la tasa de paro femenina sube 32 centésimas y se sitúa en el 26,87%, mientras que la masculina baja dos décimas, hasta el 25,31%”, con lo cual, puede constatarse que en la evaluación de las dichas tasas es notable la desigualdad.

Por otra parte, tal y como se había mencionado anteriormente, una de las situaciones en las cuales se evidencia discriminación es en el acceso de las mujeres a los cargos de alta dirección, de hecho, según el informe titulado *La Mujer Directiva en España 2012*¹⁶, elaborado por Pricewaterhouse Coopers e ISOTES¹⁷, en lo que a cifras se refiere, las mujeres no alcanzan a ser ni un 10% en los altos cargos directivos de las principales compañías.

Este informe enumeró las barreras de entrada con la que se encuentran las mujeres a la hora de poder acceder a puestos directivos, como lo son por ejemplo la dificultad para conciliar familia y trabajo; los patrones masculinos presentes en algunas empresas; los sistemas de promoción; los conflictos personales para el tema de la movilidad geográfica entre otros.

Por ello, dicho informe recomienda a las empresas valerse de herramientas como la meritocracia¹⁸ para la progresión profesional, derribando aquellas barreras culturales que dificultan

¹⁶ Véase PWC (2012). *La Mujer Directiva en España: Women as leaders*. Recuperado de [http://kc3.pwc.es/local/es/kc3/publicaciones.nsf/V1/865A0A0BC201D045C12579BA0030E4A1/\\$FILE/La_mujer_directiva_en_Espa%C3%B1a.pdf](http://kc3.pwc.es/local/es/kc3/publicaciones.nsf/V1/865A0A0BC201D045C12579BA0030E4A1/$FILE/La_mujer_directiva_en_Espa%C3%B1a.pdf).

¹⁷ La iniciativa ISOTES es una plataforma inclusiva y abierta a personas, empresas e instituciones; constituida para conseguir el 30% de mujeres directivas en el año 2020 en España. Justamente su nombre se refiere a la igualdad en griego, su lema “el talento no tiene sexo, las mujeres se merecen igualdad de oportunidades”.

¹⁸ Para ampliar este concepto Véase García, M. (2012). Claves sobre el poder de las mujeres. *Revista Interdisciplinaria de Estudios de Género, 5* y MUNÉVAR, D. (2012). El trabajo científico de las mujeres entre discursos de méritos y exclusiones. *Revista venezolana de Estudios de la Mujer, 16*.

el camino a las mujeres mediante el establecimiento de objetivos concretos y planes de acción.

A la par de los anteriores contextos, y tomando en consideración que la crisis económica ha influido en las economías de los países y además en temas de desigualdad, la OIT en su informe *Global Employment Trends for Women 2012*¹⁹ reveló importantes conclusiones al respecto, por ejemplo en los países en desarrollo, las mujeres fueron particularmente afectadas en diversos sectores económicos, en términos de desempleo “de 2002 a 2007, la tasa de desempleo femenina se situó en 5,8 por ciento, comparada con 5,3 por ciento para los hombres, la crisis incrementó esta disparidad de 0,5 a 0,7 puntos porcentuales, y destruyó 13 millones de empleos para las mujeres”, además el indicador de segregación profesional indicó que “las mujeres continúan estando segregadas en ciertos tipos específicos de profesión”.

En contraste, y considerando aspectos de empleo público, el Informe de 2013 sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio manifiesta que “las mujeres están asumiendo más poder en los parlamentos del mundo, apoyadas en los sistemas de cupos²⁰”, pues en 2012 se produjo un raro incremento anual de casi un punto porcentual en la cantidad total mundial de mujeres parlamentarias. Esto, pues no hay que olvidar la importancia de la representación equitativa de mujeres y hombres en la toma de decisiones políticas como una cuestión de derechos humanos y

¹⁹ Este informe analiza las desigualdades de género en materia de desempleo, empleo, participación de la fuerza de trabajo, vulnerabilidad, y segregación sectorial y profesional. Véase OIT (2012). *Global Employment Trends for Women 2012*. Geneva: ILO.

²⁰ Las cuotas se han empleado de forma selectiva en algunos estados miembros de la UE y se consideran medidas temporales para compensar la desigualdad de la representación de las mujeres en la vida pública. Existen dos tipos de cuotas destinadas a aumentar la participación política de las mujeres, tanto en las elecciones como en los cargos de responsabilidad en el interior del gobierno o de la administración pública: cuotas creadas mediante legislación nacional o creada por los partidos políticos. Cfr. Dirección General de Estudios del Parlamento Europeo (1997). Impacto diferencias de los sistemas electorales en la representación política femenina. Serie Derechos de la Mujer, W (10), capítulo 4.

de justicia social además como un requisito trascendental para el funcionamiento de una sociedad democrática.

Ahora bien, después de este breve recorrido por la situación actual de las mujeres con respecto al empleo y la ocupación, si hay algo claro es que no se han eliminado del todo las desigualdades: las cifras hablan por sí mismas. Es cierto que nos encontramos frente a una regulación en donde es evidente un avance importantísimo para la promoción de la igualdad de oportunidades, pero la realidad demuestra que no es suficiente. Y es que la cultura arraigada en la sociedad hace que se perpetúen en el tiempo los comportamientos claramente discriminatorios contra la mujer, se necesitará entonces atacar el problema de raíz desarrollando una política educativa que haga que en la escuela se forme desde pequeños en materia de igualdad (SÁNCHEZ, 2003: 15).

Y en sintonía con lo anterior, “las políticas públicas dirigidas a reducir las disparidades de género pueden mejorar significativamente el crecimiento económico y los niveles de vida”²¹. Por lo tanto, ahora más que nunca los gobiernos deben extender las medidas en materia de protección social dirigida a reducir la vulnerabilidad de las mujeres, las inversiones en competencias y educación, y a instaurar políticas públicas que favorezcan el acceso al empleo, que puede ser a través de las acciones positivas²², pero siempre incorporando transversalmente la perspectiva de género o también denominado *Mainstreaming*²³.

²¹ *Ídem.*

²² Suele hablarse de una «acción positiva», para referirse a medidas de muy diverso tipo que tienen como elemento común adoptar el objetivo de conseguir una corrección de situaciones discriminatorias. A diferencia de las medidas represivas, que se refieren generalmente a situaciones concretas, las fórmulas de acción positiva, reaccionan frente a un fenómeno colectivo y suelen tener por ello un alcance más abstracto y general e incidir en las causas sociales que originan los trabajos y situaciones discriminatorias. Véase SÁNCHEZ, M. (2003). *Política Comunitaria contra la discriminación de la mujer en el trabajo*. Navarra: Editorial Aranzadi, pp. 74 y ss.

²³ La transversalidad de género, también conocida por su denominación en inglés *mainstreaming* de género es: “la (re)organización, mejora, desarrollo y evaluación

Lo cierto es que, la transversalidad de género es una estrategia eficaz para el avance en la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres en las políticas públicas y supone contribuir a eliminar desigualdades de género, corregir procedimientos y métodos de trabajo e impulsar tendencias de cambio social. No se trata de una aplicación esporádica de medidas puntuales sino de la aplicación de políticas integradas de género que supongan un cambio estructural y social.

3. BRECHA SALARIAL

La diferencia salarial entre hombres y mujeres es una situación del mercado de trabajo que ha ido adquiriendo relevancia a lo largo de los años, analizado como fenómeno global, numerosos estudios²⁴ han confirmado que el salario medio de los varones es superior, en media, al que perciben las mujeres.

El derecho a la igualdad salarial y a la no discriminación retributiva entre mujeres y hombres es un derecho reconocido

de los procesos políticos para incorporar, por parte de los actores involucrados normalmente en dichos procesos, una perspectiva de igualdad de género en todos los niveles y fases de todas las políticas”, Véase European Communities. (2008). *Manual for gender mainstreaming: employment, social inclusion and social protection policies*. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities

²⁴ La Unión General de Trabajadores (UGT) publicó en 2011 un Informe sobre Igualdad Salarial, evidenciando que en “España y en Europa la diferencia de salarios entre mujeres y hombres continúa siendo uno de los principales factores de discriminación de las mujeres. A pesar que se ha avanzado, las mujeres europeas siguen cobrando menos que los hombres, por lo que deben trabajar 53 días más que los hombres para igualar lo que reciben éstos en un año”. Del mismo modo, la OIT publica cada dos años desde 2008 un Informe Global sobre Salarios en donde dedica un apartado a analizar la evolución de la brecha salarial de género, por ejemplo en el último informe titulado “Informe Mundial sobre Salarios 2012/13: Los salarios y el crecimiento equitativo” se concluye que “aunque hay una brecha menor durante la crisis, las mujeres podrían estar en peor situación”. Asimismo, el informe “Determinantes de la Brecha Salarial de Género en España” realizado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad de la Colección EME 2012, concluye que “las mujeres cobran menos que los hombres en cualquier circunstancia o característica personal, laboral, geográfica o empresarial”.

expresamente en la Constitución Española (artículo 35 CE), en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (artículo 5), y en el Estatuto de los Trabajadores, cuyo artículo 28 dispone: “El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extra salarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella”.

Por lo que la diferencia salarial, consistirá en la <http://www.camlibro.com.co/> brecha existente entre lo que cobran, en media, hombres y mujeres, en otras palabras, la distancia existente entre el salario masculino y el femenino. A partir de lo anterior, podemos decir que existe discriminación salarial por razón de sexo, cuando la mujer percibe una retribución distinta a la del hombre por la realización de un trabajo idéntico o de valor equivalente, es decir, cuando las trabajadoras reciben una remuneración menor que la de los trabajadores por el desempeño de un puesto de trabajo con las mismas tareas, funciones y responsabilidades, bajo las mismas condiciones laborales y en una empresa de similares características.

Citando a (Instituto de la Mujer, 2007: 30) existen dos teorías en las que se tiende a establecer el por qué de la diferencia salarial entre hombres y mujeres. De un lado, está la teoría del “capital humano” que se refiere a la retribución con la productividad. Por otro lado, la teoría de la “discriminación de la mujer” en donde no se tiene en cuenta la productividad, y la perspectiva es que, sí hay una discriminación en el mercado de trabajo y en las oportunidades laborales.

Según cifras del INE, en su informe publicado en noviembre de 2013 y que tiene los datos a 2012 de la encuesta de población activa sobre la distribución salarial por sexo: “los hombres tuvieron una mayor concentración relativa en salarios altos que las mujeres, así, el 36,1% de los varones ingresaron más de 2.095,0 euros en 2012, frente al 23,4% de las mujeres. En los salarios bajos ocurrió

al contrario, el 42,1% de las mujeres tuvo un salario inferior a 1.216,1 euros, frente al 18,9% de los varones”. Una de las razones principales que sustentó esta desigualdad es que las mujeres trabajan a tiempo parcial, la temporalidad y en ramas de actividad por costumbre mucho menos remuneradas

Y es que estas diferencias salariales también son reforzadas por la segregación del mercado laboral, por ello es necesario diferenciar dos situaciones, en primera medida una segregación horizontal que sucede cuando las mujeres y hombres se concentran en determinados sectores de producción o empleos determinados; y por otro lado “segregación vertical” cuando se produce esta concentración en determinados grados y niveles de responsabilidad. Esta segregación está frecuentemente ligada a los estereotipos

La Unión General de Trabajadores en su Informe sobre Desigualdad Salarial 2013, sugiere una serie de propuestas para avanzar en la eliminación de la brecha de género, estamos de acuerdo en que es necesario una modificación de la legislación, en este sentido, el informe expone por ejemplo que los incumplimientos en materia de igualdad salarial deberían tipificarse, es decir, los tipos de discriminación se conviertan en infracciones sancionables.

Dichas sanciones deberían incluir el pago de una indemnización a la víctima; multas administrativas; exclusión de prestaciones y subvenciones públicas de procedencia nacional e internacional y divulgación de la identidad de los infractores entre otras, en pocas palabras, las empresas y otros actores sociales se pensarían más su actuación e involucración frente a diversas situaciones de discriminación y a nuestro parecer, una regulación más estricta, será importante en el futuro para poder acabar con este problema social.

4. ACOSO LABORAL

Dos de las formas más graves de discriminación por razón de sexo son el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. Empecemos

por precisar las definiciones que aparecen en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. El primero como “cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”. Y el segundo como “cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”.

Dentro de los comportamientos que se califican como acoso sexual se encuentran, (i) físico que incluye violencia física, tocamientos y acercamientos innecesarios, (ii) verbales que envuelve aquellos comentarios y preguntas sobre el aspecto, el estilo de vida, la orientación sexual o las llamadas de teléfono ofensivas y los (iii) no verbales a través de silbidos, gestos de connotación sexual y presentación de objetos pornográficos entre otros. Hay que insistir en la importancia de dar a conocer dichas conductas y la sensibilización, pues si hay algo característico del acoso laboral es que, aunque es una situación que puede estar presente en las empresas, los acosadores y acosados pueden ser conscientes o no, de ello.

El acoso sexual en el ámbito laboral se inscribe en tres grandes ejes: la violencia contra las mujeres, un entorno laboral sexista, y un marco de abuso de poder (tanto jerárquico como de género), este último puede acompañar a otro tipo de conductas abusivas, no sólo sexistas, sino también racistas (discriminación múltiple) por lo que el acoso sexual vertical se considera más grave puesto que el acosador se aprovecha de una doble posición de ventaja: ser jefe –y que de él dependa la continuidad en la empresa de la víctima, su sueldo y su promoción–.

Con respecto a las diferentes formas de manifestación del acoso encontramos una gran variedad de estas, tales como: se produce con el trato entre compañeros/as (acoso horizontal); de

un mando a un/a subordinado/a (acoso vertical descendente); de un subordinado/a a un mando (acoso vertical ascendente); de una persona externa a la empresa; producirse en cualquier sitio o momento (viajes, reuniones, actos sociales) fuera o dentro de la empresa²⁵.

Refiriéndose al acoso moral o también denominado *mobbing*, según (ALTÉS, 2008:11), este tipo de acoso sigue sin tener un referente normativo específico. Aun así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 17 de febrero de 2005, al respecto señala que “el acoso moral consiste en una agresión del empresario o de alguno de sus empleados con el consentimiento y tolerancia de aquél, mediante hechos, órdenes, o palabras, repetido y duradero en el tiempo, con el fin de desacreditar, desconsiderar y aislar al trabajador, lo que puede llegar o deteriorar la salud de éste. La finalidad del acoso es conseguir un auto-abandono del trabajo y producir un daño progresivo y continuo a su dignidad”.

El instrumento más recomendado para abolir todas estas situaciones en el entorno laboral, es la elaboración de un protocolo que involucre a la empresa y a los propios trabajadores, y que a través de su difusión, todas las personas en la organización sepan que determinados comportamientos y actitudes no se toleran y adicionalmente que se dispone de mecanismos para tomar medidas inmediatas si se tiene conocimiento de ello, pues quién mejor que la empresa que tiene un papel primordial y debe ser garante en la prevención y erradicación del acoso laboral sin dejar de lado el resto de los actores sociales como la familia, la escuela, pues esta situación tiene un componente de educación significativo.

²⁵ Véase LERMA, M., MATEO, P., & BOLEA, S. (2011). El acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el entorno laboral. *Cuadernos para la igualdad entre hombres y mujeres*, 2.

A tal fin, los denominados Códigos de Conducta²⁶ o de buenas prácticas son una de las manifestaciones principales de la actuación responsable de las empresas, pues se rescata el compromiso ético de la empresa y se introducen los parámetros de comportamiento que deben seguirse por los empleados, directivos, accionistas y demás grupos de interés. Así descritos, los Códigos constituyen, en principio, un instrumento muy útil en la prevención y erradicación del acoso laboral en cualquiera de sus modalidades. Aunque se trata de actuaciones unilaterales de las empresas, para favorecer su aplicación es conveniente, sin duda, que todo el personal colabore en su elaboración.

De igual manera, los sindicatos desempeñan un papel preponderante para erradicar el acoso sexual en el lugar de trabajo, por lo que su función consistirá en influir en la política para que el gobierno apruebe legislación al respecto; informando sobre casos, organizando campañas de sensibilización y formación; y negociando con los empleadores que incluyan acciones y procedimientos concretos.

5. PROMOVER LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS

Una de las formas de actuación que, además de una adecuada formulación de las políticas públicas, sirve para prevenir y contrarrestar las diferentes formas de discriminación en el empleo y la ocupación citadas a lo largo del texto, y según nuestra opinión es la responsabilidad social de las empresas²⁷.

²⁶ Véase GOÑI, J. (2011). *Ética Empresarial y códigos de conducta*. Madrid: Editorial la Ley, pp. 222-314.

²⁷ Al respecto, la Comisión Europea la define como la responsabilidad que tienen las empresas por sus impactos en la sociedad, todo esto se logra si existe una estrecha colaboración con las partes interesadas o *stakeholders*, como proceso destinado a integrar las preocupaciones sociales, medioambientales y éticas, además del respeto de los derechos humanos mediante la integración en sus operaciones empresariales y en su estrategia básica. Dicha definición se encuentra consignada

Y es que en efecto, si entramos a detallar las diversas iniciativas que existen sobre el tema, encontramos en primera medida el Pacto Mundial²⁸, que en su principio número 6 estipula que las empresas deben apoyar la abolición de las prácticas de discriminación en el empleo y ocupación, en este sentido, mediante la firma o adhesión por parte de las empresas a esta iniciativa. Será evidente el compromiso real para combatir este problema, y no queda ahí, pues será necesario en la publicación anual de resultados de cada empresa, informar sobre qué medidas se están implementando para el cumplimiento de dichos principios.

Asimismo, la ISO 26000 sobre Responsabilidad Social de la Organización Internacional para la Estandarización (ISO), como guía no certificable que aporta conceptos y líneas de acción en materia de responsabilidad social, dentro de las acciones propuestas en materia de prácticas laborales (aspecto 6.4) establece que se debe asegurar la igualdad de oportunidades para todos los trabajadores y no discriminar, ya sea directa o indirectamente.

Es de suponer que la responsabilidad social ha llevado a las empresas a ser más transparentes, a través de la publicación de informes anuales sobre su situación actual con respecto a la materia, basta con dirigirnos a las páginas web de variadas empresas²⁹ principalmente las multinacionales y comprobar dicha

en la Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas

²⁸ Sin duda, el referente mundial más importante con respecto al tema de Responsabilidad Social es el Pacto Mundial o *Global Compact* como iniciativa voluntaria internacional promovida por las Naciones Unidas, las empresas, organizaciones y gobiernos se comprometen a alinear sus estrategias y operaciones con diez principios universalmente aceptados en cuatro áreas temáticas a saber, derechos humanos, estándares laborales, medio ambiente y anticorrupción. A manera de información y con ánimo de saber la representación empresarial, la Red Pacto Mundial de España, dentro de sus socios figura un 74% de las entidades del Ibex35 y más de 250 organizaciones de todos los sectores y tamaños.

²⁹ Por ejemplo, una de ellas Endesa figura entre las mayores empresas eléctricas del mundo, ha recibido el distintivo “Igualdad en la empresa” que otorga el

afirmación. Por lo que notamos que al implementar prácticas de responsabilidad social también existe una concienciación con respecto a los problemas que existen en estas organizaciones, para nuestro caso el tema de la discriminación en el empleo, en la ocupación y específicamente en la igualdad de género.

Por ello, la existencia de mecanismos para la realización de dichos informes anuales, o, también denominados memorias de sostenibilidad, incluyen además un conjunto de indicadores de desempeño en diferentes ámbitos. De nuestro interés están los relacionados con el tema en cuestión, por ejemplo los informes que siguen los lineamientos del *Global Reporting Initiative GRI*³⁰, y que deben contener una gestión de la dimensión social, específicamente los relacionados con las prácticas laborales, trabajo digno y derechos humanos, muestran indicadores de desempeño tales como: la relación entre salario base de los hombres con respecto al de las mujeres, desglosado por categoría profesional así como el número total de incidentes de discriminación y medidas correctivas adoptadas.

Ahora bien, que las empresas sigan estos lineamientos no quiere decir que tengan buenas prácticas con respecto al tema de la igualdad, pues aunque en principio, hay transparencia en la

Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, una marca de excelencia que sirve de reconocimiento a aquellas empresas comprometidas con la igualdad y que destacan por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades en las condiciones de trabajo, en los modelos de organización y en otros ámbitos como los servicios, productos y publicidad de la Empresa, asimismo ha adherido a la iniciativa del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad “Empresas por una sociedad libre de violencia de género”.

³⁰ *Global Reporting Initiative (GRI)*, organización cuyo fin es impulsar la elaboración de memorias de sostenibilidad en todo tipo de organizaciones. GRI produce un completo Marco para la elaboración de Memorias de Sostenibilidad, cuyo uso está muy extendido en todo el mundo. El Marco incluye la Guía para la elaboración de Memorias que establece los principios e indicadores que las organizaciones pueden utilizar para medir y dar a conocer su desempeño económico, ambiental y social. Véase *Global Reporting Initiative. (2011). G3.1 Guía para la elaboración de Memorias de Sostenibilidad*. Amsterdam: Global Reporting Initiative

comunicación de dichos datos, no es suficiente dicha información para determinar si en efecto no existe discriminación en el trabajo por razón de sexo. Por lo que el reto se convierte pues, en trabajar a futuro en la creación de otros indicadores que representen la realidad misma de la situación en las empresas.

De igual manera, existen además sistemas de gestión certificables como el Modelo Internacional SA8000³¹, que dentro de sus requisitos de responsabilidad social se encuentra el tema de la discriminación, así pues la empresa no debe practicar o apoyar la discriminación en la contratación, remuneración, acceso a la capacitación, promoción, despido o jubilación basado en el género o cualquier otra condición que pueda dar origen a la discriminación, igualmente no debe permitir ningún comportamiento que sea amenazador, abusivo, explotador o sexualmente coercitivo, incluyendo gestos, lenguaje y contacto físico en el lugar de trabajo y donde sea aplicable, en residencias y otras instalaciones para el uso de los empleados ofrecidas por la empresa.

A partir de todo lo anterior, las empresas como parte fundamental de nuestra sociedad influyen en el sistema económico y social, por lo que se convierten en parte activa para la resolución de las situaciones de desigualdad laboral que se dan entre mujeres y hombres, debido a ello, la responsabilidad social supone también una alternativa para la consecución de la igualdad efectiva y real, lo que significa ofrecer condiciones de trabajo igualitarias no solo en el sistema de selección sino también en la promoción, las

³¹ La Norma Internacional SA8000, es una norma auditable creada por la organización *Social Accountability International*, y que mediante un sistema de verificación por terceras partes, establece los requisitos voluntarios a ser cumplidos por los empleadores en el lugar de trabajo, incluyendo los derechos de los trabajadores, las condiciones en el centro de trabajo y los sistemas de gestión. Toda la información plasmada en el texto fue tomada de: *Standard: 2008 Versión y SA8000 Guidance Document* disponible en la página web <http://www.sa-intl.org/>

retribuciones, la formación y ante todo en la conciliación de la vida profesional y personal³².

6. CONCLUSIONES

- A pesar que existe una mayor legislación, que busca la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, es insuficiente, pues la discriminación salarial, el mayor desempleo femenino entre otras situaciones mostradas en el texto, demuestran que la igualdad plena, efectiva y real, es hoy un asunto pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos.
- Será indispensable una mayor concienciación de los derechos y no solamente a nivel educativo, pues es evidente que ayudará en gran medida a que no solo las mujeres lo conozcan, sino también la sociedad en su conjunto, lo que producirá un rechazo colectivo contra las situaciones de desigualdad.
- Los gobiernos pueden ofrecer incentivos –que requieren de un correcto estudio– para las empresas y otros actores sociales, para destacar y resaltar las buenas prácticas en la materia y asegurar la replicabilidad. Un ejemplo claro de esto es, el distintivo “Igualdad en la Empresa” creado por el Ministerio de Igualdad en 2009, es una marca de excelencia en igualdad que servirá de estímulo y reconocimiento a aquellas empresas/entidades comprometidas con la igualdad y que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades en las condiciones de trabajo, en los modelos de organización, en la responsabilidad social

³² Precisamente, la Ley de Igualdad establece el marco para la creación de valor en el entorno empresarial, el título VII de esta Ley se refiere específicamente a la posibilidad de las empresas de asumir la realización voluntaria de acciones de responsabilidad social, destinadas a promover condiciones de igualdad entre las mujeres y los hombres en el seno de la empresa o en su entorno social.

de la empresa y en la difusión y publicidad de los productos y servicios ofrecidos por la misma.

- La representación femenina en los altos cargos y entre los empresarios sigue siendo demasiado baja, lo que resulta preocupante, por lo que será necesario la divulgación científica que demuestre que el empleo de las mujeres en condiciones de igualdad permitiría a las empresas aprovechar mejor la reserva de talento disponible, lo que se vería representado en diversidad y competitividad.
- Promover la responsabilidad social de las empresas, ya hace parte de las estrategias de la Comisión Europea, pues de esta manera contribuye al logro de los objetivos de la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador
- La igualdad de género se integra en el sistema de gestión de la empresa, a través de estrategias de responsabilidad social, por lo tanto implica introducir la transversalidad de género en su estrategia, estableciendo mecanismos que garanticen la calidad en el liderazgo, en los procesos y en el rendimiento, que pasan necesariamente por la retención y atracción del talento, que solo se puede producir reduciendo las desigualdades y generando condiciones favorables a la igualdad, todo ello en pro de la igualdad real entre mujeres y hombres.

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, Mario; et al (2000). *Ley, mercado y discriminación: el género del trabajo*. Buenos aires: Editorial Biblos.

BUSTELO, María; et al (2004). *La evaluación de las políticas de género en España*. Madrid: Editorial Catarata.

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2010). *Legislación sobre igualdad de trato y no discriminación*. Madrid: CEPC.

- DE LUCIO, Juan; DEL VALLE, María; VALERO, Manuel. (2012). *Determinantes de la Brecha Salarial de Género en España*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad - Colección EME.
- Dirección General de Estudios del Parlamento Europeo (1997). Impacto diferencial de los sistemas electorales en la representación política femenina. Serie Derechos de la Mujer, W (10).
- European Communities. (2008). *Manual for gender mainstreaming: employment, social inclusion and social protection policies*. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities.
- FABREGAT, Gemma (2008). *La discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GALVÉS, Lina & RODRÍGUEZ, Paula (2012). La desigualdad de género en las crisis económicas. *Investigaciones Feministas*, 2.
- GARCÍA, María (2012). Claves sobre el poder de las mujeres. *Revista Interdisciplinar de Estudios de Género*, 5.
- GOÑI, José (2011). *Ética Empresarial y códigos de conducta*. Madrid: Editorial la Ley.
- Global Reporting Initiative. (2011). *G3.1 Guía para la elaboración de Memorias de Sostenibilidad*. Amsterdam: Global Reporting Initiative.
- Informe sobre Igualdad Salarial. *Unión General de Trabajadores*. Obtenido de [http://www.ugt.es/Mujer/Informe IGUALDADSALARIAL2011_UGT.pdf](http://www.ugt.es/Mujer/Informe%20IGUALDADSALARIAL2011_UGT.pdf)
- Instituto de la Mujer (2007). *Diferencia y discriminación laboral por razón de sexo*. Madrid: IM.
- International Labour Office (2012). *Global Employment Trends for Women 2012*. Geneva: ILO.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

- LERMA, M., Mateo, P., & BOLEA, S. (2011). El acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el entorno laboral. Cuadernos para la igualdad entre hombres y mujeres.
- LÓPEZ, Elvira & SANTOS, Jesús (2013). La mujer en el mercado laboral español. *Economía Española y Protección Social*, 5.
- MUNÉVAR, Dora. (2012). El trabajo científico de las mujeres entre discursos de méritos y exclusiones. *Revista venezolana de Estudios de la Mujer*, 16.
- Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- Organización Internacional del Trabajo (1951). Convenio 100 relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor.
- Organización Internacional del Trabajo (1958). Convenio 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.
- Organización Internacional del Trabajo (2011): *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*. Ginebra: OIT.
- Parlamento Europeo (2011). *Informe sobre la representación de las mujeres en los procesos de toma de decisiones políticas: calidad e igualdad*. Documento de sesión de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género (2011/2295 INI).
- PriceWaterhouseCoopers (2012). *La Mujer Directiva en España: Women as leaders*. Madrid: Pwc.
- RODRÍGUEZ, Pilar (2008). *Mujeres, trabajos y empleos en tiempos de globalización*. Barcelona: Icaria Editorial.
- ROMERO, Ana (2006). *Igualdad y retribución*. Valencia: Edit. Tirant lo Blanch.

- RUIZ, María del Mar (2010). *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*. Albacete: Editorial Bomarzo.
- SÁNCHEZ, María (2003). *Política Comunitaria contra la discriminación de la mujer en el trabajo*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- UE. Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
- UE. Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas.
- UE. Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos.

ORÍGENES DEL DERECHO DEL CONSUMO EN COLOMBIA¹

BETTY MARTÍNEZ-CÁRDENAS²

“Ser consumidor, por definición, nos incluye a todos”

JOHN FITZGERALD KENNEDY³.

INTRODUCCIÓN

Dado que los consumidores continúan siendo “el grupo económico más importante, pero el único grupo importante de la economía que no es oído” (KENNEDY, 1962), una tendencia fuerte en relación con la creación de este nuevo derecho apareció

¹ Este artículo es un producto de investigación del proyecto “Impacto en el Empresario del cambio de legislación en materia de cláusulas abusivas y responsabilidad por el hecho de productos defectuosos”, desarrollado por la Línea de Derecho Civil del Grupo de Investigación de Derecho Privado desde Septiembre de 2012.

El Derecho de Consumo ha sido el protagonista de un importante avance en el derecho privado colombiano de los últimos veinticinco años. Logró trascender una protección especial de carácter meramente personal, en particular, de naturaleza contractual, a una más elevada de carácter colectiva, sin perder su esencia. El estudio del origen de este derecho y su posterior desarrollo en la legislación actual colombiana explican la razón de este éxito, así como su posible utilización en la defensa de derechos colectivos, tal como ocurre con el derecho ambiental.

² Betty MARTÍNEZ-CÁRDENAS, Doctor en Derecho de la Universidad Paris 2, Panthéon-Assas. Profesora principal de carrera académica de Derecho Civil y Derecho del Consumo, Segunda Líder del Grupo de Investigación en Derecho Privado y Directora del Semillero de Investigación en Derecho Civil Obligaciones en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario en Bogotá, Colombia. Contacto: betty.martinez@urosario.edu.co

³ Así lo expresó el 15 de marzo de 1962 el presidente John Fitzgerald Kennedy ante el Congreso de los Estados Unidos durante el discurso oficial que determinó la jornada para celebrar el Día Mundial de los Derechos del Consumidor.

en Europa, durante los años sesenta (BERNHEIM-DESVAUX, 2008: 17)⁴. En contra del consumismo, pareció entonces verdaderamente necesario crear nuevas reglas de protección al consumidor⁵, en busca del equilibrio contractual (VILLALBA, 2009: 307). En efecto, bajo esta perspectiva, lo que justifica la existencia de los derechos del consumidor, es el estado de indefensión en el que se encuentran éstos frente a unos profesionales del comercio que producen en masa bienes y servicios y para los cuales, a nivel jurídico, las reglas civiles sobre el contrato de venta, primero; y la de otros contratos, como el de transporte, distribución y prestación de servicios.

Para hacer frente al fenómeno del consumismo, los países que comparten los principios del sistema de derecho romano-germánico, contaban únicamente con las reglas del Código Civil⁶. Estas reglas, sin embargo, fueron inspiradas en una concepción abstracta, individualista e igualitaria de las partes (MAZEAUD, 2003: 295), y, en consecuencia, conducen a crear sólo una protección ilusoria para los consumidores. Esto llevó a que, éstos, los consumidores, se convirtieran, en víctimas potenciales de los abusos que son susceptibles de ser cometidos por los productores, distribuidores o profesionales del comercio.

Esta fue la razón que justificó que en estos países se buscara crear un nuevo conjunto de reglas para garantizarle al Consumidor el ejercicio de unos derechos que potencialmente podían ser

⁴ Fue, en efecto, uno de los efectos de la postguerra, en razón del fuerte desarrollo económico que tuvo Europa, sobre el cual no había precedente alguno: los bienes y servicios se multiplicaron, la publicidad y el marketing invadieron el mercado y el crédito se desarrolló como una forma de financiación.

⁵ El Derecho del Consumidor en Francia, por ejemplo, nació de su codificación expresa en 1993.

⁶ El Código Civil Colombiano, cuyas reglas son continuadoras de la tradición marcada por el Código Francés de 1804, “Comprende las disposiciones legales sustantivas que determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles”: Artículo Primero del Código Civil Colombiano. Los particulares, son también consumidores.

vulnerados por un productor, proveedor o profesional reputado de no tener escrúpulos y de querer engañarlo, por una parte, y de las propias tentaciones del consumidor, que no es consciente de su capacidad de consumo en relación con la solvencia de su patrimonio, esto es, de evitar que el consumidor se endeude inútilmente, por la otra (MONSALVE CABALLERO [et al.], 2010; PYCOD [et al], 2005). Las reglas del Código Civil se tornaron insuficientes para evitar que los consumidores perdieran su libertad al momento de adquirir los productos que masivamente se distribuyen por aquéllos en el mercado.

Las primeras agrupaciones en defensa de los derechos del consumidor aparecieron en los Estados Unidos durante los años sesenta, como consecuencia del desarrollo económico de la post-guerra: “los bienes y servicios se multiplicaban, los productos se hacían más complejos, el crédito se desarrollaba, la publicidad y el marketing invadían el mercado” (BERNHEIM-DESVAUX, 2008: 18). Posteriormente, los organismos de defensa y protección del consumidor se multiplicaron y extendieron a otros sistemas en el mundo. En América Latina, Colombia fue el primer país en promulgar un Estatuto de Protección al Consumidor: El Decreto 3466 de 1982⁷. Este Estatuto creó el derecho del consumo en Colombia, siguiendo las tendencias de la época (CÁRDENAS, 2007: 771). Luego, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, elevó la protección de los consumidores y usuarios a nivel constitucional y lo consagró como un derecho colectivo, con el fin de que el legislador definiera un espacio normativo propio para su defensa en el ordenamiento nacional. De esta manera, el

⁷ El numeral 12 del artículo 76 de la Constitución de 1886 (vigente hasta 1991), promulgada en 1886, otorgaba al Presidente de la República la facultad de recibir del Congreso autorización para expedir Decretos con fuerza de Ley, durante el término que le fuera concedido para tales efectos, lo cual ocurrió en materia de distribución de Bienes y Servicios para la Defensa del Consumidor. Este es el origen en Colombia del Decreto 3466 de 1982, o, como se le conoce en la actualidad, del Estatuto de Protección al Consumidor.

Capítulo 3 de esta Carta, relativo a los derechos colectivos y del ambiente, establece en el artículo 78 que:

“Artículo 78. Vigilancia a producción, bienes y servicios. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos”.

Esta característica fundamental del derecho del consumo, consistente en ser un derecho colectivo, es de igual forma protegido en el literal n del artículo 88 de la misma Carta, según el cual, los derechos de los consumidores y usuarios, como parte de un grupo de derechos susceptibles de ser protegidos a través de las acciones populares⁸. En consecuencia, el derecho de consumo, por la Constitución de 1991, se convirtió en un derecho de tercera generación⁹. Desde la promulgación de esta Constitución en 1991, el legislador colombiano ha sido constante en brindarle al consumidor nuevas herramientas de protección. De esta forma, el Congreso de Colombia ha dictado al menos otras veinte leyes, aún más especiales, de protección al consumidor¹⁰.

De estas leyes son particularmente importantes las relativas a la protección del consumidor de servicios de telecomunicaciones

⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-466-03.

⁹ Ver: Informe ponencia sobre “Régimen económico, libertad de empresa, competencia económica, monopolios e intervención del estado” asamblea nacional constituyente – Gaceta Constitucional n° 46. Ponentes: Iván Marulanda, Angelino Garzón, Guillermo Perry, Tulio Cuevas, Jaime Benítez y Guillermo Guerrero

¹⁰ Véase al respecto la información sobre las normas vigentes en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, consultable el 17 de enero de 2011 en <http://www.sic.gov.co/index.php?idcategoria=888&inf=0>

(Leyes 72 de 1989, 37 de 1993 y 1245 de 2008), de servicios financieros (Leyes 1266 de 2008 sobre la protección del Habeas Data y 1328 de 2009, sobre la protección del consumidor financiero), y de servicios de turismo (Leyes 1101 de 2006 y 1558 de 2012). Lo cual enseña que en materia de Protección al Consumidor, existe una incansable voluntad del legislador para regir la materia.

En consecuencia, en Colombia, el derecho de consumo es a la vez una especie de orden público especial y un sistema de derecho autónomo (CALAIS-AULOY [et al], 2006: 3). Así ha sido reconocido por varios fallos de la Corte Constitucional¹¹ y de la Corte Suprema de Justicia¹². Sin embargo, el paso de esta rama del derecho del derecho privado a un derecho colectivo requirió de la expedición de un nuevo estatuto de protección al consumidor: la Ley 1480 del 12 de Octubre de este año, con la que se actualizó el anterior Decreto 3466 de 1982¹³. Una transición legislativa que convirtió a una protección meramente individual a otra colectiva, constituyendo así uno de los más serios avances del derecho privado de los últimos tiempos. Una transición tan importante, que para algunos se trata incluso de la creación de un “*Nuevo derecho de Obligaciones*”¹⁴.

La pregunta que se plantea aquí es la de determinar cómo fue posible lograr esta transición. Veremos así que las bases de la misma se encuentran en dos aspectos fundamentales del antiguo

¹¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-083 de 1999 y C-1141 de 2000.

¹² Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de abril de 2009.

¹³ Exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 82 de 2008, presentado al Senado por el Representante a la Cámara Simón Gaviria Muñoz, el 29 de julio de 2008, p. 1.

¹⁴ Esta evolución fue particularmente remarcada en el derecho francés. Al respecto ver: CARBONNIER, Jean, *Droit Civil, Les obligations*, PUF, 20^e éd., No. 12., CALAIS-AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTD civ., 1994, 239; CALAIS-AULOY, Jean y STEINMETZ, Frank, *Droit de la consommation*, Dalloz, 7^e édition, Paris, 2006, p. 3; THIEBERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD civ, 1997, 357 y ss.

estatuto de protección al consumidor que fueron desarrollados con más detalle por el estatuto actual. El objetivo de este artículo es el de demostrar que la transición del derecho del consumo de un derecho personal a un derecho colectivo se logró a través del desarrollo de los principios fundamentales del derecho civil contenidos en el Decreto 3666 de 1982 (1), en las reglas que constituyen el actual Estatuto de Protección al Consumidor, Ley 1480 de 2011 (2).

1. DE LEGE FERENDA: EL DECRETO 3466 DE 1982

En esta sección, nos referiremos primero a los principios importantes del Decreto 3466 de 1982 (1.1) y las insuficiencias que sirvieron a desarrollarlos en el Nuevo Estatuto (1.2).

1.1. PRINCIPALES APORTES DEL DECRETO 3466 DE 1982

Dos eran estos aportes, lo cuales fundaron la protección al consumidor: el registro de calidad e idoneidad de los productos (1.1.1.) y la necesidad de tener certeza de estar celebrando un negocio exento de vicios (1.1.2)

1.1.1. *Naturaleza del registro de calidad e idoneidad de bienes y servicios*

De acuerdo con del Libro Cuarto del Código Civil, relativo a las Obligaciones y Contratos, toda declaración de voluntad deber recaer sobre un objeto (artículo 1517 del Código civil colombiano), el cual debe ser determinado o determinable (artículo 1518 del Código civil colombiano), y que en tratándose de cosas de género, dicho objeto debe tener una calidad a lo menos mediana (artículo 1566 del Código civil colombiano), para entenderse que la obligación ha sido cumplida (artículo 1613 del Código civil colombiano).

De manera sumamente cuidadosa, el Decreto 3466 definió en qué consiste la idoneidad y la calidad de un bien o servicio. En tratándose de la idoneidad, el artículo primero decía que es la aptitud del bien “para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido, así como las condiciones bajo las cuales se debe utilizar en orden a la norma y adecuada satisfacción de la necesidad o necesidades para las cuales está destinado”; y en lo que concierne a la calidad de un bien o servicio, en el literal f de este mismo artículo disponía que es “el conjunto total de las propiedades, ingredientes o componentes que lo constituyen, determinan, distinguen o individualizan. La calidad incluye la determinación de su nivel o índice de contaminación y de los efectos conocidos que ese nivel de contaminación puede producir”.

Posteriormente, el artículo tercero del Decreto preveía la manera como dicho margen de calidad y la idoneidad de los bienes y servicios debían ser establecidos, a través del registro que todo productor o importador haga de sus bienes y servicios¹⁵. En consecuencia, según este Decreto, la prestación podía resultar incumplida por defecto en la idoneidad o calidad del objeto de la obligación contratada; idoneidad y calidad del objeto que se compara en relación aquellas que fueran previamente determinadas mediante su registro por parte de productor o proveedor, ante una entidad gubernamental, en general, la Superintendencia de Industria y Comercio.

Dicho registro era de carácter público (artículo 4º), y mediante él, el productor o proveedor establecía la regla de conducta que debe seguir para el cumplimiento perfecto de la obligación que deriva del contrato celebrado con el consumidor, efecto

¹⁵ En efecto, establecía la norma que “...Todo productor o importador podrá registrar ante la Superintendencia de Industria y Comercio, las características que determinen con precisión la calidad e idoneidad de aquéllos [bienes o servicios legalmente establecidos]...”.

obligatorio del contrato consagrado en el artículo 1602 del Código civil colombiano. Por esta razón, el artículo octavo del Decreto establecía que “El registro de calidad e idoneidad constituye el documento auténtico proveniente del productor de un bien o servicio, con base en el cual se podrá establecer la responsabilidad por la calidad e idoneidad del bien o servicio, por la garantía mínima presunta del productor y por las marcas, leyendas y la propaganda comercial de los bienes y servicios.” En relación con esta conducta, dos obligaciones son interesantes para examinar: la obligación de información que pesa sobre el productor o proveedor (1.1.1.1.) y la garantía mínima presunta (1.1.1.2.).

1.1.1.1. Obligación de información

El que vende un bien o suministra un servicio debía, con anterioridad a la conclusión del contrato, informar “al público de manera suficiente, respecto de la calidad, e idoneidad registradas de los bienes y servicios que ofrece (...)” (Artículo 10o). Esta regla se derivaba de aquella prevista por el artículo 1918 del Código Civil, según el cual “si el vendedor conocía los vicios y no los declaró, o si los vicios eran tales que el vendedor haya debido conocerlos por razón de su profesión u oficio, será obligado no sólo a la restitución o la rebaja del precio, sino a la indemnización de perjuicios; pero si el vendedor no conocía los vicios, ni eran tales que por su profesión u oficio debiera conocerlos, sólo será obligado a la restitución o la rebaja del precio”.

Por esta razón, el incumplimiento de dicha obligación de información es la indemnización de perjuicios prevista por el artículo veintitrés del Decreto 3466. Pero además, en el caso que esta información no haya sido dada, otra sanción les es también aplicable, aquella prevista en el artículo 1624 del Código Civil, según el cual “...las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga

de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.” Sin embargo, la protección del derecho de consumo era más rápida y directa, ya que ésta falla constituía, per se, un caso de publicidad engañosa.

1.1.1.2. La garantía mínima presunta

El Decreto establecía en el artículo once una obligación especial de otorgar una “garantía mínima presunta” a cargo del productor o proveedor. Según esta regla, “Se entiende pactada en todos los contratos de compraventa y prestación de servicios la obligación a cargo del productor de garantizar plenamente las condiciones de calidad e idoneidad señaladas en el registro o en la licencia correspondiente, con las adecuaciones derivadas de la oficialización de normas técnicas o de la modificación del registro, así como las condiciones de calidad e idoneidad correspondientes a las normas técnicas oficializadas aunque el bien o servicio no haya sido objeto de registro.” Esta regla se derivaba de otra muy antigua propia de los contratos de compraventa: la garantía de evicción.

En efecto, todo vendedor responde frente al comprador tanto por la posesión legal y pacífica de la cosa que adquirió con el contrato, así como por los vicios ocultos de ésta, así lo que establece la regla del artículo 1895 del Código Civil: “El vendedor es obligado a sanear al comprador todas las evicciones que tengan una causa anterior a la venta, salvo en cuanto se haya estipulado lo contrario.” *De iure conditio*, la expresión “garantía mínima presunta” introducida por el Estatuto del Consumidor es la que permite a éste tener la seguridad de estar adquiriendo un bien o servicio que será útil a sus necesidades.

La intención del legislador con esta garantía fue la de evitar que el productor o proveedor traicionaran la confianza que el consumidor ha depositado en ellos al adquirir sus productos o servicios. Además, la confianza del consumidor también era

reforzada a través de esas mismas obligaciones de información y de garantía mínima presunta, no ya con el objeto de indemnizarle al consumidor los perjuicios que se deriven de su incumplimiento por parte el productor o proveedor, sino mediante la promoción de la seguridad jurídica a través de evitar que con la falta de información se llegue a contrato viciado por error o dolo.

1.1.2. La certeza de celebrar un negocio exento de vicios

La obligación de información que pesaba sobre el productor o proveedor era además aquella que pesaba sobre el vendedor en relación con el comprador con el fin de que el contrato no sea viciado por un error, espontáneo o inducido, en el objeto (Artículo 1511 del Código civil colombiano). A su vez, esta obligación del vendedor está ligada a una de las condiciones de validez del contrato, cual es, que éste se haya celebrado exento de vicio. En efecto, una relación jurídica derivada de un equívoco, puede degenerar en un contrato viciado por error (1.1.2.1) o dolo (1.1.2.2.).

1.1.2.1. La prevención del error

Errar, esto es, equivocarse espontáneamente; o ser víctima de un dolo, es decir, ser inducido intencionalmente por el contratante a un equívoco, son ambas consecuencias de una información inadecuada, incompleta o ausente. El Decreto 3466 se enfoca en las consecuencias de la carencia de estas condiciones de la información respecto de la calidad e idoneidad de los productos o servicios puestos en el comercio.

Así, el artículo catorce mandaba que “Toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente. Están prohibidas, por lo tanto, las marcas, las leyendas y la propaganda comercial que no corresponda a

la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos.” Y agregaba que “Tratándose de productos (bienes o servicios) cuya calidad e idoneidad hayan sido registradas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3o. a 7o. del presente decreto, o que estén sometidos a registro o licencia legalmente obligatorios, o cuyas condiciones de calidad e idoneidad se deriven de la oficialización de una norma técnica, aunque no haya habido registro, las marcas o leyendas que se exhiban en dichos productos, al igual que toda propaganda que se haga de ellos, deberá corresponder íntegramente a lo registrado o contenido en la licencia o a las condiciones de calidad e idoneidad derivadas de la norma técnica oficializada, según el caso”.

1.1.2.2. La prevención del dolo. Partiendo de la obligación de información, los artículo quince, que consideraba que se inducía a error al consumidor

“Cuando la propaganda comercial de un bien o de un conjunto de bienes se haga utilizando imágenes del bien o del conjunto, como cuando en su envase o empaque, o en etiquetas adheridas a tal envase o empaque, o en cualquier otro medio de publicidad empleado para hacer la propaganda, aparezcan películas, fotografías o dibujos del bien o del conjunto de bienes, la cantidad de uno u otro, contenida dentro del envase o empaque, deberá ser como mínimo, la que aparezca en las imágenes empleadas en la propaganda”.

En seguida, el artículo dieciséis imponía responsabilidades al productor o proveedor que utilizaban propaganda para la promoción de sus productos en dos hipótesis especiales: “a) Cuando dicha propaganda no corresponda a la realidad, lo cual

se entiende por el hecho de que no se satisfagan los incentivos al consumidor en la oportunidad indicada para ello o, a falta de indicación precisa de la oportunidad para su satisfacción, dentro del plazo en el cual se utilice este tipo de propaganda comercial y b) Cuando con la propaganda de que trata el presente artículo, se induzca o pueda inducirse a error al consumidor respecto del precio, calidad o idoneidad del bien o servicio respectivo, lo cual se entenderá por el hecho de que, simultáneamente con el ofrecimiento de los incentivos y hasta seis (6) meses después del retiro del ofrecimiento de éstos, se aumente el precio del bien o servicio, así como por el hecho de que por el incentivo o a la par con éste, se afecte desfavorablemente la calidad o la idoneidad del bien o servicio”.

Finalmente, el artículo diecisiete del Decreto determinaban la manera como debía hacerse la publicidad de los productos o servicios. De dicha reglamentación es particularmente interesante resaltar la restricción que se hacía del *dolus bonus*, pese a haber sido permitido en las relaciones contractuales por más dos mil años. La tendencia actual de la doctrina es entender por dolo también una simple reticencia, es decir, que del silencio guardado por un contratante sobre una información esencial que él detentaba y que haya llevado al otro a contratar (el consumidor), probada la intención de aquél para ocultar dicha información, el contrato puede ser anulado por adolecer de este vicio (CALAIS-AULOY, 2006: 54). Sin embargo, cuando no aparece claramente que por dicho engaño se hubiera contratado, el artículo 1515 del Código Civil prevé una indemnización de perjuicios para la víctima del dolo.

En suma, todas estas primeras reglas del Decreto 3466 de 1982 estaban encaminadas a promover la confianza y la solidez de las relaciones de consumo, y, en consecuencia a propiciar la seguridad jurídica de las relaciones comerciales. Estos artículos eran además completados con el principio de buena fe precontractual establecido en el artículo 863 del Código de Comercio y por las

reglas de competencia desleal (Ley 256 de 1996). Son estos los principios de derecho privado que fundan el actual derecho del consumo y que persisten aún en el Nuevo Estatuto de Protección al Consumidor. Veremos a continuación las razones que hicieron que estos principios tuvieran que ser desarrollados de otra manera para lograr la transición de un derecho personal a un derecho colectivo.

2. DE LEGE DATA: LA LEY 1480 Y LA TRANSICIÓN A UN DERECHO COLECTIVO

Veremos primero, las insuficiencias del Decreto 3466 de 1982 que justificaron la expedición de la Ley 1480 de 2011 (2.1) y las innovaciones de esta última en relación con el primero en orden a lograr que el Derecho de Consumo se convirtiera en un derecho de tercera generación (2.2.).

2.1. INSUFICIENCIAS DEL DECRETO 3466 DE 1982

Son tres las principales insuficiencias a la que la se hizo referencia por parte de la Comisión redactora de la Ley 1480 de 2011. En primer lugar, la inexistencia de una noción única de consumidor (2.1.1), en segundo lugar, el excesivo “garantismo” procesal para el productor o proveedor (2.1.2.) y, finalmente, el excesivo intervencionismo del Estado en el mercado, lo cual limitaba mucho la libertad contractual (2.1.3).

2.1.1. *La inexistencia de una noción única de consumidor*

Recordemos que el Decreto 3466 de 1982 definía por consumidor “Toda persona natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades.” Para la doctrina de la época, esta definición “... se

caracteriza por su exagerada amplitud, lo cual ha hecho necesaria su delimitación por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio y de la Corte Suprema de Justicia. La carencia de una definición concreta de consumidor en el sistema colombiano puede dar lugar a problemas de aplicación del estatuto del consumidor por parte de los operadores jurídicos y a posibles contradicciones de los entes que tienen a su cargo la aplicación de este estatuto” (VILLALBA, 2009: 307).

En efecto, se entiende que esta noción es abstracta ya que equipara al consumidor con cualquier persona que aspira a satisfacer una necesidad en el mercado. Ella le atribuye derechos a cualquiera en la sociedad, lo cual conllevaba a una enorme dificultad en la determinación del campo de aplicación del Decreto. Con el fin de determinar mejor el alcance de esta definición, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional fueron creando definiciones alternas, de las cuales enunciaremos las principales, así:

En primer lugar, la Corte Constitucional, consideró que “Este propósito constitucional no podría nunca cumplirse cabalmente si los supuestos de responsabilidad sólo pudieran darse entre partes de un mismo contrato, máxime si solo en pocos casos el fabricante pone directamente en la circulación el bien y lo coloca en manos del consumidor final. La responsabilidad del productor y del distribuidor surge *ex constitutione* y puede por ello ser deducida por el consumidor del producto o el usuario, con independencia de que exista o no un vínculo contractual directo con los primeros. En este sentido, las garantías atinentes a la calidad o idoneidad de los bienes y los servicios, no se ofrecen exclusivamente al primer adquirente; ellas se disponen frente a la categoría de los consumidores y usuarios”¹⁶. De esta manera, la Corte extendió el ámbito de aplicación del Decreto de las

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1141 de 2000.

partes del contrato a todo aquel que pudiera estar interesado en el producto, lo cual fue la antesala de la noción de “relación de consumo” que posteriormente se desarrollaría en la Ley 1480 de 2011. De igual forma, la Corte resaltó la asimetría de la relación, como una de sus principales características.

En segundo lugar, la Superintendencia de Industria y Comercio estableció que: “... podemos concluir que las normas de protección al consumidor sí pueden aplicarse para aquellas personas naturales o jurídicas que hayan utilizado, transformado u ofrecido al público un bien o servicio si ha efectuado una relación de consumo en los términos anteriormente señalados, es decir, en términos de verdadero desequilibrio frente al productor y/o expendedor y el consumidor”¹⁷. En esta definición se limitaba la noción de consumidor a aquél que hubiera hecho parte de una relación de consumo, caracterizada ésta a su vez por una circunstancia de desequilibrio en las partes del contrato.

Finalmente, en el año 2005, la Corte Suprema de Justicia hizo la siguiente aclaración en relación con la definición de consumidor: “... con estrictez, siempre será forzoso indagar en torno a la finalidad concreta que el sujeto persona natural o jurídica –persigue con la adquisición, utilización o disfrute de un determinado bien o servicio, para reputarlo consumidor sólo en aquellos eventos en que, contextualmente, aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial– en tanto no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica propiamente dicha...”¹⁸. Acá, la Corte, pone especial énfasis en la finalidad que tenía la persona en la adquisición del bien o del servicio.

Esta evolución en la noción de consumidor, en lugar de definirla, dejó aún más indeterminado el campo de aplicación del

¹⁷ SIC, Concepto 01085863, 22 de Noviembre de 2001.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 3 de mayo de 2005. Exp. 1999-04421. M.P. César Julio Valencia Copete.

Decreto, toda vez que era factible que éste beneficiara también a productores y proveedores que, a su vez, actuaban como consumidores. En efecto, consideró la doctrina que “Este punto en Colombia no se encuentra definido, pues la sic ha aceptado que la relación de consumo se puede presentar cuando un profesional adquiere un bien o servicio para un uso que no esté “intrínsecamente ligado” a su actividad empresarial”¹⁹. Todo lo cual llevó a la formulación de una nueva noción de consumidor que se encuentra en la actual Ley 1480 de 2011 y a la que haremos referencia más adelante.

2.1.2. El “garantismo” procesal y el exceso de intervencionismo en el mercado y la inflación normativa

La segunda insuficiencia del Decreto, según la doctrina, era su ineficacia. En efecto, se entendió que “La efectiva vigencia del decreto ley 3466 de 1982 encontró serias resistencias en nuestro medio, por parte de jueces y tribunales, por la tensión que suscitan sus regla y principios frente a los paradigmas del derecho privado sobre autonomía de la voluntad, relatividad contractual, responsabilidad con culpa y garantismo procesal” (SIC, 2006; VILLALBA, 2009: 334). En efecto, la doctrina entendió que remitirse a las reglas del Código Civil para determinar la responsabilidad por productos defectuosos hacía más incierta la aplicación del Decreto, ya que la víctima debía probar la culpa de éste. Para los críticos del Decreto, era indispensable la consagración legal de una responsabilidad objetiva para esta hipótesis.

Finalmente, la doctrina “también encuentra resistencias entre quienes consideran que se debe dejar actuar libremente a la mano invisible del mercado para establecer los óptimos de precio y calidad, objetando una intervención del Estado tutelar del

¹⁹ Ver también: VILLALBA, Juan. Ob. cit. p. 334.

consumidor como sujeto en desventaja frente a sus contrapartes productores y expendedores”²⁰. Todo lo cual sugirió la creación de un Estatuto que, sin que se frenara la iniciativa privada, se le pudiera dar al productor o proveedor los márgenes adecuados para desarrollar su actividad, en miras a la obtención de una cultura empresarial más sana. Veremos a continuación en qué consistirían estas innovaciones legislativas.

2.2. INNOVACIONES DE LA LEY 1480 DE 2011

Las innovaciones de la Ley 1480 son varias e importantes (2.2.1), y la posibilidad de ejercer acciones populares y de grupo en defensa de los consumidores (2.2.2).

2.2.1. *Innovaciones más importantes de la Ley 1480 de 2011*

Son varias las innovaciones introducidas por la Ley 1480 de 2011, las principales podrían ser enunciadas simplemente como la determinación de la noción de consumidor, la consagración legal de la obligación precontractual de información, la creación de un catálogo de cláusulas abusivas, de la garantía mínima presunta, de elevar a texto legal las condiciones de fondo de la responsabilidad por productos defectuosos, establecer un marco de regulación para la validez de los contratos celebrados por internet y de garantizar la eficacia de la ley a través de la delegación de funciones jurisdiccionales para los efectos de la misma a ciertas entidades gubernamentales.

Para efectos de este artículo, nos referiremos en detalle a dos de ellas: la noción de consumidor (2.1.2.1) y el catálogo de cláusulas abusivas (2.1.2.2.).

²⁰ Ibidem.

2.2.1.1. La noción de consumidor

La Ley 1480 de 2011 tomó nota de las tendencias jurisprudenciales de la época y determinó la noción de Consumidor. Así, el numeral 3 del artículo quinto de esta Ley cambió la noción de consumidor, para hacerla trascender del aspecto meramente contractual al de una relación de consumo. La nueva definición reza así: “Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario”.

2.2.1.2. El catálogo de cláusulas abusivas

En la Ley 1480 de 2011, la naturaleza de la cláusula abusiva se determina a través de los siguientes aspectos: la fuente de la cláusula y sus características. Respecto del primero, se entendió que, en principio, las cláusulas habían sido impuestas, esto es, que se encuentran en los contratos de “adhesión”, pero la Ley también atendió a la evolución de esta materia, según la cual éstas también se pueden encontrar en los contratos paritarios.

En efecto, por primera vez se elevó a rango legal la expresión “*contrato de adhesión*” de origen doctrinal²¹, resolviendo en su favor la crítica más frecuente que le hacía la doctrina de principios del siglo XX sobre su aparente invalidez por falta de consentimiento²².

²¹ Esta expresión ya había sido utilizada por la Corte Suprema de Justicia desde 1936. Al respecto ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de Diciembre de 1936. En: Gaceta Judicial No. 1921. pp. 676-677. MP. Dr. Eduardo Zuleta Ángel.

²² Esta discusión ya había sido superada en el derecho privado. Tanto autores europeos como latinoamericanos ya han concluido que estos contratos son perfectamente válidos. Sobre esta discusión ver: MESSINEO, Francesco, *Doctrina*

Discusión que, de hecho, ya había sido resuelta por un fallo de la Corte Suprema de Justicia en el que se aclaraba que si bien el consentimiento era una de las condiciones de formación del contrato, no lo era, en cambio, la exigencia de que cada cláusula tuviera que ser discutida²³. Ahora bien, las cláusulas abusivas también pueden venir de este tipo de contratos, conocidos también como paritarios, de allí que la Ley 1480 de 2011 contenga un artículo adicional sobre la materia, según el cual: “El hecho de que algunas cláusulas de un contrato hayan sido negociadas no obsta para la aplicación de lo previsto en este capítulo”. Todo lo cual constituye un verdadero avance legislativo en el sistema colombiano.

La Ley entiende como abusivas, en general, las cláusulas que, primero, vulneran la libertad contractual, y/o, segundo, desnaturalizan el contrato. Del catálogo que ella introduce se deduce que no toda unilateralidad es per se abusiva, ya que, las personas libremente en un contrato consienten darle prerrogativas a la otra parte para modificar unilateralmente los términos del mismo, siendo ésta, la única que puede determinarlo, no necesariamente están introduciendo una cláusula abusiva, es un problema de libertad contractual porque no consintieron en ello, por tanto, se naturaliza el contrato, ya que, lo que se quería con el contrato no se podrá lograr como consecuencia de la cláusula.

De allí que el Estatuto establezca una definición general de cláusula abusiva en este sentido: “...aquéllas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en

General del Contrato, traducción al español por R.O. FONTANARROSA, S. Sentis Melendo y M. Volterra. Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, p. 118; MELICH-ORSINI, José, *Doctrina General del Contrato*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 56; MALAURIE, Philippe, AYNÉS, Laurent et STOFFEL-MUNCK, Philippe, « *Les Obligations* », collection de Droit Civil, Défrenois, 2^{ème} édition, Paris, 2005, pp. 205 y ss., entre otros.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de Diciembre de 1970. M.P. Dr. Guillermo Ospina Fernández, p. 190.

que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza”.

En segundo lugar, la Ley atiende al carácter excesivo de la cláusula. El Estatuto parte de una apreciación objetiva, al tener en cuenta en la determinación de la cláusula que la información sobre sus consecuencias fuera insuficiente, esto es, no anticipada e implícita o disimulada (no expresa) al adherente sobre la existencia, efectos y alcance de las condiciones generales; así como las cláusulas inconcretas, oscuras o ambiguas e incompletas. Porque es abstracto, porque es objetivo y es lo que se declaró allí.

Sin embargo, la Ley también tiene en cuenta la apreciación subjetiva, ya que atiende al carácter excesivamente desrazonable de la cláusula. Defectos en la utilización del idioma castellano, con caracteres ilegibles a simple vista y la inclusión de espacios en blanco que lo hace el que la extendió, son ejemplos de ello. Ahora bien, lo que sanciona el Estatuto no es la ignorancia de quien escribe la cláusula, sino su contenido injusto. Los efectos de la misma tienden, así, a apreciarse *in concreto* porque es distinto extender una cláusula con un idioma en particular puesto que el uso del lenguaje puede disfrazar abusos en la contratación.

En tercer lugar, la formulación de un catálogo de cláusulas abusivas a partir del artículo 43 de la Ley, algo que en otras latitudes se conoce como la “lista negra”, permite tanto que el consumidor sepa de antemano qué cláusulas debe advertir en sus contratos, como que los profesionales puedan tener este catálogo como un ejemplo para aplicar de manera analógica en sus relaciones contractuales que no son de consumo. En consecuencia, el compartir la cláusula en cuestión algunas de los caracteres de las cláusulas descritas en el catálogo cláusulas abusivas previstas en el

Estatuto, permitirá tanto al intérprete, como a los consumidores determinar *a priori* la validez de la misma.

2.2.2. *Acciones populares y de Grupo en defensa de los consumidores*

Luego del mandato constitucional (inciso primero artículo 88), que hizo posible el uso de acciones populares para defender derechos de los consumidores en múltiples ocasiones. Así, en el año dos mil diez se protegió el derecho a la salubridad de los niños contra el consumo de alcohol publicitado por la Caja de Compensación Familiar del Cauca sin por no informar en la publicidad de los productos que el consumo de éstos estaba prohibido a menores de edad²⁴.

De igual forma, en el año dos mil trece, fueron protegidos por el mismo medio los derechos colectivos al goce del espacio, seguridad, tranquilidad, salubridad públicos y al ambiente sano de la comunidad residente en el Barrio el Cristal del municipio de Aguazul, vecina del Estadero Tragos y Sabor y, en especial, en cuanto le asisten a los niños de la comunidad académica y residencial de ese sector, por parte de la Nación (Ministerio de Defensa-Policía Nacional), la administración municipal de Aguazul (Casanare) y el señor Martín Rosas Flórez, propietario del referido establecimiento comercial, en razón de la explotación por establecimientos de comercio de actividades relacionadas con el expendio de licores y juego de tejo, en contra al uso del suelo previsto en el Plan Básico de Ordenamiento Territorial de la zona²⁵.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 3 de junio de 2010, Radicación número: 19001-23-31-000-2005-01737-01(AP), Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 5 de abril de 2013, Radicación número: 85001-23-31-000-2011-00047-01(AP). Consejera Ponente: Stella Conto del Castillo.

En la actualidad, además del mandato constitucional, se cuenta con el numeral primero del artículo 56 de la Ley 1480 de 2011 trae la posibilidad de ejercer las acciones populares y de grupo en protección de los derechos del consumidor. En este aspecto, la Ley constituye un verdadero avance en la materia y logra trascender el aspecto personal y relativo de la protección a uno verdaderamente colectivo. Sin embargo, el tiempo en que lleva en vigor la regla es todavía muy corto para establecer el impacto del cambio. Sin duda, este mecanismo será altamente interesante para atacar, de manera colectiva, cláusulas abusivas contenidas en contratos de adhesión y la reparación relativa a productos y servicios defectuosos.

3. CONCLUSIONES

En primer lugar, los orígenes del derecho del consumo actual se explican por el tránsito de unas reglas de tipo meramente personal a otras de carácter colectivo. Este tránsito se logró, no sólo por la intervención del Constituyente de 1991, sino por el desarrollo de los principios básicos de protección del consentimiento del consumidor logrados por la adopción de un nuevo estatuto de protección al consumidor, esto es, la Ley 1480 de 2011. Así, las reglas especiales del consumo comparten con el derecho de civil el papel de garantizar la libertad contractual, pero se permite a toda una colectividad exigir su aplicación a través de acciones populares o de grupo

En segundo lugar, la inclusión de un catálogo de cláusula abusivas y de nociones doctrinales de contrato de adhesión y contrato paritario permitirá el nacimiento de dos tipos de protección diferentes: la personal, a través de la solicitud de nulidad de las mismas, y la colectiva, ejercida en beneficio de una comunidad específica.

En tercer lugar, sigue siendo necesario, sin embargo, concientizar al consumidor de que debe actuar como una persona responsable y productiva, toda vez que es él el motor principal de la economía

actual y es sobre él que recaen todos los mecanismos de producción, distribución y promoción de bienes y servicios, no sólo a nivel personal, sino también a nivel colectivo.

BIBLIOGRAFÍA

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. “Informe ponencia sobre el Régimen económico, libertad de empresa, competencia económica, monopolios e intervención del estado”, – Gaceta Constitucional n° 46. Ponentes: Iván Marulanda, Angelino Garzón, Guillermo Perry, Tulio Cuevas, Jaime Benítez y Guillermo Guerrero.

BERNHEIM-DESVAUX, Sabine (2008). *Droit de la Consommation*. Collection Panorama du droit, dirigée par Guillaume BERNARD. Paris : Studyrama.

CALAIS-AULOY, Jean & STEINMETZ, Frank (2006). *Droit de la consommation*, Paris : Dalloz, 7^e édition.

CALAIS-AULOY, Jean (1994). « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats ». En : *RTD civ.*

CÁMARA DE REPRESENTANTES. Exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 82 de 2008, presentado al Senado por el Representante a la Cámara Señor Simón Gaviria Muñoz, el 29 de julio de 2008

CARBONNIER, Jean. *Droit Civil, Les obligations*, PUF, 20^e éd., No. 12.

CARDENAS, Juan Pablo (2007). “La protección del contratante y la evolución del derecho contemporáneo”. En: “Los Contratos en el Derecho Privado”. Libro colectivo coordinado por MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco, Bogotá: Universidad del Rosario y Legis S.A.

- MALAUURIE, Philippe, AYNÉS, Laurent et STOFFEL-MUNCK, Philippe (2005). « *Les Obligations* », collection de Droit Civil. Paris : Défrenois, 2^{ème} édition.
- MAZEAUD, Denis (2003) « Le nouvel ordre contractuel ». En: *Revue des contrats*, No. 1.
- MELICH-ORSINI, José (1992). *Doctrina General del Contrato*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana
- MESSINEO, Francesco (1952). *Doctrina General del Contrato*. Traducción al español por R.O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América
- MONSALVE CABALLERO, Vladimir & RODADO BARRETO, Diana Paola. Artículo (2010). “La importancia de la obligación de información en las relaciones financieras de consumo. Una aproximación económica y jurídica”. En: *Revista de Derecho*, No. 33, Universidad del Norte.
- PYCOD, Yves y DAVO, Hélène (2005). *Droit de la consommation*. Paris: Armand Colin.
- STEINMETZ, Frank (2006). *Droit de la consommation*. Dalloz. 7^e édition, Paris.
- THIEBERGE-GUELFUCCI, Catherine (1997). « Libres propos sur la transformation du droit des contrats ». En: *RTD civ*.
- VILLALBA, Juan (2009). “La noción de consumidor en el derecho Comparado y en el derecho colombiano”. En: *Universitas*. Bogotá (Colombia) N° 119: 305-340.

ANÁLISIS DE LOS DERECHOS COLECTIVOS EN EL CONCURSO MERCANTIL MEXICANO

ROBERTO BLANCO-GÓMEZ¹

INTRODUCCIÓN

Ante la importancia que actualmente tienen reconocidas las acciones colectivas en la sede concursal, consideramos importante reflexionar que cuando un deudor dispone de activo suficiente para atender regularmente sus obligaciones de pago, ya sea frente a un único acreedor o frente a una generalidad de acreedores, cada uno de ellos podrá hacer efectivos sus derechos hasta obtener la total satisfacción de sus créditos, a través de ejecuciones singulares. Sin embargo, el contexto cambia radicalmente cuando la capacidad patrimonial del deudor para el pago regular de sus obligaciones exigibles sea objetivamente insuficiente, es decir, cuando su patrimonio no alcance para cubrir el importe total de sus deudas. Y esto es así, porque la prosecución individual de los acreedores para recuperar su crédito produciría graves problemas, tanto para el deudor, como para los propios acreedores.

En principio, la dificultad se resolvía según un criterio elemental e inicialmente justo que atendía a la preferencia temporal de cada reclamante: *prior tempore potior iure*. Según este principio, cobraba el acreedor más audaz y diligente, el que había embargado antes los bienes de su deudor, que podía ser el que se negaba a colaborar

¹ Maestro en Derecho de Amparo y doctorando en Derecho, ambos por la Universidad Autónoma de Durango, México. Maestro en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Autónoma de Nuevo León, México. Maestro en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. Secretario de Acuerdos en el Poder Judicial Federal de México (Roberto.blanco.gomez@correo.cjf.gob.mx).

con el deudor concediéndole una espera, mientras que el acreedor que con la mejor buena fe le había demostrado su colaboración era el que llegaba tarde, cuando ya no había bienes libres o los embargados resultaban insuficientes.

Cuando se intensificó el comercio hubo que perfeccionar el sistema para que fuese más justo para los comerciantes. Se creó el concurso mercantil, debiéndose resolver en conjunto por esta vía las múltiples reclamaciones individuales de los acreedores. El criterio de la prioridad temporal para el cobro de créditos fue sustituido por otro mucho más justo y equitativo como es el de la comunidad de pérdidas y el de la *par conditio creditorum* (previo reconocimiento y clasificación) mediante el cual todos los créditos deben tratados como iguales, pero esta igualdad no debe ser entendida como la idéntica posición de todos los acreedores ante el patrimonio del deudor insolvente, sino como igualdad que actúa sobre aquéllos que sean considerados iguales por la ley.

Así las cosas, frente al sistema tradicional de acciones individuales el proceso de acciones colectivas permite resolver con un sólo proceso lo que serían cientos o miles de reclamaciones individuales, lo cual supone una economía de dinero, tiempo y esfuerzo para todos los legitimados, al librar el conflicto con el trabajo de sólo un proceso, que mientras descarga a los Tribunales de los cientos o miles de procesos individuales que habría que seguir, evita también que se produzcan fallos y resoluciones contradictorias en asuntos que en definitiva emanan del mismo conflicto social.

Sin embargo, hay que ser muy claros en algo: el legislador debe ser muy cuidadoso en articular los derechos que se otorgan a los acreedores individuales de los que tienen como grupo, para que a la postre no se presenten complicaciones en saber a quién corresponde su titularidad a la hora de que tal derecho, o uno afín, es ejercitado.

En el presente trabajo de investigación se expondrá el caso concreto en que la Ley de Concursos Mercantiles mexicana

faculta a que cualquier acreedor, por más bajo que sea su crédito, a denunciar el concurso mercantil de su deudora, pero a la postre no le permite impugnar la fórmula (incluida el tiempo, cantidad y oportunidad) que se elija para pagarle su adeudo, que sea distinta a la subasta de bienes.

Debe decirse que esta regla ha sido tildada como un yerro legislativo en un proceso constitucional, que se encuentra *sub judice* ante la Suprema Corte Mexicana. A lo largo de este trabajo de investigación expondremos por qué razón consideramos que tal planteamiento no prosperará, comenzaremos por señalar las generalidades del procedimiento concursal mexicano, poniendo énfasis tanto en los actos en los que se exige que los acreedores actúen de manera colectiva, como en aquéllos en que se advierte que el acto de un acreedor en lo individual tiene efectos *erga omnes* en sus coacreedores. Después analizaremos en específico la legislación correspondiente, donde aparece el caso y el razonamiento que sostendrá nuestra hipótesis.

1. EL CONCURSO MERCANTIL MEXICANO

Desde el punto de vista gramatical, la Real Academia Española significa por “concurso” una concurrencia o conjunto de personas.

Este es el mismo sentido que se tiene en el ámbito jurídico, donde se afirma que una persona puede sujetarse a concurso cuando no puede hacer frente a sus obligaciones o deudas contraídas con sus acreedores, debido a que su patrimonio resulta inapto para pagar sus deudas, por lo cual, se sujeta a concurso de aquellos, para que en forma equitativa se repartan el activo patrimonial existente y perteneciente al deudor común (JUÁREZ, 2005: 31-32). Por su parte, el término mercantil se utiliza para diferenciarlo de otros procedimientos que atañen a los no comerciantes.

De esta forma, el concurso mercantil puede definirse como el juicio que tiene como objeto aplicar los activos de un comerciante,

personas físicas o morales, para realizar el pago a sus acreedores (CERVANTES, 2000: 18).

Para Francisco José CONTRERAS VACA, el concurso mercantil es un proceso especial de interés público que procura conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de sus obligaciones de pago ponga en riesgo su viabilidad, así como la de las demás con las que mantiene una relación de negocios (CONTRERAS, 2007: 273).

En opinión de Luis Manuel C. MEJAN, que este procedimiento se le denomine “juicio” es un yerro legislativo, pues hay que reconocer que la propia ley prevé posibilidades de llegar a acuerdos extrajudiciales, a una conciliación y a reestructuras².

Otro sector doctrinario señala que también el legislador incurrió en un error conceptual al denominar a este juicio “concurso mercantil”, dado que el *concurso* es una institución jurídica que se aplica de forma exclusiva a personas que ya no pueden hacer frente a sus deudas de carácter civil, mientras que si esta situación le ocurre a una persona que se dedica a la actividad comercial no se concursa, sino se quiebra.

Así pues, aun cuando pareciera que la quiebra y los concursos son cosa idéntica, en realidad se trata de instituciones jurídicas diversas, donde se puede afirmar que el concurso es el género, y la quiebra la especie (JUÁREZ, 2005: 33).

Luego, si sólo el comerciante puede hallarse en estado de quiebra, sólo quien sea comerciante puede ser declarado en quiebra y ser sujeto pasivo del juicio de quiebra. Quien no sea comerciante puede hallarse en estado de concurso de acreedores y ser sujeto pasivo de tal proceso; pero no podrá ser declarado en quiebra. De igual modo, el comerciante no puede ser declarado

² MEJAN, Luis Manuel C. *Las bases de un derecho concursal*, publicado en (<http://www.ifecom.cjf.gob.mx/PDF/estudio/17.pdf>) último acceso 12 de marzo de 2012.

en concurso, sino en quiebra. Concurso y quiebra, son, pues, estados y juicios intransferibles: la quiebra para los comerciantes; el concurso para los no comerciantes (RAMÍREZ, 1998: 156).

1.1. CARACTERÍSTICAS GENERALES

El juicio de concurso mercantil se trata de un procedimiento escrito, que debe ser claro, rápido y equitativo, que sirve para fortalecer la seguridad y convicción jurídica de todos los involucrados, que tiene como finalidad que el comerciante que incumple generalizadamente sus obligaciones de pago sea sujeto de negociación de pasivos o, en su defecto, a la venta de las unidades productivas o bienes que la integran para el pago de las referidas obligaciones (QUINTANO, 2006: 21).

Para el Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles, el concurso mercantil es el procedimiento universal que se somete a un comerciante cuando incumple generalizadamente el pago de sus obligaciones. Tiene como fin conservar las empresas mediante convenio de pago que suscriba con sus acreedores reconocidos y si no es posible, vender la empresa o sus unidades o los bienes que la integran para hacer pago a dichos acreedores.

Según MÉJAN (MÉJAN, 2010: 63-64), los criterios específicos buscados en el diseño de la LCM son:

1. Predictibilidad, transparencia y equidad.
 - a. Reglas claras que ofrezcan certeza y desincentiven litigios vanos.
 - b. Proveer de información suficiente a las partes para que ejerzan sus derechos.
 - c. Reconocer las diferencias entre los derechos de las partes.
2. Maximizar el valor social de la empresa.
3. Respetar las relaciones contractuales preexistentes.

4. Equilibrar los derechos de los interesados.
5. Inducir un flujo de información relevante a las partes.
6. Adecuar los incentivos para propiciar un arreglo voluntario.
7. Apoyar a los jueces en aspectos técnicos y administrativos.
8. Simplificar los trámites judiciales y procedimientos administrativos.

Por lo que hace al procedimiento, BUCIO ESTRADA y CASASA ARAUJO (BUCIO y CASASA, 2006: 23) señalan que las características que presenta este juicio son:

1. Es escrito, al no estar previsto audiencias de desahogo de pruebas, conciliatorias o de vista.
2. Es mixto (entre el dispositivo y el inquisitivo), al existir una cantidad de actos y situaciones procesales a cargo del juez, conciliador y síndico, entre otros, es decir que se llevan a cabo de oficio.
3. Es preclusivo, atendiendo a que las etapas procesales se agotan y precluyen los derechos que no se ejercitaron en las mismas.
4. Es singular, pues ningún proceso laboral, fiscal o con garantía prendaria, hipotecaria o fiduciaria se suspenden y no se acumulan al proceso concursal.
5. Es biinstancial, atendiendo a que la sentencia que declara o no el concurso mercantil es apelable, con lo que se abre la segunda instancia.
6. Es cautelar, cuando este juicio se abre por voluntad propia del deudor, es decir, sin que exista una previa controversia.
7. Es especial, por la simplificación de objetos del proceso, así como por las etapas procesales y simplificación de excepciones; también puede ser de ejecución al no haber otro fin, en el concurso, que un convenio en la conciliación y la venta del activo para pagar el pasivo en la quiebra.

1.2. OBJETIVOS DE LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES MEXICANA

Como principal objetivo, la LCM busca la conservación de la empresa mercantil mediante un acuerdo de su titular con problemas de pago y sus acreedores, y si esto no fuere posible, la venta de los bienes que la integran, para que con su producto se cubran los adeudos de la misma (RODRIGUEZ, 2003: 167). Para conseguir esta finalidad, el procedimiento concursal cuenta con una primera etapa denominada “conciliación” y una subsecuente llamada “quiebra”. Otro objetivo que subyace es el de reducir los abusos procesales a los que se prestaba el procedimiento de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

Para tal fin, con la LCM se introducen varias medidas de carácter procesal, como son, el acotamiento de los plazos aplicables al procedimiento, la no acumulación de otros procedimientos y la reducción de las causas de suspensión del procedimiento, entre otros. Otra medida importante para lograr dicho objetivo fue la creación del Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, el cual está encargado de la supervisión y hasta cierto punto del control del procedimiento de concurso, a través de sus especialistas, evitando que el control del procedimiento quede enteramente en manos del comerciante como sucedía con la suspensión de pagos conforme a la ley abrogada (ROJAS, 2002: 1076).

Ahora, para su operatividad, el Juez se mantiene como el órgano rector del procedimiento concursal, pero debido a que por su vocación generalmente desconoce los motivos financieros y administrativos que generaron el incumplimiento de pago de la empresa, la LCM proporciona al juzgador el auxilio de personas expertas sobre esas ramas, las que denomina “especialistas”, y que dependiendo la etapa del procedimiento se les designará visitador, conciliador o síndico (BLANCO, 2009: 180).

Así, sin ambages, la LCM vino a actualizar el tratamiento de la insolvencia mercantil en México, para lo cual, por un lado

modernizó las figuras adjetivas y subjetivas ya existentes en la otrora legislación, y por otra, incorporó nuevas figuras copiadas de los sistemas desarrollados en mayor medida en los países de derecho anglosajón, inherentes a su sistema económico (ROJAS, 2002: 1076).

Como se ve, esta legislación trajo resultados significativos para el sistema legal mexicano pues revolucionó la manera en que se manejaba la insolvencia; sin embargo, debe reconocerse también que en la LCM se escaparon regulaciones básicas sobre aspectos fácticos que pueden presentarse durante el procedimiento concursal.

De forma global, señala Fauzi Hamdan Amad, los objetivos fundamentales y orientadores de la LCM son:

1. *Dar seguridad al mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económico.* Los regímenes de la insolvencia deben promover la reestructuración de las empresas viables y la administración eficiente de los bienes de los negocios en quiebra.
2. *Obtener el máximo valor posible de los bienes.* Porque así aumentará la cantidad que podrán cobrar los acreedores en general y se reducirá la carga de la insolvencia; este objetivo se logra distribuyendo en forma equilibrada los riesgos asignados entre las partes en el procedimiento.
3. *Ponderar adecuadamente las ventajas de la vía de liquidación y de la vía de reorganización.* Este objetivo se relaciona con el anterior que busca obtener el máximo valor de los bienes, ya que pretende comparar los beneficios que ofrece el cobro de la deuda en el corto plazo mediante la liquidación (con frecuencia es lo que quieren los acreedores garantizados) con los que entraña la reorganización (que por lo general es lo que prefieren y el propio deudor). El logro de este equilibrio repercute en la política social, con acciones como la promoción del desarrollo de la clase empresarial y la protección del empleo.

4. *Lograr una solución oportuna, eficiente e imparcial de insolvencia.* Las situaciones de insolvencia deben resolverse rápidamente para evitar una perturbación indebida en las actividades empresariales del deudor y reducir al mínimo el costo del procedimiento. Con una administración oportuna y eficiente se logrará obtener el máximo valor de los bienes, en tanto que la imparcialidad apoyará el propósito de otorgar un trato equitativo. No obstante, tiene que procurarse liquidar las empresas inviables e ineficientes y salvar las eficientes y potencialmente viables.
5. *Promover la masa de la insolvencia para que pueda efectuarse una distribución equitativa entre los acreedores.* Todo régimen de insolvencia debe preservar la masa de la insolvencia (bienes del deudor que hayan quedado sujetos al procedimiento de insolvencia) e impedir que dichos bienes queden desmembrados prematuramente por acciones individuales de acreedores encaminadas a cobrar sus respectivas deudas, ya que ese proceder suele reducir el valor total del conjunto de bienes disponibles e impedir la reorganización o la venta de la empresa como negocio en marcha.
6. *Garantizar un régimen de la insolvencia transparente y previsible que comprenda incentivos para reunir y facilitar información.* De este modo, los potenciales prestamistas y acreedores podrán comprender cómo funciona el procedimiento y evaluar el riesgo que corren en caso de insolvencia. La previsibilidad les permitirá aclarar las prioridades y prevenir las controversias, estableciendo un marco de referencia para evaluar los derechos y riesgos relativos. Respecto del deudor, se debe velar por que se disponga de la información suficiente y adecuada sobre su situación, que le ofrezca incentivos para alentarle a revelar su posición y se le impongan sanciones si no lo hace.

7. *Reconocer los derechos existentes de los acreedores y establecer reglas claras para determinar el grado de prelación de los créditos.* Es importante que haya normas claras para definir el orden de prelación de los créditos ya existentes o posteriores a la apertura del procedimiento, para así ofrecer previsibilidad a los prestamistas y lograr la confianza en el procedimiento.
8. *Establecer un marco para la insolvencia transfronteriza.* Se busca fomentar la coordinación entre los ordenamientos jurídicos y facilitar la prestación de asistencia en la administración de los procedimientos de insolvencia que se originen en otro país, incluido el reconocimiento de las actuaciones extranjeras, mediante la adopción de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la Insolvencia Transfronteriza³.

1.3. PRESUPUESTOS DEL CONCURSO MERCANTIL

Los presupuestos pueden ser de dos categorías: materiales o sustantivos y formales o procesales.

Por los primeros se entiende al conjunto de circunstancias necesarias, las cuales deben presentarse conjuntamente, para que sea declarada una persona en concurso mercantil. Sin condiciones o elementos, que de no concurrir todos, no hay estado de concurso mercantil. Estos presupuestos del concurso mercantil son los requisitos necesarios para que quien promueva una demanda pueda obtener una sentencia que declare procedente la acción concursal y constituya al demandado en estado de concurso mercantil (ZAMANILLO, 2003: 17).

³ Documento consultable en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/insolvency-s.pdf> último acceso 13 de marzo de 2012.

Dichos presupuestos son dos: 1. Que el deudor ostente la calidad de comerciante y 2. Incumplimiento generalizado de sus obligaciones de pago.

Por lo que hace a la segunda categoría, es decir, los presupuestos formales o procesales del concurso mercantil, son los supuestos sin los cuales no puede iniciarse ni desenvolverse válidamente el procedimiento concursal mercantil. Los presupuestos procesales deben existir desde iniciado el proceso y subsistir durante éste (ZAMANILLO, 2003: 17).

Así, los presupuestos procesales son tres: 1. La demanda; 2. La competencia del juez, y 3. La capacidad procesal de las partes.

Para los fines de este artículo, únicamente nos ocuparemos en desarrollar los de la primera categoría.

1.3.1. *La calidad de comerciante*

La parte pasiva del proceso concursal es toda aquella persona física o jurídica que tiene legitimación pasiva para ser llevada al concurso; no estando legitimada pasivamente, como previamente se apuntó, aquellas que no sean consideradas como comerciantes; por ejemplo, una persona física dedicada al ejercicio profesional independientes o personas jurídicas constituidas conforme a la legislación civil, tales como las asociaciones civiles o sociedades civiles.

Así, para los efectos de la LCM, el primer requisito se puede colmar por cualquier persona física o jurídica, nacional o extranjera, organizadas conforme a alguno de los tipos de sociedades mercantiles legalmente establecidos, independientemente de las actividades a que se dediquen. Adicionalmente, la legislación permite que se declare en concurso mercantil a un patrimonio fideicomitido, a las sociedades controladoras y/o controladas, a los concesionarios públicos, a las instituciones de crédito, a las organizaciones auxiliares del crédito y a las empresas de participación estatal.

Debe quedar sentado, además, que no por el hecho de que el deudor haya perdido el carácter de comerciante quede excluida la posibilidad de declararlo en concurso, si para ello logra probarse que era comerciante en el momento de contraer las deudas por cuya falta de pago se pide la quiebra, ya que el acreedor sólo puede disfrutar de las garantías que le competían cuando el crédito nació y es por la misma razón que el deudor no puede sustraerse a la quiebra, por cesar en el comercio aun cuando sea antes del vencimiento de la deuda.

Ahora bien, la legislación mexicana determina a los comerciantes, ya sean personas físicas o morales, a través de dos enfoques: a las primeras, objetiva y subjetivamente, y a las segundas, de manera formalista.

Criterio subjetivo. Son comerciantes aquellas personas que conforme al derecho, no siendo comerciantes, con establecimiento fijo o sin él, realicen accidentalmente alguna operación de comercio y queden por ello sujetos a la legislación mercantil.

Criterio objetivo. Son comerciantes las personas con capacidad legal, hábiles para contratar y obligarse, que ejerzan actos de comercio y que hagan de éste su ocupación ordinaria.

Criterio formalista. Son comerciantes las personas morales que se constituyan con arreglo a la legislación mercantil, previa satisfacción de los requisitos establecidos en la misma, así como demás leyes del país (QUINTANA, 2001: 104).

Al respecto se hace notar que la LCM concibe al comerciante de forma amplia, por lo que basta que sea una persona que realice actos de comercio, aunque no lo realice como su actividad habitual. Según Juárez Horta, esta óptica es acorde con la concepción moderna del término comerciante, en tanto que paulatinamente dicho concepto ha evolucionado junto con el devenir social: en un principio era considerado como comerciante el individuo que mediante una especulación hacía del comercio su actividad habitual, mediante la compraventa de mercancías, persiguiendo

con ello un lucro. Esta concepción refleja la corriente subjetiva del acto de comercio (JUÁREZ, 2005: 39-40).

Se dice que tal concepción ha evolucionado, ya que no se requiere de la compraventa de mercancías para ser comerciante. Personas físicas o morales que realizan profesionalmente actos de comercio también se reputan como comerciantes, inclusive, sin que éstas realicen actividades comerciales.

La LCM expone tres hipótesis para que sea declarado en quiebra el comerciante: a) cuando el propio comerciante así lo solicite directamente al juez; b) cuando haya transcurrido el término para la conciliación (incluidas sus prórrogas), y c) cuando el conciliador la solicite en virtud de no existir en la etapa conciliatoria disposición por parte del comerciante para suscribir un convenio éste haya incumplido uno anterior.

1.3.2. *Incumplimiento generalizado de sus obligaciones de pago*

Para MÉJAN, este elemento es el detonador del concurso mercantil (MEJAN, 2010: 114). Se dice que un comerciante se ubica ante un incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones cuando:

1. En el caso del concurso voluntario: el comerciante solicite su declaración en concurso mercantil y cumpla, alternativamente con cualquiera de las dos posibilidades siguientes:
 - a. Incumplimiento en las obligaciones a dos o más acreedores, siempre y cuando dichas obligaciones tengan al menos 30 días hábiles de haber vencido y no hayan sido pagadas y representen al menos 35% del total de sus obligaciones, o
 - b. El comerciante no tenga activos para hacer frente a por lo menos el 80% de las obligaciones vencidas.

2. En el caso del concurso necesario: cualquier acreedor o el Ministerio Público demanden la declaración de concurso mercantil del comerciante, y éste se ubique, simultáneamente, en los dos supuestos anteriores.

Adicionalmente, la LCM presume *iuris tantum* que el comerciante incumplió en el pago de sus obligaciones cuando haya:

1. Inexistencia o insuficiencia de bienes en qué trabar ejecución al practicarse un embargo.
2. Incumplimiento en el pago de obligaciones a dos o más acreedores.
3. Ocultación, ausencia o cierre de la empresa, sin dejar a alguien que pueda cumplir con sus obligaciones.
4. Acudir a prácticas ruinosas, fraudulentas o ficticias para atender o dejar de cumplir sus obligaciones
5. Cualquier otro caso de naturaleza análoga.
6. Ante el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal.

Como se ve, la LCM se basa en la iliquidez del comerciante (incapacidad de atender las obligaciones económicas a su vencimiento), con independencia que se encuentre en estado de insolvencia (pasivos mayores que activos).

Lo anterior es acertado, pues como señala RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ, desde un punto de vista económico, la insolvencia es diferente de los incumplimientos y desequilibrios aritméticos del balance. El incumplimiento puede ser por causa ajenas a la insolvencia. El cumplimiento o incumplimiento son hechos jurídicos, pero la insolvencia es un hecho económico y contable. Por esto puede haber incumplimiento y ser solvente o se puede haber de insolvencia sin incumplimiento. Lo primero puede ocurrir si el deudor simplemente no paga y lo segundo si el deudor recurre a procedimientos fraudulentos para cumplir (RODRÍGUEZ, 2010: 270-271).

Así, queda claro que la insolvencia corresponde a un desequilibrio aritmético dentro del patrimonio que puede ser de naturaleza transitoria, mientras que incumplimiento de pagos es un fenómeno patrimonial que supone un estado general que impide al comerciante cumplir con sus obligaciones líquidas y vencidas. El incumplimiento que caracteriza a ambas figuras tiene que ser de tal magnitud y permanencia que el deudor se vea imposibilitado de pagar sus deudas, por lo que debe destacarse el incumplimiento estrictamente temporal, que puede subsanarse de manera fácil con posterioridad.

Tampoco el desequilibrio aritmético es insolvencia ya que las empresas modernas pueden vivir del crédito, y aun cuando tengan más pasivo que activo pueden atender puntualmente sus obligaciones, por lo que en la materia de concursos mercantiles no es aplicable el concepto de insolvencia (RODRÍGUEZ, 2010: 270-271).

1.3.3. *Pluralidad de acreedores*

La doctrina no es uniforme si la pluralidad de acreedores amerita ser un presupuesto formal del concurso mercantil.

Quienes apoyan esta postura sostienen que el comerciante deudor debe tener por lo menos dos acreedores, ya que el concurso mercantil es un procedimiento universal y, por ende, resulta indispensable que una pluralidad de acreedores reclamen el pago de sus créditos; de lo contrario su tramitación sería estéril debido a que el acreedor individual puede acudir a las vías ordinarias o ejecutivas para hacer valer su crédito⁴.

En cambio, los de la corriente opuesta señalan que la pluralidad de acreedores no es un presupuesto dado que la LCM prevé casos

⁴ Cfr. CASTILLO LARA, Eduardo. *op. cit.*, p. 14; SANROMÁN MARTÍNEZ, Luis Fernando, *ob. cit.*, p. 37.

donde puede declararse en concurso mercantil a un comerciante aún sin que se acredite tal pluralidad⁵.

Nos sumamos a esta última postura, dado que la pluralidad de acreedores no es necesaria para comenzar el procedimiento, ya que incluso éste puede iniciarse a petición de un solo acreedor; empero, se reconoce que tal requisito sí es indispensable para la declaración de la existencia del concurso mercantil (JIMÉNEZ, 2003: 241).

2. ACTOS QUE DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE CONCURSO MERCANTIL DEBEN REALIZAR LOS ACREEDORES DE MANERA COLECTIVA

A continuación se presenta una lista de actos que la LCM exige que se realicen por dos o más acreedores, excluyendo por tanto aquellos en que se les faculta actuar individualmente:

1. En la etapa de conciliación, la comerciante buscará finalizar el concurso mercantil mediante la suscripción de un convenio, el cual, para ser eficaz, deberá ser suscrito por aquellos acreedores que representen más del cincuenta por ciento de la suma del monto total reconocido a los acreedores comunes, subordinados, y con garantía real o con privilegio especial.
2. Las mencionadas mayorías tendrán a su vez la facultad de demandar la aclaración del convenio que hayan suscrito, en caso de que existan cambios en las circunstancias, que afecten de manera grave su cumplimiento.

⁵ Al respecto, se citan como ejemplos la declaración de concurso mercantil al comerciante que no colabora, obstruye la visita del visitador o no le proporciona a éste los datos necesarios para que pueda producir su dictamen; cuando el comerciante no desvirtúa las presunciones legales de que se encuentra en estado de concurso; al comerciante que no contesta la demanda. *Cfr.* ZAMANILLO CERVANTES, Francisco J. ob. cit., pp. 45-47.

3. El convenio podrá ser vetado por aquéllos acreedores comunes que no lo hayan suscrito, cuyos créditos reconocidos representen conjuntamente más del cincuenta por ciento del monto total de los créditos reconocidos a dichos acreedores.
4. Si el concurso mercantil inició por la denuncia de dos o más acreedores, para el caso de un desistimiento deberá existir consentimiento expreso de todos ellos.
5. Sólo los acreedores que representen por lo menos el diez por ciento del monto de los créditos a cargo del Comerciante, tendrán derecho a nombrar o remover al interventor, quien tiene a su cargo la representación de los intereses del grupo de acreedores que lo hubiere designado.
6. Para ejercer la acción de responsabilidad consistente en la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la realización de actos en fraude de acreedores, necesita la reunión de la quinta parte de los acreedores reconocidos, o bien, los acreedores que representen, en su conjunto, al menos el veinte por ciento del monto total de los créditos reconocidos.
7. Se podrán presentar solicitudes de reconocimiento de créditos colectivos, sin perjuicio de que cualquier acreedor del crédito colectivo comparezca a solicitar su reconocimiento individual.
8. Los acreedores reconocidos que representen más del cincuenta por ciento del monto total de los créditos reconocidos podrán solicitar al juez una prórroga de noventa días adicionales al plazo establecido para la etapa de conciliación. Esta prórroga podrá ser ampliada hasta por noventa días más en caso de que la solicitud provenga de acreedores que representen al menos el setenta y cinco por ciento del monto total de los créditos reconocidos.

9. Los acreedores reconocidos que representen al menos la mitad del monto reconocido podrán solicitar la sustitución del conciliador o del síndico, proponiendo uno diferente.
 10. Para manifestar su desacuerdo con la propuesta de enajenación de la masa de un modo distinto a la subasta, se requerirá oposición de la quinta parte de los acreedores reconocidos, o de los acreedores reconocidos que representen, en su conjunto, al menos el veinte por ciento del monto total de los créditos reconocidos.
 11. Para manifestar su intención de dar por terminado el procedimiento de concurso mercantil deberá existir consentimiento de la concursada y la totalidad de acreedores reconocidos.
3. ACTOS EN QUE EL EJERCICIO DE UN DERECHO POR PARTE DE UN ACREEDOR INDIVIDUAL, BENEFICIA A SUS COACREEDORES
1. Ejercer la acción para declarar en concurso mercantil a una empresa que ha incumplido generalizadamente con el pago de sus obligaciones, así como para solicitar la adopción de medidas precautorias en su contra.
 2. En caso de que el visitador no se presente a realizar su labor, los acreedores demandantes podrán solicitar la designación de un visitador sustituto.
 3. Cualquier acreedor podrá recoger la documentación necesaria a efecto de publicitar de la sentencia que declare el concurso mercantil, si es que el conciliador no cumple con esa obligación.
 4. La presentación de recursos (remedios procesales) contra las sentencias que emita el juez concursal, o contra el nombramiento que haga de los especialistas.

5. La denuncia de los actos y omisiones de los especialistas que no se apeguen a la LCM.
 6. La solicitud hecha al juez para que amplíe hasta por tres años la fecha de retroacción, es decir, la fecha hacia el pasado que abarcará, y declarará nulos, todos los actos cometidos por la comerciante en fraude de sus acreedores.
 7. Cualquier acreedor podrá solicitar la reapertura del concurso mercantil concluido por insuficiencia de bienes, si en el plazo de dos años acredita que existen bienes suficientes para pagar determinados créditos.
 8. Cualquier acreedor podrá solicitar la sustitución de los especialistas, siempre que tengan conocimiento que cuentan con un impedimento legal para ejercer su labor.
4. ANÁLISIS DE INCONSTITUCIONALIDAD
DE LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES

Como antes se explicó, el concurso mercantil mexicano tiene por objetivo la conservación de la empresa mercantil mediante un acuerdo de su titular con problemas de pago y sus acreedores, y si esto no fuere posible, la venta de los bienes que la integran, para que con su producto se cubran los adeudos de la misma. También dijimos que el concurso mercantil puede ser iniciado por un solo acreedor, lo cual viene a beneficiar *erga omnes* a sus demás coacreedores.

A pesar de esto, el legislador mexicano plasmó en el texto que un acreedor individual, aun teniendo la facultad de iniciar un proceso de concurso mercantil (*supra* 4.1) no puede impugnar el procedimiento que elija el especialista para enajenar el activo distinto a la subasta (*supra* 5.10), si es que su crédito no corresponde al menos al veinte por ciento del monto total de los créditos reconocidos.

Como vemos, el acreedor individual cuyo crédito puede ir desde menos del uno por ciento, hasta antes del veinte por ciento, tendrá legitimación para demandar a su deudora, pero no para cuestionar la forma, tiempo y cantidad en que será pagado. Incluso, esta proscripción se extiende al grado de no poder impugnar la fórmula elegida por el especialista –distinta a la subasta– que no sea suficiente para cubrirle su adeudo.

¿Existirá una razón por la que el legislador ordinario prefirió que sólo los acreedores cualificados, o bien, los que se reúnan en una colectividad cualificada, puedan cuestionar la fórmula con que el especialista liquidará sus créditos, siempre que ésta sea una forma distinta a la subasta?

Esta cuestión es la que se plantea en el expediente denominado “amparo en revisión” 600/2013 ante la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, donde un acreedor plantea la inconstitucionalidad de la LCM por no permitirle impugnar el procedimiento de liquidación de créditos elegido por el especialista –distinto a la subasta– que deviene insuficiente para cubrirle su crédito.

Hemos reservado el siguiente aparatado para examinar los conceptos de inconstitucionalidad que el mencionado acreedor estima se ocasionan en su perjuicio.

4.1. ANÁLISIS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA FÓRMULA ELEGIDA PARA ENAJENAR EL ACTIVO

Como se explicó, la LCM dispone que siempre que lo justifique, el Síndico podrá solicitar al juez concursal la autorización para enajenar cualquier bien o conjunto de bienes, a través de un procedimiento distinto a los previstos en ley.

Dadas las vistas correspondientes, el juez analizará las objeciones hechas por, entre otros sujetos, los acreedores reconocidos, pero sólo las tomará en cuenta si provienen de la

quinta parte del total de acreedores reconocidos, o bien, si ellos representan, en su conjunto, al menos el veinte por ciento del monto total de los créditos reconocidos.

Como se ve, el legislador ordinario arropó exclusivamente a una colectividad cualificada de acreedores, la facultad de objetar el procedimiento de enajenación de bienes distinto al previsto en ley.

El análisis de inconstitucionalidad de esa regla, tal como lo hizo el quejoso en el “amparo en revisión” 600/2013 ante la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, parte de las siguientes premisas:

- 1. Violación al derecho de audiencia previa.** No se logra entender para qué efectos la legislación concursal prevé que con la propuesta de venta realizada por el síndico se dé vista a los acreedores, si finalmente sólo se escuchará a quienes actúen de forma colectiva a través de una mayoría calificada.
- 2. Violación al derecho de igualdad.** En tanto no existen bases sólidas para estimar que el derecho de oposición sólo pertenece a un colectivo de acreedores. Incluso, una diversa norma prevé que este derecho de oposición podrá ejercerlo el comerciante declarado en concurso mercantil, es decir, el deudor común tiene un derecho que no se le otorga precisamente a quienes se les debe.
- 3. Violación al derecho de acceso a la justicia.** Pues se restringe a los acreedores individuales que presenten objeciones en cuanto a la forma, tiempo y cantidad en que serán pagados. Incluso, si el Síndico prevé una fórmula en que no será pagado ese acreedor individual, no se logra entender por qué no tendría la oportunidad de defenderse.
- 4. Violación a la garantía de tutela jurisdiccional efectiva.** Al no ser palmarias las razones del porqué existe la limitación antes explicada, tampoco se advierte la pretensión de conseguir una finalidad constitucionalmente válida, y por

el contrario, la norma se antoja como una medida impuesta al acreedor común que no resulta apta la consecución de la misma.

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Primeramente debe señalarse que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México aún no ha resuelto el “amparo en revisión” 600/2013, y por tanto no ha fijado posición respecto a la posible inconstitucionalidad de la LCM en el aspecto abordado.

Sin embargo, y a manera de conclusión, hemos de exponer que estimamos que los argumentos de inconstitucionalidad planteados por ese acreedor no prosperarían en tanto está olvidándose de un principio pilar del concurso mercantil, el de la *par conditio creditorum*, el que si bien nos enseña que todos los créditos deben tratados como iguales, dicha igualdad no significa idéntica posición de todos los acreedores ante el patrimonio del deudor insolvente, sino como igualdad que actúa sobre aquéllos que sean considerados iguales por la ley.

Esto se entiende, si atendemos a que la propia traducción de la locución latina de tal principio no deja lugar a dudas sobre su sentido: *par, paris* es un adjetivo que manifiesta igualdad o semejanza; *conditio, conditionis* es un sustantivo que significa trato, naturaleza o, si se quiere, condición. Por tanto, este concepto predica la igual condición entre los acreedores.

En ese sentido, nos hallamos ante un principio de igualdad, en tanto se entiende que la igualdad de trato de los acreedores dirige y justifica el procedimiento concursal, de forma que la concurrencia sólo pasaría a tener sentido en cuanto todos los créditos sean tratados como iguales.

Como se ve, bajo este principio, no puede darse un trato igual a todos los acreedores, por lo que en el ejemplo analizado en el

presente artículo, consideramos que es correcto exigir un mínimo porcentaje de acreedores para decidir sobre el procedimiento que será utilizado por el especialista para la venta del activo concursal; lo cual derrota cualquier argumento de inconstitucionalidad como los arriba planteados.

BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO GÓMEZ, Roberto. *De los informes que deben rendir los especialistas durante el procedimiento de concurso mercantil*, en Revista del Instituto de la Judicatura Federal, núm. 28, IIJ CJF, México, 2009, p. 180.
- BUCIO ESTRADA, Rodolfo y CASASA ARAÚJO Aldo. *Concursos mercantiles. Procesos y procedimientos en México*, Porrúa, México, 2006, p. 23.
- CERVANTES MARTÍNEZ, Jaime Daniel. *Manuel de Prevención de quiebra*, Cárdenas Editores, México, 2000, p. 18.
- CONTRERAS VACA, Francisco José. *Derecho procesal mercantil*. Oxford University press, 2007, p. 273.
- JIMÉNEZ CASTRO, Julio César. *Ley de concursos mercantiles*, en Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia, núm. 1, IIJ-UNAM, México, 2003, p. 241.
- JUÁREZ HORTA, Luis Eduardo. *La inconstitucionalidad de los concursos mercantiles*. Porrúa, México, 2005, p. 33.
- MÉJAN, Luis Manuel. *Concursos mercantiles. Ayuda de memoria*, Oxford University Press, México, 2010, pp. 63-64 Porrúa, México 2001, p. 295, voz: "Ley de Concursos Mercantiles".
- QUINTANO ADRIANO, Elvia Arcelia (coord.). *Diccionario de derecho mercantil*.
- QUINTANO ADRIANO Elvia Arcelia. *Concursos Mercantiles. Doctrina, ley y jurisprudencia*, 2ª ed., Porrúa, México, 2006, p. 21.

- RAMÍREZ, José A. *La quiebra*, Barcelona, Ed. Bosch, 2ª ed., 1998, p. 156.
- RODRÍGUEZ MEJÍA, Gregorio. *Síntesis de la Ley de Concursos Mercantiles* en *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año II, núm. 5, mayo-agosto 2003, México, p. 167.
- RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ, Joaquín. *Derecho mercantil*, t. II, p. 270-271, citado por SANROMÁN MARTÍNEZ, Luis Fernando. *Concursos mercantiles*. UP-Porrúa, México, 2010, p. 31.
- ROJAS VÉRTIZ, Rosa María. *El nuevo concurso mercantil en México*, en *BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO*, núm. 105, septiembre-diciembre 2002, IIJ-UNAM, México, 2002, p. 1076.
- ZAMANILLO CERVANTES, Francisco J. *Los presupuestos del concurso mercantil: una perspectiva crítica*, Porrúa, México, 2003.

Esta obra se terminó de imprimir
en septiembre de 2014
en los Talleres Digitales de
GRUPO EDITORIAL IBAÑEZ, S.A.S.
Cra. 69 Bis No. 36-20 Sur
Tels: 2300731 - 2386035
Bogotá, D.C. - Colombia