

PRESENTACIÓN
José Thompson J.

LA FAMILIA EN EL CONTEXTO JURÍDICO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD
Enna Espinosa

EL ENREDO SEMÁNTICO DE LOS DERECHOS HUMANOS
Ana Gaitán Uribe

UNA MIRADA A LA VIGENCIA EFECTIVA DEL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS
PRIVADAS DE LIBERTAD EN LA REPÚBLICA DE ARGENTINA
Gabriela García Minella

HACIA UN REDIMENSIONAMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES
Víctor Malpartida Castillo

EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO DE
LAS PERSONAS MIGRANTES EN ARGENTINA
Santiago Roca

LA CONSOLIDACIÓN DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EN MÉXICO, EN EL SIGLO XXI.
INTERPRETACIÓN Y EXPERIENCIA JUDICIAL, DESDE LA PERSPECTIVA
DE LOS DERECHOS HUMANOS. REALIDAD SOCIAL Y
FILOSOFÍA POLÍTICA, CON UN ENFOQUE DIFERENCIADO
Josué San Miguel Mora

*El proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias
de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:
Breve recorrido por las resoluciones emitidas entre 2013 y 2016*
Natalia Urbina

Enero - Junio 2017

65

Enero - Junio 2017



REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Corrección de estilo: José Benjamín Cuéllar M.

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca

Impresión litográfica: Versalles S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, telef., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación	7
<i>José Thompson J.</i>	
La familia en el contexto jurídico social de la discapacidad	11
<i>Emna Espinosa</i>	
El enredo semántico de los derechos humanos	69
<i>Ana Gaitán Uribe</i>	
Una mirada a la vigencia efectiva del derecho a la salud de las personas privadas de libertad en la República de Argentina	101
<i>Gabriela García Minella</i>	
Hacia un redimensionamiento de los derechos humanos laborales	167
<i>Víctor Malpartida Castillo</i>	
El derecho de acceso a la justicia y la garantía del debido proceso de las personas migrantes en Argentina	215
<i>Santiago Roca</i>	
La consolidación de la jurisdicción indígena en México, en el siglo XXI. Interpretación y experiencia judicial, desde la perspectiva de los derechos humanos. Realidad social y filosofía política, con un enfoque diferenciado	281
<i>Josué San Miguel Mora</i>	

El proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: breve recorrido por las resoluciones emitidas entre 2013 y 2016 329
Natalia Urbina

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 65 de su Revista IIDH, publicada ininterrumpidamente desde 1985. Esta edición ofrece los artículos de exalumnos y exalumnas del XXXIV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, efectuado en 2016. Se trata de Emna Espinosa, panameña; Ana Gaitán Uribe, mexicana; Gabriela García Minella, argentina; Víctor Malpartida Castillo, de Perú; Santiago Roca, de Argentina; Josué San Miguel Mora, mexicano; y Natalia Urbina, de Argentina.

En su artículo “La familia en el contexto jurídico social de la discapacidad”, Emna Espinosa explica la necesidad de adoptar los enfoques inclusivo, diferencial, de género y de derechos en la formulación de políticas públicas para la protección efectiva de los derechos humanos de las unidades familiares en las que haya una o más personas con discapacidad. Por su papel primordial en la educación y la socialización de sus integrantes, en las políticas sociales de atención a las personas con discapacidad se debe responder al principio que sitúa a la familia como su núcleo primario de pertenencia y principal cuidadora, para que sean capaces de configurar una vida autónoma e independiente mediante el acceso a oportunidades para su desarrollo integral.

Por su parte, Ana Gaitán en “El enredo semántico de los derechos humanos” aborda la polémica surgida alrededor de la llamada proliferación de derechos –todo puede ser definido como derecho– frente a la consideración de que son un conjunto cerrado, analizando su naturaleza y evaluando si la primera

postura se debe a una insuficiente comprensión conceptual. En su análisis, se basa en las distintas corrientes filosóficas que definen lo que son los derechos humanos, cuestión para la cual aparentemente no hay límites ni medida; asimismo, revisa su justiciabilidad y exigibilidad, la introducción de intereses colectivos y los derechos vistos como el resultado de un esfuerzo colectivo.

En “Una mirada a la vigencia efectiva del derecho a la salud de las personas privadas de libertad en la República de Argentina”, artículo de Gabriela García Minella, a partir del análisis de los parámetros de exigibilidad y justiciabilidad de los DESC y el proceso de reconocimiento jurídico del derecho a la salud en su país, la autora describe su alcance y vigencia respecto de las personas privadas de libertad en el contexto de las condiciones carcelarias. Sus fuentes son la legislación vigente tanto nacional como internacional, informes de organizaciones de la sociedad civil, fallos judiciales nacionales recientes, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incorporada al derecho interno mediante el ejercicio del control de convencionalidad.

En “Hacia un redimensionamiento de los derechos humanos laborales”, Víctor Malpartida analiza la materialización de la obligatoriedad de los derechos humanos laborales –cuya justiciabilidad suele ser objeto de debate– en el sistema interamericano, visto este en sus dimensiones normativa e institucional. Conceptualiza los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) así como su tratamiento diferenciado respecto de los civiles y políticos, que es su principal problema pese a la indivisibilidad de los derechos humanos; recorre los distintos instrumentos que contienen los derechos humanos laborales y el tratamiento que les ha dado en ciertos fallos la Corte

Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), instancia que ha actuado –asegura el autor– “de la manera más imaginativa” respecto de los DESC.

En “El derecho de acceso a la justicia y la garantía del debido proceso de las personas migrantes en Argentina”, de Santiago Roca, se parte de la constatación del incremento de los flujos migratorios debido a –entre otras causas– al “aumento de las desigualdades entre los países, así como por la proliferación de conflictos y guerras civiles”, y el consecuente sufrimiento y vulnerabilización de quienes emigran, particularmente las mujeres.

Señala además que, pese a la existencia de normativa específica de protección, también se han incrementado las violaciones de los derechos humanos de esta población. Al abordar los derechos de las personas migrantes y las obligaciones estatales, analiza las distintas normas en este campo dentro de la República de Argentina, cómo afectan su derecho de acceso a la justicia y la respectiva jurisprudencia.

En “La consolidación de la jurisdicción indígena en México, en el siglo XXI. Interpretación y experiencia judicial, desde la perspectiva de los derechos humanos. Realidad social y filosofía política, con un enfoque diferenciado”, Josué San Miguel Mora sostiene que es “imprescindible que se reconozca expresamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la jurisdicción indígena y se cree un marco regulatorio que la haga efectiva, para evitar la discriminación de la que son víctimas [...]”. Sustenta su postura en que son insuficientes las resoluciones judiciales adoptadas con base en el artículo 2 constitucional; asimismo, argumenta que el derecho indígena es un derecho de los pueblos consagrado en diversos instrumentos nacionales e internacionales.

En su trabajo, titulado “El proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: breve recorrido por las resoluciones emitidas entre 2013 y 2016”, Natalia Urbina examina dicho procedimiento enfocándose en sus diversas facetas, a saber: la justicia eficaz, el efecto útil de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la impunidad, la Organización de los Estados Americanos respecto del artículo 65 de la CADH, el control de convencionalidad, las reparaciones y los recursos financieros de los que dispone la Corte IDH para efectuarlas. En su análisis se reflejan las dificultades que se enfrentan en el cumplimiento de sentencias y resoluciones del tribunal interamericano, que disminuyen su eficacia y menoscaban la protección a las víctimas.

Además de agradecer a las autoras y autores de los artículos reseñados –cuya contribución ha hecho posible una nueva edición de la Revista IIDH– le invito a que nos envíe su aporte a este esfuerzo pionero en la región dirigido a difundir doctrina, jurisprudencia y estudios diversos sobre los derechos humanos que dio paso a la primera publicación periódica en la materia, mantenido desde 1985 con dos números anuales.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH

La familia en el contexto jurídico social de la discapacidad*

*Emna Espinosa***

Introducción

La familia, vista desde una concepción social, es considerada la unión socio natural por excelencia que ejerce como función primordial la de formar al ser humano en valores éticos y de pertenencia, ante la responsabilidad de contribuir al progreso y desarrollo las naciones en el ejercicio de una vida autónoma e independiente, aspecto medular sobre el cual descansa el presente ensayo.

Este enfoque general de la familia ha sido reconocido en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos aprobados por la comunidad internacional de manera general y específica, para una temática determinada. Estos tratados

* Trabajo de investigación para optar al certificado académico del XXXIV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, febrero 2017.

** Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá y magíster en Gestión de Políticas Públicas para la Inclusión Social de las personas con discapacidad y sus familias. Integrante de la Comisión Nacional Permanente para velar por el cumplimiento y seguimiento de los compromisos adquiridos por Panamá en el ámbito nacional e internacional en materia de derechos humanos y parte del Comité para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (CEDDIS) de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Actualmente, directora nacional de Políticas Sectoriales para las Personas con Discapacidad de la Secretaría Nacional de Discapacidad (SENADIS) de la República de Panamá.

forman parte de toda la estructura jurídica de los Estados que los han suscrito; no obstante, entre su adopción y su cumplimiento existen brechas que se han ido acortando con el tiempo pero que persisten y traen consigo violaciones flagrantes de los derechos humanos. A través de estas letras se destaca el rol que por tradición desempeña en la educación del individuo, enfatizando su aporte y contribución al proceso de la inclusión social.

Los cambios y las transformaciones sociales traen consigo la necesidad de regular aspectos significativos en el escenario de los derechos humanos, tomando en consideración que la lucha constante por su respeto impone retos. Uno de ellos, busca ampliar la concepción de la familia e imponerle un nuevo rol que toma preponderancia cuando se está frente a la discapacidad; rol que es visto desde el escenario de la progresividad de los derechos humanos.

Los cambios sociales exigen de nuevas formas para su concreción y satisfacción. No se trata de alterar el papel de un padre, de una madre, de un tutor o del responsable directo del cuidado y la atención de una persona con discapacidad, que son tan antiguos como la existencia misma de la vida; se trata de efectuar ajustes razonables en todas las áreas sociales, a fin de eliminar las barreras que siguen siendo una limitante para el goce y disfrute de los derechos de las personas con discapacidad. Estas barreras también son un obstáculo para la vigencia plena de los derechos de la familia. Actualmente, el papel de esta pasa desapercibido al considerarse una función propia de la naturaleza humana, pero que en el escenario jurídico y social es de gran trascendencia por ser un medio eficaz para garantizar los derechos humanos de este segmento poblacional.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) representa un invaluable

instrumento para la garantía, defensa y protección de los derechos humanos en el ámbito interno de los Estados. Este conjunto de prerrogativas esenciales para la persona humana “de manera individual y como ser social” dan paso a consideraciones poco analizadas o atendidas a la fecha, en la medida que se presente una situación donde la discapacidad sea parte de un hogar.

La salvaguarda de la familia es indiscutible porque de esta también depende la satisfacción de los derechos de las personas con discapacidad. Aquella se transforma en un instrumento eficaz para el alcance de este logro, sobre todo para quienes presentan una condición de discapacidad profunda y permanente cuya dependencia de alguno de los integrantes del hogar es absoluta. La persona que tiene a su cargo esta responsabilidad requiere de una protección diferenciada frente al resto de los individuos, pues de su bienestar en todos los aspectos depende la vida de quien tiene a su cuidado.

El trabajo presentado muestra una visión integral en cuanto a las políticas públicas, la discapacidad y la familia, que es considerada como base esencial de la inclusión social de las personas con discapacidad.

I. La familia en el contexto jurídico social de la discapacidad

En 1948, con la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH), se reconoció formalmente a nivel internacional la institución de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, al igual que el derecho de esta a su protección social y estatal así consignado en este instrumento declarativo y uniforme para las naciones¹.

1 Organización de las Naciones Unidas. *Declaración Universal de los Derechos*

Este documento recoge una serie de derechos esenciales para la persona en su doble manifestación: como ser individual y como parte de la sociedad. De allí que, en ambos escenarios, el Estado tiene el deber de establecer una estructura social encaminada a su respeto y protección.

La Carta de las Naciones Unidas marca un hito en la historia de los derechos humanos. Con esta, los Estados deciden reafirmar “la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”². Siendo así, las directrices establecidas en su texto constituyen un estándar común en cuanto a derechos humanos se refiere. En la misma, se establece el compromiso internacional de legislar conforme a sus principios constitutivos dirigidos a la protección y promoción de los derechos humanos en general.

Sobre el particular, Travieso –en cuanto a la relación entre la Carta de las Naciones Unidas y los derechos humanos– en términos precisos señala que esta “ha sido el punto de partida del desarrollo del derecho internacional contemporáneo. Quedaron en el pasado la Sociedad de las Naciones, la Carta del Atlántico de 1941, la Declaración de las Naciones Unidas de 1942 y los demás antecedentes normativos. Las disposiciones de la Carta constituyen, la primera manifestación concreta de normas internacionales en materia de derechos humanos”³.

Humanos, Asamblea General, Resolución N° 217 (III) A, 10 de diciembre de 1948, disponible en http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf (acceso 18/10/2017).

2 Organización de las Naciones Unidas. *Carta de las Naciones Unidas*, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, 26 de junio de 1945, San Francisco, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0002> (acceso 25/10/2017).

3 Travieso, Juan Antonio. *Derechos humanos y derecho internacional. Los derechos humanos en el sistema de la ONU*, 2ª edición, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 1996, p. 258.

El reconocimiento internacional que efectúa la DUDH instituye la obligación del Estado y la sociedad de trabajar en vías de salvaguardar a la familia, como grupo natural primario. Es una responsabilidad directa del Estado –como gran administrador– y de los administrados como parte fundamental y constitutiva del mismo.

La protección que refiere la Carta de las Naciones Unidas implica diversos factores a considerar, que van desde la formulación e implementación de políticas públicas encaminadas a satisfacer los derechos humanos de la familia hasta la adopción de nuevas concepciones para la atención de sus integrantes, principalmente para las personas que viven con una condición de discapacidad la cual las hace vulnerables ante el conglomerado social. Esto, con independencia del vínculo de parentesco que exista y por desempeñar la familia un rol decisivo en la formación del ser humano; más aún, por el desarrollo de una vida autónoma e independiente para la persona con discapacidad.

En efecto, tanto la evolución humana como las transformaciones sociales y el mandato que se desprenden de la DUDH le imponen un nuevo reto al Estado en el campo jurídico y social: ser gestor de políticas públicas para la familia. Esto, para la satisfacción de los derechos de primera, segunda y tercera generación⁴, sin que para ello nos detengamos a efectuar el análisis de su rol frente a los derechos agrupados en esta clasificación macro. Aunado a lo anterior, basta que en la convivencia y el actuar social tengan lugar situaciones de riesgo o peligro para activar los mecanismos de protección de los derechos humanos, pues la dignidad intrínseca del ser humano llama a su titularidad e impone al Estado un deber de respeto y garantía con respecto a los mismos.

4 Cfr. Espinosa, Emna. *Familia, educación y bienestar*, Segundo Simposio Nacional de Familia 2017, Conclusiones, Panamá, 2017, disponible en <http://www.inclusionpanama.com/wp-content/uploads/2017/06/CONCLUSIONES-DEL-SIMPOSIO.docx> (acceso 18/10/2017).

Dicha obligación estatal frente a los derechos humanos, se extiende a la protección de la familia como unidad básica social y constructora de los valores propios de la persona humana. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH o Pacto de San José), como instrumento regional encaminado a su defensa y promoción, dispone de normas mínimas para el tema y establece un ámbito de actuación para los Estados basado en el respeto y el deber, como valores axiológicos tradicionales. Esta consigna se desprende del artículo 1 del Pacto de San José, que al efecto señala:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Siendo así, bajo el enfoque diferencial, la obligación estatal citada permite abordar la defensa de la familia a través de la promoción y protección de los derechos humanos, así como de políticas públicas para su atención integral. Esto, por el riesgo a la discriminación y a la exclusión que corre esta cuando en el hogar se encuentra una persona con discapacidad; más aún, cuando se presenta en grados profundos donde la dependencia de la persona con discapacidad con respecto a la persona directamente responsable de su cuidado y atención, es absoluta y permanente.

El resguardo de la familia es esencial para garantizar la satisfacción de los derechos de las personas con discapacidad, en esta unidad básica formadora del ser humano. De allí que cuando la familia no cuenta con los recursos para satisfacer las necesidades primordiales, ello incide negativamente en la persona con discapacidad, en su condición de salud y en todo su entorno social. Por ejemplo, cuando la familia no cuenta con medios de subsistencia (trabajo) se presentan carencias en la alimentación, la vivienda, la salud, la educación, la recreación, la seguridad social, la habilitación y la rehabilitación, solo por mencionar algunos derechos afectados. Estos factores, sin lugar a dudas, colocan a la persona en una situación de peligro ante la posibilidad de adquirir una discapacidad o de agravar la discapacidad presente.

Al efecto, los Estados parte de la CADH tienen la obligación general de atender el artículo 1 de dicho instrumento que se centra en el deber de respeto y garantía de protección de los derechos humanos. Esta obligación se materializa a través del reconocimiento y la aplicación en la estructura interna a través del control de convencionalidad, que se explica así: “En la jurisprudencia de la Corte Interamericana (Corte IDH), ha surgido el concepto control de convencionalidad para denominar a la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia”⁵.

Uno de los inconvenientes que se presenta en el ámbito de los Estados frente a los compromisos que devienen de la firma de

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Control de Convencionalidad”, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, N° 7, p. 3, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf> (acceso 13/07/2017).

tratados internacionales, es la ausencia de un organismo interno encargado de coordinar y dar seguimiento a las adecuaciones que deben darse en virtud de los cambios y requerimientos que dispone la letra de tales instrumentos. Esto conlleva a un reconocimiento formal de los documentos vinculantes en materia de derechos humanos, porque en la práctica y el quehacer de los Estados su cumplimiento presenta debilidades. De allí que los operadores de justicia o servidores públicos, desarrollan una función sobre la base de la legislación general y específica que rige el asunto sometido a su competencia, teniendo como objetivo el cumplimiento de un debido proceso. No obstante, la jurisprudencia de la Corte IDH da cuenta de que en ocasiones las actuaciones estatales están desvinculadas de la esencia misma de los derechos humanos.

Sobre el cumplimiento de los convenios internacionales de derechos humanos y el deber del Estado de velar por el mismo, la Corte IDH hace un análisis del control de convencionalidad y amplía la concepción antes vertida en los términos siguientes:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el

tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”⁶.

Esta obligación convencional a la que están llamados a cumplir los administradores de justicia, también tiene lugar cuando se da preferencia a la aplicabilidad de los tratados internacionales de derechos humanos en asuntos de derecho administrativo. Esto, tomando en consideración que a través de la gestión pública administrativa el Estado circunscribe su actuación como gran administrador. De allí que tenga a su cargo la responsabilidad de atender de buena fe los compromisos que sobre el tema ha suscrito, de manera tal que la función pública no vaya en detrimento de los derechos humanos y tenga que adoptar acciones posteriores de reparación, ante su transgresión. Estas acciones son más costosas en términos pecuniarios y de alto cuestionamiento moral para el Estado.

En atención a lo anterior, los Estados están obligados a abstenerse de realizar prácticas que conlleven el desconocimiento y la desprotección que el Pacto de San José reconoce para los derechos humanos. En cuanto a la discapacidad se refiere, este deber de respeto y de garantía se extiende a la adopción de los ajustes razonables a fin de fortalecer la protección especial que se debe a la familia y, en consecuencia, a quienes por su condición de discapacidad están en franca desventaja frente al resto de la población.

Una interpretación del reconocimiento y la aplicación de las normas internas y los tratados internacionales de derechos humanos, se encuentra en la sentencia del 14 de julio de 2009 de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, en la cual se efectuó un razonamiento sobre el concepto de

6 *Ibid.*, p. 4.

discriminación que define la CADH para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, para dar fuerza a una decisión a favor de una mujer trabajadora con discapacidad en los términos siguientes:

“Para efectos de entender cómo se configura la discriminación contra personas discapacitadas reproducimos las siguientes normas:

‘Discriminación’. Exclusión o restricción basada en una discapacidad, así como la omisión de proveer adecuación o adaptación de los medios que tengan por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos de las personas con discapacidad (Artículo 3, numeral 5, de la Ley 42 de 1999).

‘Discriminación contra la persona discapacitada’. a) El término ‘discriminación contra las personas con discapacidad’ significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales (Ley 3 de 2001 Convención Interamericana para la Eliminación de toda forma de discriminación contra las personas con discapacidad).

Con lo anotado, no pretendemos justificar el ausentismo injustificado de la señora Rodríguez a su puesto de trabajo, sino más bien hacer un llamado de atención a las autoridades al cumplimiento de las normas sobre los derechos de los discapacitados y a que esta situación podía haberse evitado si se hubieran tomado las medidas que estas leyes especiales y sus reglamentaciones establecen como adecuada para ayudar a

estas personas a su adaptación laboral, compromiso que como Estado se tiene desde la suscripción del Convenio 159 de la OIT sobre readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, suscrito en 1983 y aprobado mediante ley 18 de 8 de noviembre de 1993”⁷.

En ese sentido, el Estado panameño ha suscrito y adoptado un sinnúmero de convenciones y pactos como –por ejemplo– la citada CADH, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y demás en materia de derechos humanos que dan cuenta de la primacía del derecho internacional público sobre el derecho interno y que obligan al Estado a reconocerlos, dándoles preferencia antes de ejercitar cualquier acción que pueda vulnerarlos.

En atención a lo anterior, la Constitución Política panameña en su artículo 4° recoge el principio del derecho internacional público denominado *pacta sunt servanda*, el cual trata sobre la obligatoriedad de cumplir de buena fe los tratados una vez ratificados; el mismo está expresamente consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de mayo de 1969. Esta también es norma del país en grado de tratado ley; es decir, de valor supranacional que regula –entre otros temas– lo concerniente al cumplimiento de los tratados internacionales entre los cuales se encuentran los de derechos humanos.

7 Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá. *Caso Mariela Esther Rodríguez de Alonso vs. Universidad de Panamá*, Demanda Contenciosa Administrativa de Plena Jurisdicción, sentencia del 14 de julio de 2009, expediente 739-07, Panamá, p. 20. El artículo 4 de la Constitución Política dispone que la República de Panamá acata las normas del derecho internacional.

La mirada holística de la discapacidad, dispone la adopción de medidas adecuadas para garantizar el bienestar de la familia, de manera tal que sus integrantes con discapacidad ejerzan plenamente sus derechos sin que ello se entienda como una intromisión en la esfera individual o en la autonomía e independencia de las personas. Estas medidas deben estructurarse a través de ajustes razonables, para que los derechos humanos sean realidad plena bajo la máxima de la universalidad.

La familia está llamada a ejercer un nuevo rol frente a la discapacidad. Esto es, como garante de los derechos de sus integrantes con discapacidad a través de la protección que el Estado y la sociedad le brinden, en especial a quien dentro de la misma mantiene un vínculo directo de responsabilidad con respecto a las personas con discapacidad. Como ejemplo de ello, se cita la protección especial que merece el trabajo de quien tiene a su cargo tal compromiso, recordando que del ingreso económico que esta perciba se verán satisfechas las necesidades esenciales para el desarrollo y la conservación de la vida de la persona con discapacidad.

Por la diversidad de estas últimas, su atención debe considerar el componente familia desde sus diversas manifestaciones. En la misma tienen lugar relaciones de convivencia, cuidados y atención entre individuos relacionados o no por vínculos de parentesco, donde cada uno –desde la concepción individual y social– se identifica y refiere recíprocamente como una familia. Dentro de este aspecto, se valoran elementos fundamentales en el tema de discapacidad. Uno es la dependencia de la persona con discapacidad con respecto a quien tiene a cargo su cuidado y responsabilidad. Ello es así porque siendo el padre, la madre, el tutor o el responsable, el Estado debe garantizar a las personas con discapacidad las atenciones requeridas, lo cual se logra a través de la familia entendida desde una concepción extensiva.

La institución social denominada familia se trae al contexto de la discapacidad, porque este se ha caracterizado generalmente por los rasgos de pobreza y pobreza extrema; en el mismo confluyen personas con aspiraciones, necesidades, anhelos, luchas y derechos, donde lo jurídico y lo social deben aproximarse para una correcta interpretación de las normas y –más allá– para la promoción y protección de los derechos de la familia que ante la discapacidad han sido cedidos e incluso olvidados, por prestar atención especial al bienestar de la persona en condición de discapacidad.

Los derechos humanos en su esencia individual y colectiva, deben ser la visión social de los Estados en la construcción de sociedades inclusivas. De allí que el régimen jurídico interno se rige por preceptos y principios constitucionales; dicho régimen tiende a la garantía y protección de los derechos humanos. Esto trae consigo el compromiso estatal de atender los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos suscritos por un país y que forman parte del derecho patrio; entre estos la CADH, para el caso de los países que la han suscrito.

Así, la discapacidad debe ser vista desde ese modelo social que centra la discapacidad en la sociedad y no en el individuo. “Según los defensores de este modelo, no son las limitaciones individuales de las personas con discapacidad la causa del problema, sino las limitaciones de la sociedad para prestar los servicios apropiados y para garantizar que las necesidades de esas personas sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Esto no supone negar el aspecto individual de la discapacidad, sino enmarcarlo dentro del contexto social”⁸.

8 Toboso Martín y otros. “La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen”, *Araucania*, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, Vol. 10, N° 20, 2008, p. 68, disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28212043004> (acceso 18/10/2017).

Siendo así, esta perspectiva se encuentra ligada a la definición de discapacidad elaborada por la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) y planteada como “un término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una ‘condición de discapacidad’) y sus factores contextuales”⁹.

Desde este ámbito, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad la ha definido jurídicamente así: “El término ‘discapacidad’ significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”¹⁰.

Esta concepción de la discapacidad, sin soslayar las consideraciones sobre su clase o naturaleza, reconoce que en efecto puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. Tal entorno resulta en la mayoría de los casos hostil y constituye una barrera para la inclusión plena. En este apartado, el Estado y la sociedad tienen el deber de trabajar por la eliminación de las trabas sociales que limitan las actividades y restringen la participación de la familia y de las personas con discapacidad, a través de un abordaje integral para tal fin.

9 Cacéres, Rodríguez, Celsa. “Sobre el concepto de discapacidad. Una revisión de las propuestas de la OMS”, *Auditio*, Revista Teórica, Vol. 2, Num. 3, p. 76, 2004, disponible en <http://www.auditio.com>: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:zfAFKcDkqKoJ:www.auditio.com/docs/File/vol2/3/020304.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk> (acceso 5/10/2017).

10 Organización de Estados Americanos. *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*, Asamblea General, Resolución N° 1608 (XXIX)-0/99), artículo 1, 7 de junio de 1999, disponible en <http://www.oas.org/assembly2001/assembly/esp/aprobada1608.htm> (acceso 20/11/2017).

Con una visión centrada en derechos humanos y discapacidad, se hace un análisis de la relación existente entre los elementos que orientan en la adopción y aplicación de medidas afirmativas para garantizar los derechos humanos de las personas con discapacidad a través de la familia, por constituir esta el espacio primario donde tiene lugar la formación del ser humano.

Se inicia con la Declaración de los Derechos del Niño como una manifestación internacional de voluntad hacia la protección de la niñez, enfatizando para el caso que nos ocupa la que se encuentra con una condición de discapacidad. Con esta declaración se formaliza la solicitud a los Estados de adoptar políticas públicas integrales, para que el niño “pueda tener una infancia feliz y gozar –en su propio bien y en bien de la sociedad– de los derechos y las libertades que en ella se enuncian”. En su texto se “insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchen por sus observancias con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente”¹¹.

Actualmente, las políticas públicas y las medidas legislativas requeridas por el documento declarativo deben abordar el estudio de la familia ya que –frente al escenario de la discapacidad– esta se transforma en el instrumento natural por excelencia para garantizar los derechos de la infancia. De esa manera, el principio de universalidad de los derechos humanos, convoca a la niñez con discapacidad a ser sujeta directa de los derechos reconocidos plenamente, bajo la concepción siguiente: “El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta declaración”.

11 Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Declaración de los Derechos del Niño*, Asamblea General, Resolución N° 1386 (XIV), 20 de noviembre de 1959, p. 1.

Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia”¹².

Dicho principio rector de los derechos en materia de niñez reconoce que los actos discriminatorios, no solo impiden el ejercicio pleno de los derechos de los niños y las niñas con o sin discapacidad, sino que estos derechos también corren riesgo cuando la familia es sujeta activa o pasiva de los mismos. Con fundamento en esta noción, los actos discriminatorios también pueden tener lugar ante la inexistencia o insuficiencia de políticas públicas para la atención de la familia; asimismo, cuando se le priva a esta de recibir los beneficios directos e indirectos con motivo de medidas y acciones afirmativas encaminadas a incluir socialmente a sus integrantes con discapacidad.

En 1989 se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño, que enfatiza la responsabilidad directa de la familia como actor social que brinda protección y asistencia a los niños y las niñas para garantizar sus derechos. En el preámbulo se recuerdan los principios fundamentales de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) y las disposiciones precisas de algunos tratados y declaraciones relativos a los derechos del ser humano; se reafirma la necesidad de proporcionar a los niños y las niñas cuidado y asistencia especiales en razón de su vulnerabilidad; y se subraya de manera especial la responsabilidad primordial de la familia por lo que respecta a la protección y la asistencia, la necesidad de una protección jurídica y no jurídica del niño y de la niña antes y después de su nacimiento, la importancia del respeto de los valores culturales de la comunidad del niño

¹² *Ibid.*, p. 1.

y el papel crucial de la cooperación internacional para que sus derechos se hagan realidad¹³.

En atención a lo anterior, los Estados parte de la ONU a través de este tratado, también en el mencionado preámbulo manifestaron su sentir en los siguientes términos:

“Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,

Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad,

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, ‘el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento’”¹⁴.

Los enunciados transcritos son pilares primordiales de ese instrumento internacional vinculante para los Estados, mediante el cual se procura que no solo legislen sino que adopten políticas públicas con estricto apego al interés superior del niño, como máxima de aplicación en la adopción de decisiones en asuntos de niñez, sin dejar de considerar a la familia para el alcance de este

¹³ ONU. *Convención sobre los Derechos del Niño*, Asamblea General, Resolución N° 44/25 de 20 de noviembre de 1989, p. 1.

¹⁴ *Ibid.*, p. 1.

logro. Ello, por la relación directa de derechos que existe entre ambos, pues a través de la familia se inicia el proceso inclusivo que parte del hogar, pasa por la comunidad y llega a toda la sociedad; esto es, de manera progresiva.

El documento bajo estudio reserva el artículo 23 a la discapacidad, que en su oportunidad y por el año de su aprobación fue dirigido a la mental y a la física; pero, por la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos, su contenido es mínimo y de alcance para todas las discapacidades. Los siguientes compromisos se derivan de la Convención sobre los Derechos del Niño:

1. Que el niño y la niña mental o físicamente con discapacidad “debe disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten su participación activa en la comunidad”.
2. Que el niño y la niña con discapacidad tiene derecho “a recibir cuidados especiales y los Estados alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él”.
3. Que en atención a las necesidades especiales del niño y la niña con discapacidad, la asistencia que se preste será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración

social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible¹⁵.

Con una visión integral hacia la diversidad de la población con discapacidad, en 2006 fue aprobada en la ONU la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), que consagra en términos más amplios la figura de la familia e inicia su desarrollo señalando la convicción de los Estados de que “es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones”¹⁶.

Las líneas citadas extienden la concepción de familia previamente reconocida por la DUDH, por ser un documento específico en derechos humanos y discapacidad. Este tratado multilateral reconoce que solo en la medida que las personas con discapacidad y la familia reciban la protección y asistencia requerida, el grupo familiar puede contribuir al goce pleno de los derechos de las primeras en condiciones de igualdad.

La CDPD ampara, en el artículo 23, aspectos de hogar y familia, reafirmando la importancia de la protección en cuanto al cuidado de los niños y las niñas con discapacidad al disponer que los Estados parte de la misma “harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa

¹⁵ *Ibid.*, p. 18.

¹⁶ ONU. *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Asamblea General, Resolución N° 61/06, 13 de diciembre de 2006, New York, p. 4.

y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar”.

En dicho artículo se concibe a la familia desde el grado primario “padre, madre e hijo” y también desde la concepción extensa. Reconoce a esta última como la vía alterna para los cuidados de los niños y las niñas con discapacidad. Con el término “entorno familiar”, subraya que el seno de una familia es el ambiente propicio para la atención adecuada de la persona con discapacidad, con especial interés en los niños y las niñas con esta condición.

Así, el artículo 7 advierte lo siguiente: “En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño”. Este principio determinante para la niñez, exalta la obligación de ceder ante los mayores beneficios en cuestiones donde estos sean parte, inclusive en los temas sociales que se desarrollen e implementen a través de las políticas públicas de cualquier índole.

Ahora bien, un ejemplo sencillo del papel de la familia como garante de los derechos de la persona con discapacidad “entendida esta como parte de esta unión socio natural” se presenta con el reconocimiento del derecho a la libertad de expresión que el instrumento internacional citado reconoce a la niñez con discapacidad, al determinar que los Estados parte “garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho”¹⁷.

17 *Ibid.*, p. 9.

Atendiendo lo anterior, resulta imperativa la intervención directa de los niños y las niñas con discapacidad, valorando aspectos significativos en cuanto a edad y madurez. Sin embargo, el ejercicio de este derecho también va ligado al grado de discapacidad que se presenta “leve, moderada o grave” tomando en consideración que las personas con discapacidad profunda requieren de una asistencia permanente y, en la mayoría de los casos, la apropiada para expresar su opinión libre tal como lo consagra esta disposición es la familia y ejercen plenamente este derecho por su medio.

Uno de los instrumentos jurídicos que se han adoptado en los países de la región para la protección de la familia, son los códigos tanto civiles como de familia que son el resultado de políticas jurídicas las cuales “aunadas a regular aspectos del estado civil, las personas y la familia” determinan diversas formas relacionadas de una u otra manera con la discapacidad. Por ejemplo, asuntos que tienen que ver con la facultad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones son temas medulares que reclaman la eliminación de barreras jurídicas y sociales impuestas, las cuales impiden a las personas con discapacidad alcanzar una autonomía e independencia real.

Cítese para el caso anterior el Código de la Familia de la República de Panamá que, a pesar de requerir una armonización con las directrices que dispone la CDPD, dirige su contenido a la familia como principal protagonista para el ejercicio pleno de los derechos de las personas con discapacidad e impone a las autoridades especializadas de la Jurisdicción Especial de Familia, la obligación de dar preferencia al interés superior de la niñez y la familia en asuntos de su competencia¹⁸.

18 Asamblea Legislativa de la República de Panamá. *Ley N° 3 de 17 de mayo de 1994, por la cual se aprueba el Código de la Familia*, Gaceta Oficial N° 25,591 del 1 de agosto de 1994, Panamá, p. 1.

Sobre el particular, en Panamá la definición de familia está dada por el *corpus iuris* citado, que indica lo siguiente: “La familia la constituyen las personas naturales unidas por el vínculo de parentesco o matrimonio”¹⁹. Esta construcción jurídica delimita el concepto en asuntos legales de acuerdo a los grados, que es fundamental para determinar el alcance de derechos y deberes tanto familiares como sociales. No obstante, cuando se atiende la discapacidad y la familia “además de ser un factor determinante para el desarrollo integral de los niños y las niñas” también es decisiva para la inclusión social de la persona o las personas con discapacidad que integran el grupo familiar y de este en su conjunto.

Ahora bien, en la temática de discapacidad existe la posibilidad de concebir otra forma original de unión o agrupación en un sentido más amplio de familia que “sin estar reconocida y formalizarse a través de un sistema jurídico concreto” opera de hecho y representa para la persona con discapacidad su familia; en consecuencia, la tenencia de un hogar. Esto se presenta en aquellos casos donde la persona con discapacidad está al cuidado y la atención de una persona distinta a sus vínculos de parentesco.

Lo anterior predomina por diversas situaciones. Para el caso, cítese la muerte de los padres, el maltrato o el abandono, entre otros. Al respecto, el Estudio sobre la Prevalencia y Caracterización de la Discapacidad en Panamá explica que “la familia –como parte de la psiquis colectiva de la comunidad– comparte el imaginario social que esta tiene sobre las personas con discapacidad, de suerte que, cuando en el seno familiar, nace un/a niño/a con alguna deficiencia se pone en función todos los temores, preocupaciones y ansiedades que se generan a partir

¹⁹ *Ibid.*, p. 3.

de la concepción que tiene la familia acerca del fenómeno de la discapacidad”²⁰.

Aparecen, entonces, las recriminaciones entre los cónyuges culpándose mutuamente; posteriormente surge el sentimiento de vergüenza a causa del rechazo que hacia su hijo se percibe por parte de la comunidad, el cual se traduce en acciones como el ocultamiento del niño o la niña con discapacidad, maltrato e incluso de abandono²¹.

Por tanto, un ajuste razonable es el reconocimiento de la protección que requiere la persona que tiene bajo su responsabilidad y cuidado a una persona con discapacidad. Por ejemplo, en materia de trabajo, merece especial atención el tema de la estabilidad laboral para el trabajador del sector público o del sector privado que se ubica en esta consideración, con sujeción al cumplimiento efectivo de las funciones y el régimen disciplinario al que está sujeto.

Con la ejemplificación anterior los derechos económicos, sociales y culturales –como a la educación, al trabajo y a la salud– siguen siendo reclamados por las personas con discapacidad por la esencia misma que de estos se desprende. Es a través de su satisfacción que se garantiza el bienestar económico y se asegura el desarrollo propio del ser humano; más aún, cuando la población con discapacidad se caracteriza por vivir en condiciones de pobreza y pobreza extrema. De allí la falta de oportunidades, de acceso, la exclusión social y –en consecuencia– la vulneración de diversos derechos humanos.

²⁰ Presidencia de la República de Panamá y Secretaría Nacional para la Integración Social de las Personas con Discapacidad. *Estudio sobre la Prevalencia y Caracterización de la Discapacidad en Panamá*, República de Panamá, 2006, p. 30.

²¹ *Ibid.*, p. 30.

En esta línea de derechos, deberes y responsabilidades en materia de familia, se hace referencia a la Constitución Política panameña de 1972 actualmente vigente que en su parte orgánica –específicamente en el Título II, denominado “Derechos y Deberes Individuales y Sociales”– reserva el capítulo segundo a la familia y consagra aspectos fundamentales, a saber:

Artículo 56. El Estado protege el matrimonio, la maternidad y la familia

El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de éstos a la alimentación, la salud, la educación y la seguridad y previsión sociales. Igualmente tendrán derecho a esta protección los ancianos y enfermos desvalidos²².

En efecto, este artículo determina esa protección especial que el Estado debe a esta unión social y es una redacción sabia al incorporar en su contenido temas de atención prioritaria para la niñez, ya que considera que su cuidado y la atención de la salud física, mental y moral de los niños y las niñas con o sin discapacidad se logra en la medida en que el Estado proteja –a través de políticas públicas– tres aspectos esenciales: matrimonio, maternidad y familia.

Dicha protección se hace extensiva al admitir la responsabilidad de esta última en la alimentación, la salud, la educación, la seguridad y las provisiones sociales, como derechos en materia de niñez a través del reconocimiento de ese conjunto de deberes y derechos que tienen los padres en relación con sus hijos e hijas,

²² Asamblea Legislativa de la República de Panamá. *Constitución Política de la República de Panamá, Texto Único*. Gaceta Oficial N° 25,176 del 8 noviembre de 2004, Panamá, 2004, p. 21.

llamada patria potestad. En términos concretos dispone que: “Los padres están obligados a alimentar, educar y proteger a sus hijos para que obtengan una buena crianza y un adecuado desarrollo físico y espiritual, y éstos a respetarlos y asistirlos”²³.

En otras palabras, tal responsabilidad es posible en la medida que los padres o personas que tengan bajo su responsabilidad, cuidado y atención a una persona con discapacidad, reciban la protección del Estado. Se cita para este caso, el trabajo como derecho de segunda generación ya que si está protegido sus beneficios se extienden a las personas con discapacidad, a manera de derechos. Por ejemplo, de la protección del empleo para el trabajador se garantiza la alimentación y el acceso a los servicios de salud de la persona con discapacidad y –en consecuencia– se preserva la vida como derecho, considerado este como de primera generación y de justiciabilidad inmediata.

Cuando se está frente a la discapacidad, los derechos humanos cobran mayor fuerza por la dual protección que el Estado –a través de sus políticas públicas– debe prever y los sistemas jurídicos garantizar a quienes, por su condición de discapacidad, requieren de una protección diferenciada con respeto a los individuos. Este requerimiento está representado por las medidas reforzadas que se adoptan para un fin específico. Una muestra de ello, es la protección o los beneficios que se reconozcan para el padre, la madre, el tutor o el responsable directo de una persona con discapacidad en cualquier área social puesto que –a través de los mismos– se busca ver satisfechos derechos humanos de la persona con discapacidad como su titular.

²³ *Ibid.*, p. 31.

Para ilustrar lo planteado, conviene citar la postura de la Corte IDH en atención a la interrelación de derechos y la garantía de protección que el Estado tiene para con los primeros. Veamos:

“El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”²⁴.

Un análisis jurídico sobre servidor público, trabajo y discapacidad fue presentado por la Corte Suprema de Justicia de Panamá a través de la sentencia del 10 de junio de 2011, donde fue sometida a su consideración la destitución de un servidor público y padre de un menor de edad con discapacidad el cual dependía absolutamente de él. El máximo falló a favor del padre, considerando:

“Que la condición de discapacidad del menor le hace vulnerable frente a cualquier situación negativa a su alrededor, tal es el caso del desempleo que embarga su hogar, máxime cuando la madre de éste tampoco labora en la actualidad por tener que ocuparse de sus cuidados dimanantes de su condición física y de salud, propiamente, esto es, desde su nacimiento.

24 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala* (Fondo), sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C, N° 63, p. 40.

Ciertamente, en nuestro país, si bien, se ha legislado en materia de discapacitados, no es menos cierto, que cuando nos centramos al aspecto laboral o de trabajo, encontramos que sólo se ha hecho alusión o contemplado tal aspecto para los casos en que el discapacitado sea el que preste el servicio, ya sea en la administración pública o en el sector privado, no así, para los casos en que el discapacitado fuere beneficiario de un funcionario público o empleado del sector privado en condiciones físicas y de salud normal, tal como se dio en el presente caso.

Es entonces a los padres a quienes corresponde el deber de sustentar su manutención y demás, de sus hijos no sólo por la minoría de edad, sino también por la discapacidad presente.

Lo que se quiere hacer es salvaguardar los derechos, especialmente, de los discapacitados, dada su condición y por el solo hecho de no existir una disposición legal clara y precisa que les protegiera cuando en condición de dependientes y no de funcionarios o empleados, se viere mermada su posibilidad de gozar de todos los derechos, prerrogativas y demás que como discapacitados merecen, dado el hecho que sus padres, tutores o curadores hubieren sido cesados de sus puestos o fuentes de ingreso, tal como sucede en el presente caso”²⁵.

Con la protección de los derechos de las personas con discapacidad a través de la familia, se procura un ambiente estable y adecuado para que estas –a través de los cuidados y la atención– adquieran autonomía e independencia y, en caso de la discapacidad profunda, cuenten con la atención y los cuidados necesarios durante el transcurso de toda su vida.

25 Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá. *Caso Miguel Ángel Cigarruista Palma vs. Ministerio de Desarrollo Agropecuario*, Demanda Contenciosa Administrativa de Plena Jurisdicción, sentencia del 10 de junio de 2010, expediente 665-2005, Panamá, pp. 12 y 13.

El derecho comparado refuerza el tema planteado con la relatoría de la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia 572-09, con el enfoque siguiente:

“La Sala considera que la familia, en tanto que núcleo fundamental de la sociedad, debe ser protegida de manera integral por el Estado. En tal sentido, más allá de la definición que de aquélla se tenga, las autoridades públicas, en tanto que se está ante un derecho fundamental, deben abstenerse de adoptar medidas administrativas o judiciales que, en la práctica, impliquen violar la unidad familiar, so pretexto, por ejemplo, de amparar los derechos fundamentales de alguno de sus integrantes. Al mismo tiempo, desde la faceta prestacional del derecho a la unidad familiar, aquéllas se encuentran constitucionalmente obligadas a diseñar e implementar políticas públicas eficaces que propendan por la preservación del núcleo familiar, medidas positivas que apunten, precisamente, a lograr un difícil equilibrio entre la satisfacción de las necesidades económicas de las familias y la atención y cuidados especiales que merecen los niños, en especial, aquellos de menor edad.

En otras palabras, las autoridades nacionales, departamentales y municipales deben contar con programas sociales dirigidos a brindarles a las familias opciones para que los niños permanezcan en un ambiente sano y seguro, mientras que sus progenitores cumplen con sus deberes laborales. En este orden de ideas, la acción estatal no puede encaminarse exclusivamente hacia la implementación de medidas de restablecimiento de derechos (ubicación del menor en centros de emergencia, hogares de paso, adopción, etc.), en tanto que mecanismos legítimos y necesarios dirigidos a proteger los derechos de los niños frente a peligros o amenazas verdaderamente reales contra sus derechos fundamentales, sino que igualmente, y de manera prioritaria, debe encausar su accionar, presupuestal y burocrático, hacia

la puesta en marcha de medidas que, como se ha señalado, les faciliten a los padres poder cumplir con sus deberes constitucionales y legales en relación con la prole, y al mismo tiempo, suplir las necesidades económicas del núcleo familiar”²⁶.

El enfoque de la familia y su importancia en el desenvolvimiento del ser humano, también ha sido objeto de especial atención por las corrientes religiosas que analizan los derechos de la familia frente a la discapacidad. Veamos:

“La falta de una vivienda digna o adecuada suele llevar a postergar la formalización de una relación. Hay que recordar que ‘la familia tiene derecho a una vivienda decente, apta para la vida familiar y proporcionada al número de sus miembros, en un ambiente físicamente sano, que ofrezca los servicios básicos para la vida de la familia y de la comunidad’. Una familia y un hogar son dos cosas que se reclaman mutuamente. Este ejemplo muestra que tenemos que insistir en los derechos de la familia, y no sólo en los derechos individuales. La familia es un bien del cual la sociedad no puede prescindir, pero necesita ser protegida. La defensa de estos derechos es ‘una llamada profética en favor de la institución familiar que debe ser respetada y defendida contra toda agresión’, sobre todo en el contexto actual donde suele ocupar poco espacio en los proyectos políticos. Las familias tienen, entre otros derechos, el de ‘poder contar con una adecuada política familiar por parte de las autoridades públicas en el terreno jurídico, económico, social y fiscal. A veces son dramáticas las angustias de las familias cuando, frente a la enfermedad de un ser querido, no tienen acceso a servicios adecuados de salud, o cuando se prolonga el tiempo sin acceder a un empleo digno. ‘Las coerciones económicas excluyen el

²⁶ Corte Constitucional de Colombia. *Acción de Tutela instaurada por Blanca Cecilia Villabona vs. Alcaldía Municipal de Florisablanco y otros*, sentencia del 26 de agosto de 2009, expediente T-2.247.179, Colombia, pp. 1 y 2.

acceso de la familia a la educación, la vida cultural y la vida social activa. El actual sistema económico produce diversas formas de exclusión social. Las familias sufren en particular los problemas relativos al trabajo. Las posibilidades para los jóvenes son pocas y la oferta de trabajo es muy selectiva y precaria. Las jornadas de trabajo son largas y, a menudo, agravadas por largos tiempos de desplazamiento. Esto no ayuda a los miembros de la familia a encontrarse entre ellos y con los hijos, a fin de alimentar cotidianamente sus relaciones”²⁷.

Puntualizamos que la familia desempeña un papel fundamental en el proceso inclusivo de la persona con discapacidad; dicho papel se reafirma con la aprobación de la CDPD, que liga discapacidad y familia por el trasfondo social y jurídico que hacen inseparables estos temas. Además, se suma la condición de pobreza y pobreza extrema que tiende a agravar la situación del hogar y de las personas, sobre todo de las más vulnerables.

De acuerdo a lo anterior, la OMS en el Informe Mundial de Discapacidad de 2011 sobre las tasas más altas de pobreza da cuenta de la situación difícil que atraviesan las personas con discapacidad y las familias al revelar lo siguiente:

“En consecuencia, las personas con discapacidad presentan tasas más altas de pobreza que las personas sin discapacidad. En promedio, las personas con discapacidad y las familias con un miembro con discapacidad tienen mayores tasas de privaciones –como inseguridad alimentaria, condiciones deficientes de vivienda, falta de acceso a agua potable y salubridad, y acceso deficiente a atención de salud– y poseen menos bienes que las personas y familias sin una discapacidad.

27 Papa Francisco. *Exhortación apostólica postsinodal sobre el amor en la familia*, Ciudad del Vaticano, 2016, p. 36.

Las personas con discapacidad pueden tener costos adicionales de asistencia personal, atención médica o dispositivos auxiliares. Debido a estos gastos más elevados, es probable que las personas con discapacidad y sus familias sean más pobres que las personas sin discapacidad con unos ingresos similares. En los países de ingresos bajos, las personas con discapacidad, en comparación con las personas sin discapacidad, tienen una probabilidad un 50% mayor de enfrentarse a gastos sanitarios ruinosos”²⁸.

Bajo este enfoque, el documento enlista obstáculos discapacitantes²⁹ y cita al efecto las políticas y normas insuficientes, las actitudes negativas, la prestación limitada de servicios, los problemas con la prestación de los mismos, la poca financiación, la falta de accesibilidad, la falta de consulta y participación así como la de datos y pruebas. Sin duda, tales obstáculos limitan el ejercicio pleno de los derechos porque se traducen –para las personas con discapacidad– en los peores resultados sanitarios y académicos, una menor participación económica, la tasa más alta de pobreza, menor dependencia y una participación limitada³⁰.

En esta misma línea de análisis, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (en adelante, UNICEF) en el Informe sobre el Estado Mundial de la Infancia. Niños y niñas con discapacidad, de 2013, advierte acerca de la necesidad de apoyarles junto a sus familias en los siguientes términos:

“La protección social para los niños y las niñas con discapacidad y sus familias es vital, pues el costo de vida suele ser más alto para estas familias, que, entre otras razones,

28 OMS y Banco Mundial. *Informe Mundial de la Discapacidad*, Ginebra, 2011, p.12, disponible en http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/summary_es.pdf?ua=1 (acceso 29/04/2017).

29 *Ibid.*, pp. 10 y 11.

30 *Ibid.*, p. 16.

pierden oportunidades para obtener ingresos [...] Además del tratamiento médico, los viajes, la rehabilitación u otros costos directos, las familias hacen frente también a costos de oportunidad, como los ingresos que dejan de percibirse cuando los progenitores u otros miembros de la familia abandonan sus empleos o reducen sus horas de trabajo para poder atender al niño con discapacidad”³¹.

Por su parte, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (en adelante, PNUD) presentó el Informe sobre Desarrollo Humano de 2015 en el cual señaló que “siguen existiendo importantes desafíos, desde la pobreza persistente y la desigualdad opresiva hasta el cambio climático y la sostenibilidad ambiental en general o los conflictos y la inestabilidad”³². Y advierte que todos estos problemas “crean barreras que impiden que las personas participen plenamente en el trabajo decente, y, como consecuencia, se sigue desaprovechando un vasto potencial humano, situación que afecta enfáticamente a los jóvenes, las mujeres, las personas con discapacidad y otras personas que puedan estar marginadas”³³.

Recientemente, fue dado a conocer el Informe Preliminar sobre Pobreza, Pobreza Extrema y Derechos Humanos en las Américas, que ofrece un panorama regional de los derechos humanos frente a la discapacidad y señala:

“Históricamente las personas con discapacidad han enfrentado serios obstáculos físicos y sociales para ejercer plenamente sus derechos. Sin embargo, la CIDH [Comisión Interamericana de Derechos Humanos] observa que, durante las últimas décadas,

31 UNICEF. *Estado Mundial de la Infancia. Niños y niñas con discapacidad*, New York, 2013, p. 4.

32 PNUD. *Informe sobre Desarrollo Humano 2015*. New York, 2015, p. iii.

33 *Ibid.*

ha habido avances significativos en la protección de los derechos de esta población, principalmente con la adopción en 2006 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (CDPD), que establece un cambio de paradigma en relación con el tratamiento de las personas con discapacidad. Con base en dicho cambio de paradigma, las personas con discapacidad dejan de verse como ‘meros objetos de protección’ para ser tratadas como ‘sujetos de derechos y obligaciones’. Sin embargo, la CIDH observa que, a pesar de los avances significativos a nivel internacional, sigue existiendo una gran brecha en la aplicación efectiva de tales derechos a nivel interno, y las personas que viven con esta condición siguen enfrentando serios impedimentos en el pleno disfrute de los derechos.

Respecto a la condición de discapacidad y la pobreza, las personas que viven con esta condición tienen más probabilidades de experimentar situaciones socioeconómicas adversas, tales como menor nivel de educación, peores condiciones de salud y alto porcentaje de desempleo. En este sentido, de acuerdo con el Banco Mundial, la relación entre la pobreza o pobreza extrema y la condición de discapacidad es bidireccional. Por un lado, la pobreza puede hacer aumentar el riesgo a desarrollar una discapacidad, y por el otro, la discapacidad puede incrementar el riesgo de caer en la pobreza debido a factores como el desempleo o salarios más bajos y el aumento del costo de la vida”³⁴.

En efecto, las políticas públicas que se adopten deben ir focalizadas en la atención de la familia pues en la medida que esta cuente con una protección efectiva en las diversas formas

34 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Preliminar sobre Pobreza, Pobreza Extrema y Derechos Humanos en las Américas*, Washington, D. C., 2016, p. 87.

del actuar social, la persona con discapacidad puede alcanzar su realización como ser humano. Esto, tomando en consideración que la pobreza y la discapacidad son binomios a la fecha inseparables; de allí que vivir en círculos de pobreza, genera exclusión social para la familia y la persona con discapacidad.

En el aspecto jurídico y para el caso de Panamá, las obligaciones en materia de familia tienen protección constitucional en concordancia con las disposiciones de la Constitución Política, la cual expresa en el artículo 17 que las autoridades de la república están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera que se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley”. Por tanto, los derechos y las garantías “que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona”.

En el artículo citado, la expresión “asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley,” resulta amplia y reúne diversas formas de protección, que pueden ir desde las más simples hasta las más complejas. Y en los principios del interés superior del menor, de aplicación general para la infancia, y de equiparación de oportunidades, de aplicación específica para la discapacidad, se amparan todas aquellas formas de actuar social y jurídico encaminadas a la protección de las personas con discapacidad, incluso por medio de sus familias.

El artículo bajo análisis, culmina con el reconocimiento de “derechos mínimos” consagrados en el texto constitucional al señalar lo siguiente: “Los derechos y garantías que consagra esta

Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona”. Esta formulación es el reflejo del principio de progresividad de los derechos humanos, que va ligado a los cambios sociales y a la evolución de los derechos de manera tal que siempre será aplicable el derecho con mayor alcance y protección en un tema determinado. Por ejemplo, el tema discapacidad.

Sobre el particular, en la CDPD la progresividad se encuentra inmersa en el reconocimiento que este texto hace del término. La discapacidad –se afirma en el literal e) de su preámbulo– “es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Tomando en cuenta lo anterior, podemos afirmar que la concepción de la discapacidad no es cerrada sino abierta para esta especialidad; ello significa que quedan inmersas en la misma todas las barreras que se producen por la actitud y las que genera el entorno, cuando restringen la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la sociedad en grados de equidad, sin que al efecto exista una lista de dichas barreras porque su concepción es amplia en derechos humanos y discapacidad. Conviene subrayar que existen barreras sociales y jurídicas que se suman a las barreras propias del ser humano por cuestiones de actitud, que pueden ser infinitas.

Un merecido reconocimiento mundial para el grupo familia tuvo lugar con la Resolución 47/237 de la ONU que proclama el Año Internacional de la Familia, al instar “a los gobiernos, los organismos especializados y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, especialmente los

que aún no lo han hecho, a que intensifiquen la labor emprendida y, en particular que designen, mecanismos nacionales de coordinación y elaboren programas de acción nacionales a los efectos de la celebración y preparación del Año”³⁵.

Con la conmemoración del Día Internacional de la Familia, de manera específica para el 2016, la ONU efectuó una correlación de la misma dentro del tercero de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante, ODS) encaminado a: garantizar una vida sana y promover el bienestar para todas las edades. Y se explicó que:

“Las familias desempeñan una función especial para garantizar la salud y el bienestar de los niños. Los padres pueden mejorar los resultados en materia de salud infantil mediante el apoyo emocional, asegurando las visitas médicas preventivas y por enfermedad, incluyendo las vacunas a tiempo y el tratamiento adecuado en tiempos de enfermedad.

La celebración de este año es de dar a conocer el papel de las familias y las políticas familiares en la promoción de una vida saludable para el futuro sostenible. Los académicos y los profesionales abordarán las cuestiones relacionadas con el entorno familiar y el equilibrio entre la vida laboral y familiar para mejorar la salud de todos los miembros de la familia. Las discusiones también se centrarán en el papel que desempeñan los padres en el bienestar de los hijos, con especial atención al papel de los hombres, así como las transferencias intergeneracionales y el bienestar de los adultos mayores”³⁶.

35 ONU. *Año Internacional de la Familia*, Asamblea General, Resolución N° 47/23, 20 de septiembre de 1993, New York, p. 2.

36 ONU. *Día Internacional de las Familias 2016*, agosto de 2016, p. 1, disponible en <http://www.un.org/es/events/familyday/background.shtml> (acceso 18/10/2017).

“El 1 de enero de 2016 se fijó como punto de partida de los ODS”, de aplicación universal para los quince años siguientes, “con la finalidad esencial de que todos los países del planeta intensifiquen sus esfuerzos para poner fin a la pobreza en todas sus formas, reduciendo las desigualdades, superando discriminaciones y protegiendo el medio ambiente”³⁷.

Sobre el particular, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), ofrece sus consideraciones en torno a los ODS y los derechos humanos en los siguientes términos: “Los ODS reconocen el carácter fundamental de la dignidad humana como principio rector, así como el respeto de los derechos humanos y el estado de derecho, la justicia, la igualdad y la no discriminación; donde se respeten las razas, el origen étnico y la diversidad cultural y en el que exista igualdad de oportunidades para que pueda realizarse plenamente el potencial humano y para contribuir a una prosperidad compartida”³⁸.

Siguiendo esta línea de análisis, la Corte IDH –al recomendar a los Estados la adopción de políticas integrales– hace un llamado para que en su elaboración y estructuración se atienda y reconozca la diversidad como parte de la condición humana, de manera tal que sus efectos alcancen a las personas nacionales y extranjeras sometidas a su jurisdicción, sin exclusión alguna. La diversidad exige el respeto a la interculturalidad, a la cosmovisión y a las necesidades de la población sobre la base del respeto de los derechos humanos.

El enfoque de derechos en las políticas públicas solicita a los Estados prestar especial interés a quienes residen en áreas pobres y de pobreza extrema, donde el acceso a la cobertura de

37 Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Preliminar...*, p. 11.

38 *Ibid.*

los servicios estatales básicos es insuficiente o inexistente. Se trata, entonces, de adoptar políticas públicas efectivas de alcance territorial donde el desarrollo económico y social del país se descentralice de las urbes capitalinas.

Asimismo, es esencial la articulación de las políticas públicas de cualquier naturaleza que se trate, previendo que su fin último es la persona. Por esto, el concepto de progresividad exige a los Estados superar el estándar mínimo inicial aprobado, encaminándose a su perfeccionamiento. Lo anterior, fue advertido en el tratado internacional sobre discapacidad –la CDPD– que sobre el particular determina:

Artículo 28. Nivel de vida adecuado y protección social

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad.
2. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas:
 - a) Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad;

- b) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza;
- c) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza a asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados;
- d) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública;
- e) Asegurar el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y servicios de la jubilación.

Sobre el particular, es imperativo que la estructuración y adopción de políticas públicas –con independencia de su esencia– estén precedidas por las grandes líneas de trabajo que los tratados de derechos humanos disponen. Para el tema de discapacidad se requiere que el enfoque esté desprovisto de elementos propios del paradigma tradicional y del paradigma médico rehabilitatorio que circunscriben la discapacidad a elementos de caridad, vergüenza, lástima, improductividad y su mirada breve como paciente; es decir, que prevalezca sobre estos el modelo social de la discapacidad que se basa en los derechos humanos.

Los ODS representan en su conjunto diecisiete metas mundiales, que en el marco de los derechos humanos y la discapacidad son esenciales para fortalecer los mecanismos de defensa y protección de los derechos humanos en el nivel interno y externo; es decir, trabajar hacia la inclusión plena.

Actualmente, no se concibe la generación de políticas públicas y –consecuentemente– de planes, programas o proyectos en discapacidad, separada de la familia. Por ejemplo, la Política de Discapacidad de la República de Panamá traza en este aspecto un objetivo general único: “Promover y consolidar la inclusión social de la población con discapacidad y su familia, a fin de garantizar su Desarrollo Humano pleno. Para ello la familia, la comunidad y el Estado asegurarán las condiciones para lograr su máxima autonomía independencia y participación en los espacios cotidianos y de vida ciudadana”³⁹.

Hay que mencionar, además, que la citada Política de Discapacidad panameña contiene componentes estratégicos para la intervención en la temática que llaman al trabajo integral desde la base de la familia, identificados como sigue:

“Los componentes estratégicos para la intervención en el tema de la discapacidad son: la Promoción y Prevención, la Equiparación de Oportunidades y la Habilitación y Rehabilitación. Estos componentes requieren para su implementación y ejecución de la acción unificada de la sociedad panameña, y por ende, de sus diferentes estructuras organizativas e institucionales. De allí que la integralidad requerida para el abordaje estratégico de la discapacidad, necesite del concurso de la familia, la sociedad civil, el sector privado y el Gobierno Nacional, los cuales comparten responsabilidades en el manejo de las situaciones relacionadas con la misma”⁴⁰.

Los lineamientos indicados permiten observar que se trata de un documento integral donde familia, sociedad civil, sector

39 Secretaría Nacional de Discapacidad. *Política de Discapacidad de la República de Panamá*, Panamá, 2009, p. 18.

40 *Ibid.*, p. 20.

privado y Gobierno tienen responsabilidades individuales y conjuntas en el tema. Asimismo, el documento oficial reconoce el valor de la contribución de las familias en la estructuración y ejecución de las políticas sociales sobre este tópico, en los términos siguientes:

“La sociedad civil ha participado desde sus inicios con diversos niveles de intensidad. Desde la organización de los padres de familia hasta la creación de proyectos particulares como la Escuela Experimental de Panamá por la década de los 50 y los 60. Durante la década de los ochenta, la participación de la sociedad civil se ve enriquecida con la formación de redes para luchar por el bienestar de las personas con discapacidad y es así como se organiza la Red de Organizaciones de y para Personas con Discapacidad que inicia una lucha por lograr una propuesta consensuada y enmarcada en el concepto de equiparación de oportunidades, logrando la aprobación de la Ley 42, presentada formalmente por el entonces MINIJUNFA, hoy Ministerio de Desarrollo Social”⁴¹.

Consideremos ahora el Plan Estratégico Nacional (en adelante, PEN), adoptado para el período constitucional 2015-2019, que se enmarca en el objetivo de la Política de Discapacidad e incluye en su contenido a la familia. Como documento técnico de actuación, busca generar prácticas de trabajo interinstitucionales, para hacer posible la garantía de los derechos de las personas con discapacidad y sus familias. Sobre el particular, dirige uno de sus objetivos a estas dotando “a las entidades públicas, particulares y a la sociedad civil organizada de un instrumento técnico que conecte el desarrollo de planes, programas y proyectos tendientes a favorecer la calidad de vida y a empoderar a la población panameña con discapacidad y sus familias en aras de proteger y

41 Secretaría Nacional de Discapacidad. *Política de Discapacidad...*, p. 15.

asegurar sus derechos dentro de un enfoque de género y equidad social”⁴².

A través de seis ejes estratégicos, se establecen líneas de acción para alcanzar las metas propuestas en torno a la población con discapacidad y sus familias; dichos ejes son: capacidad de gestión y gobernanza; concienciación y sensibilización; normativa, investigación y tecnología; empoderamiento asociativo y ciudadanía plena; alianza y cooperación para el desarrollo; y accesibilidad universal y equiparación de oportunidades. Esta acción administrativa ha sido adoptada en el país, para trabajar la discapacidad como eje transversal.

El PEN reconoce los aportes significativos de la familia en su elaboración como garante y promotora de los derechos de las personas con discapacidad, de manera tal que sus orígenes se explican al ser “desarrollado con el esfuerzo y aporte de cientos de panameños y panameñas de los diversos sectores de la vida nacional, incluyendo de manera particular a las Personas con Discapacidad y sus familias”; asimismo, se advierte que el PEN “debe ser entendido y utilizado como un documento referente para todos aquellos que están llamados a ejecutar acciones que busquen mejorar servicios públicos y cambios de actitudes que propicien de manera real y efectiva un Panamá Inclusivo para todos”⁴³.

Dicho lo anterior, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y el Instituto de Posgrado en Estudios Internacionales de Ginebra presentaron un resumen de las conclusiones para el tema de unidad familiar, en la Mesa Redonda de Expertos en Ginebra – noviembre de 2001– efectuando un análisis del cual se ofrece lo siguiente :

42 Secretaría Nacional de Discapacidad. *Plan Estratégico Nacional 2015-2019*, Panamá, 2015, p. 53.

43 *Ibid.*, p. 7.

“Si bien el derecho internacional de los derechos humanos no ha definido explícitamente el concepto de ‘familia’, existe un *corpus* emergente de jurisprudencia internacional al respecto que sirve como guía para la interpretación. El tema de la existencia o no de una ‘familia’, es esencialmente una cuestión de hecho que debe determinarse caso a caso, para lo cual es indispensable adoptar un enfoque flexible que tome en cuenta las variantes culturales y los factores de dependencia económica y emocional. Para los fines de la reunificación familiar incluye, como mínimo, a los miembros de la familia nuclear (cónyuges y niños y niñas menores de edad)”⁴⁴.

En consecuencia, el Estudio sobre la Prevalencia y Caracterización de la Discapacidad en Panamá concluyó para el tema discapacidad, dependencia y familia, lo siguiente: “Las discapacidades que en términos porcentuales presentan mayores condiciones de dependencia, lo son las discapacidades múltiples y personas con problemas orgánicos. Regularmente la familia es quien asume la responsabilidad en el cuadro de las personas en condición de dependencia. El número de personas contratadas para estos fines es muy pequeño y la opción donde se establece que nadie está al cuidado de las personas con discapacidad es significativa”⁴⁵.

La familia es el principal cuidador de la persona con discapacidad; no obstante, frente a ello puede generarse un factor excluyente porque existe la posibilidad de que un integrante de la misma abandone su plan de vida personal y profesional, para dirigir su atención al cuidado de la persona con discapacidad.

44 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados e Instituto de Posgrado en Estudios Internacionales de Ginebra, *Resumen de conclusiones: Unidad familiar*, Mesa de expertos en Ginebra, Suiza, 2001, p. 3.

45 Presidencia de la República de Panamá y Secretaría Nacional para la Integración Social de las Personas con Discapacidad. *Estudio sobre la Prevalencia...*, p. 129.

Por ejemplo, la madre que decide renunciar al trabajo por esta circunstancia y atender a su hijo con discapacidad. Aunado a eso, la reducción del presupuesto familiar impacta negativamente en el hogar y, en consecuencia, la satisfacción de las necesidades esenciales es amenazada por la falta de recursos económicos para su cobertura.

Un enfoque diferencial aplicado a las políticas públicas para la inclusión social, trae como resultado el reconocimiento y la formalización del asistente de vida para las personas discapacidad, lo cual permite contrarrestar la discriminación y la exclusión a la que se ven expuestas como parte de una familia. Por un lado, les permite ser partícipes activas de eventos comunitarios y sociales; por otra parte, al integrante del hogar le permite retomar los planes personales e incluirse en diversas áreas entre las cuales están la educativa y la laboral, solo por mencionar algunos de ellos.

Por lo anterior, en cuanto a la familia, el Estudio sobre la Prevalencia y Caracterización de la Discapacidad en Panamá recomendó que esta “se constituya en el ambiente más acogedor y amigable para las personas con discapacidad, donde éstas se sientan incluidas, valoradas, aceptadas y queridas. Que la familia se convierta en un activo promotor de los procesos inclusivistas en la comunidad, promoviendo y propiciando la integración de las personas con discapacidad en todos aquellos ambientes y escenarios de carácter interactivo, donde sea la propia experiencia y el contacto interpersonal los que generen un cambio de actitud positiva en la comunidad”⁴⁶.

Ahora bien, el ambiente al que se hace referencia en dicho documento es el de un entorno familiar adecuado para el desenvolvimiento y desarrollo de las personas con discapacidad, como seres humanos; no obstante, este logro solo es posible con la articulación de las políticas públicas que el Estado adopte e

46 *Ibid.*, p. 144.

implemente bajo una perspectiva de derecho, con visión inclusiva que las materialice a través de acciones afirmativas, las cuales se concretan con la participación y la atención de la familia.

Llegados a este punto, en esa línea de atención, el Resumen Ejecutivo del Estado Mundial de la Infancia 2013, advierte lo siguiente:

“En cualquier iniciativa que busque fomentar la inclusión y el sentido de la equidad, los niños y niñas con discapacidad deben poder contar con el apoyo de sus familias, de las organizaciones para personas con discapacidad, de las asociaciones de padres y madres, y de los grupos comunitarios. También deben contar con asociados en otros lugares. Los gobiernos tienen la capacidad de ayudar mediante la armonización de sus políticas y programas con el espíritu y las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los Derechos del Niño”⁴⁷.

Siendo así, la familia es parte integral de las políticas sociales enfocadas en la discapacidad, por lo que no puede enfocarse la atención de las personas con discapacidad separadas de aquella. La Ley N° 42 del 27 de agosto de 1999, mediante la cual se establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad en Panamá, lo dispuso formalmente en los siguientes términos:

Artículo 1

Se declara de interés social el desarrollo integral de la población con discapacidad, en igualdad de condiciones de

47 UNICEF. *Estado Mundial de la Infancia 2013. Resumen ejecutivo*, New York, 2013, p. 2.

calidad de vida, oportunidades, derechos y deberes, que el resto de la sociedad, con miras a su realización personal y total integración social. También se declaran de interés social, la asistencia y tutela necesarias para las personas que presenten una disminución profunda de sus facultades⁴⁸.

El artículo citado representa una obligación jurídica social en la temática bajo análisis; es una de las tantas responsabilidades estatales frente a la familia y las personas con discapacidad. De forma precisa, el artículo 5 de la normativa referida reconoce lo siguiente: “Los padres, tutores o quienes ejerzan la representación legal de menores con discapacidad o mayores incapaces, tienen derecho a participar en todas las instancias y organizaciones de salud, educación, trabajo y demás actividades en que éstas participen”⁴⁹.

El derecho a la participación contenido en la disposición previa, es un derecho amplio que abarca todas los ámbitos sociales como el educativo, el laboral, el de salud, el cultural, el recreativo, el jurídico y el familiar, entre otros. Además, otorga amplias facultades a los padres, tutores y representantes legales de las personas con discapacidad para ejercerlas en aras de obtener el mayor bienestar para sus hijos, tutelados o representados. De allí que al abordar el derecho y la discapacidad, también corresponde al juzgador encaminar sus decisiones hacia el bienestar de la familia y la persona con discapacidad que forma parte de esta.

Lo anterior, constituye un razonamiento lógico del derecho de familia, que se sustenta en los instrumentos internacionales

48 Asamblea Legislativa de la República de Panamá. *Ley N° 42 del 27 de agosto de 1999, por la cual se establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad*, Gaceta Oficial 23,876 del 31 agosto de 1999, Panamá, p. 1.

49 *Ibid.*, p. 3.

y nacionales que reconocen y protegen los derechos humanos de manera general y, de manera específica, para la discapacidad. Es importante resaltar que, ante la falta de una norma jurídica aplicable a un asunto determinado para el caso de Panamá en el que interviene la discapacidad, la autoridad está llamada por el Código Civil a aplicar las leyes que regulen casos o materias semejantes (analogía) y –en su defecto– la doctrina constitucional, las reglas generales del derecho y la costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana, como fuentes formales del derecho⁵⁰.

La experiencia revela que algunas personas con discapacidad en ejercicio del derecho a la autonomía e independencia, desarrollan una representación directa en los diversos espacios sociales. Sin embargo, existe un grupo de personas que también forman parte de ese 11.3 % de panameños y panameñas con discapacidad menores y mayores de edad⁵¹, cuyo vínculo de dependencia con respecto de la familia es absoluto. Ante esta situación, el derecho debe ser flexible y es necesario recurrir a la equidad, a la justicia, a la fraternidad y a la igualdad, por ser postulados de naturaleza axiológica que orientan en la adopción de decisiones donde la familia juega un papel importante en la consecución de los derechos humanos considerados esenciales para el hombre y, en consecuencia, los derechos de las personas con discapacidad.

50 Asamblea Legislativa de la República de Panamá. *Ley N° 2 del 22 de agosto de 1916, por la cual se aprueba el Código Civil (Libro Cuarto - de las obligaciones en general y de los contratos), así como los Códigos Penal, de Comercio, de Minas, Fiscal y Judicial, elaborados por la comisión codificadora*, Gaceta Oficial N° 2,404 del 22 de agosto de 1999, Panamá, p. 10.

51 Presidencia de la República de Panamá y Secretaría Nacional para la Integración Social de las Personas con Discapacidad. *Estudio sobre la Prevalencia...*, p. 30.

Téngase presente que la armonización de las exigencias y preceptos plasmados en la CDPD, no solo demanda un ajuste terminológico y de atención de la discapacidad a través del modelo social que enfatiza en los derechos humanos. Esta armonización alcanza a la sociedad, porque la actitud sigue siendo la barrera más difícil de vencer en torno a la discapacidad y –sin lugar a dudas– sus efectos negativos indican en el entorno familiar.

Es claro que los principios de dignidad humana, justicia social y bienestar general que recoge el preámbulo de la Constitución Política de la República de Panamá, son pilares primordiales en la construcción de un desarrollo humano cuyo paradigma –según la ONU– “es aplicable a todos los países, ricos y pobres, y a todos los seres humanos. Es lo suficientemente flexible, sólido y activo como para servir de modelo en el próximo siglo”⁵². Siendo así, su enfoque inclusivo también exige la atención de la familia desde cualquier contexto, entre los cuales está el jurídico social.

Ahora bien, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU adoptó recientemente la Resolución 32/23, denominada “Protección de la familia: la función de la familia en apoyo a la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad”⁵³; esta representa un valioso instrumento que reafirma el papel de la familia en cuanto a los derechos humanos y la discapacidad; asimismo, resalta aspectos a considerar como los siguientes:

52 PNUD. *Informe sobre Desarrollo Humano 2010*, New York, 2010, p. 3, disponible en http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2010_es_complete_reprint.pdf (acceso 18/11/2017).

53 ONU. *Protección de la familia: la función de la familia en apoyo a la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Consejo de Derechos Humanos, Resolución N° 32/23 del 23 de diciembre de 2016, New York, 2016, pp. 3 a 5.

- a. Reconoce que la familia, siempre y cuando se garantice el respeto de los derechos de sus miembros, es una sólida fuerza de cohesión e integración social, solidaridad intergeneracional y desarrollo social, y desempeña un papel decisivo en la preservación de la identidad cultural, las tradiciones, la moral, el patrimonio y el sistema de valores de la sociedad.
- b. Observa que las familias son sensibles a la tensión ocasionada por los cambios sociales y económicos, y expresa profunda preocupación porque las condiciones hayan empeorado para muchas familias debido a las crisis económicas y financieras, la falta de seguridad en el empleo, el empleo temporal y la falta de ingresos regulares.
- c. Reconoce que la unidad familiar está expuesta a vulnerabilidades y presiones crecientes, y observa que los hogares monoparentales, los hogares encabezados por niños, las familias que tienen miembros con discapacidad y los hogares intergeneracionales pueden ser especialmente vulnerables a la pobreza y la exclusión social, y resuelve prestarles especial atención, teniendo presente que una proporción considerable de los hogares de todo el mundo están encabezados por mujeres y muchos otros hogares dependen de los ingresos de las mujeres, y que los hogares mantenidos por mujeres se encuentran muy a menudo entre los más pobres debido a la discriminación salarial, los patrones de segregación ocupacional en el mercado de trabajo y otras barreras basadas en el género.
- d. Sigue convencido de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir al disfrute pleno y en condiciones de igualdad de los derechos de las personas con discapacidad.

- e. Resalta la función de las familias en el apoyo a sus miembros, incluidos los que tienen discapacidad, y reconoce su potencial para contribuir a la protección y la promoción de los derechos de las personas con discapacidad.
- f. Destaca que las familias siguen siendo el entorno primero y más inmediato en que los niños con discapacidad pueden desarrollar su potencial y disfrutar de una vida plena, y que el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad puede verse profundamente afectado por la calidad de vida de sus familias y el apoyo y la asistencia que se les presta, y subraya la necesidad de proporcionar a las familias que tienen miembros con discapacidad acceso a una amplia gama de servicios de apoyo que respondan a las preferencias, deseos y necesidades personales de sus miembros con discapacidad.
- g. Reconoce que las familias que tienen miembros con discapacidad pueden ser, por asociación, objeto de discriminación en razón de la discapacidad debido a distinciones que afectan o anulan sus derechos.
- h. Reafirma el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda apropiados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y que deberían adoptarse medidas adecuadas para salvaguardar y promover el ejercicio de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y reafirma también el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y al disfrute de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad y mediante la adopción de medidas apropiadas para salvaguardar y promover el ejercicio de ese derecho, en particular asegurando el acceso de las personas con discapacidad y sus familias que vivan en situaciones de pobreza a asistencia del Estado para sufragar gastos

- relacionados con la discapacidad, entre otros los de formación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales que proceda.
- i. Reconoce que las personas con discapacidad pueden ser padres y cabezas de familia y, por consiguiente, todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio tienen derecho a hacerlo y a fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges.
- j. Afirma que los niños con discapacidad tienen los mismos derechos con respecto a la vida en familia y que los Estados deben hacer efectivos esos derechos, prevenir la ocultación, el abandono, el descuido y la segregación de los niños con discapacidad, y tomar medidas para proporcionar prontamente información, servicios y apoyo de carácter general a los niños con discapacidad y a sus familias.
- k. Destaca que los Estados deben adoptar todas las medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia y abuso contra personas con discapacidad asegurando, entre otras cosas, la existencia de formas adecuadas de asistencia y apoyo que tengan en cuenta el género y la edad para las personas con discapacidad y sus familiares y cuidadores, incluso proporcionando información y educación sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abuso, y garantizando que los servicios de protección tengan en cuenta la edad, el género y la discapacidad.
- l. Destaca también la necesidad de que los Estados adopten medidas inmediatas, eficaces y apropiadas para crear conciencia en toda la sociedad, incluso a nivel familiar, acerca de las personas con discapacidad, con miras a fomentar el respeto de sus derechos y su dignidad.

- m. Exhorta a los Estados a que, en sus marcos jurídicos y de políticas, reconozcan el importante papel que desempeñan las familias en el cuidado y apoyo de las personas con discapacidad.
- n. Insta a los Estados a que, de conformidad con las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, brinden a la familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad, protección, apoyo y asistencia efectivos y, en ese sentido, alienta a los Estados a que adopten medidas eficaces pertinentes, según proceda, hasta el máximo de los recursos de que dispongan.
- o. Reconoce la importancia de la función que desempeña la sociedad civil, lo cual incluye a las organizaciones de personas con discapacidad y sus familias, las instituciones nacionales de derechos humanos, los institutos de investigación y el mundo académico, en la labor de defensa, promoción, investigación y formulación de políticas, y, según proceda, en la evaluación del desarrollo de las políticas relativas a la familia y en el fomento de la capacidad.
- p. Reconoce también que la unidad familiar desempeña un papel decisivo en el desarrollo social y, en consecuencia, se la debe fortalecer y se debe prestar atención a los derechos, las capacidades y las obligaciones de sus integrantes, e invita a los Estados, las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas y todas las demás partes interesadas a que tengan en cuenta la función de la familia como elemento que contribuye al desarrollo sostenible y la necesidad de reforzar la formulación de políticas relativas a la familia en el marco de su labor encaminada a alcanzar los objetivos de desarrollo acordados internacionalmente, incluida la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

Frente a los resultados expuestos el Estado, la sociedad, la familia y el individuo tienen la responsabilidad de seguir trabajando para suprimir los obstáculos sociales que restringen los derechos de la familia y de las personas con discapacidad, en el marco de la progresividad de los derechos humanos y el principio de no regresión. Desde la perspectiva individual y social, todos debemos ejercer un rol en la defensa y promoción de los derechos humanos, con especial énfasis en los de los sectores más vulnerados.

Sobre la responsabilidad estatal, colectiva, familiar e individual, se considera oportuno citar el contenido de la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, de la ONU; en la misma se hace un llamado general a cumplir esta responsabilidad social y moral hacia la protección de los derechos humanos de todos y todas, que establece “al tenor de lo expresado” lo siguiente:

Artículo 1

Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional.

Artículo 2

1. Los Estados tienen la responsabilidad primordial y el deber de proteger, promover y hacer efectivos todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, entre otras cosas, adoptando las medidas necesarias para crear las condiciones sociales, económicas, políticas y de otra índole, así como las garantías jurídicas requeridas para que toda persona sometida a

su jurisdicción, individual o colectivamente, pueda disfrutar en la práctica de todos esos derechos y libertades.

2. Los Estados adoptarán las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para asegurar que los derechos y libertades a que se hace referencia en la presente Declaración estén efectivamente garantizados⁵⁴.

Este documento de la ONU tiene como principal objetivo “proporcionar apoyo y protección a los defensores de los derechos humanos en el contexto de su labor”. Articula los derechos ya existentes, de manera que sea más fácil aplicarlos a la función y a situaciones prácticas de los defensores. Presta atención al acceso a la financiación de sus organizaciones, a la reunión y al intercambio de información sobre las normas de derechos humanos y su conculcación⁵⁵.

De esta forma, la Declaración define como defensor de derechos humanos a los individuos, los grupos y las instituciones que contribuyen a la eliminación efectiva de todas las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos y los individuos. De acuerdo con esta definición general, puede ser defensor cualquier persona o grupo de personas que se esfuercen en promover los derechos humanos, desde organizaciones intergubernamentales, hasta individuos que trabajan en sus comunidades indistintamente de su género, edad, nacionalidad, o profesión⁵⁶.

54 ONU. *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, Asamblea General, Resolución N° 53/144 del 8 de marzo de 1999, New York, p. 3.

55 Espinosa, Emna y Velasco, Jessica. *Guía práctica para el uso del sistema interamericano de protección de los derechos humanos para las personas con discapacidad: Un enfoque diferencial*, Panamá, 2017, p. 7.

56 Cfr., *ibid.*, p. 3.

La obligación conjunta en el tema de los derechos humanos es de carácter internacional, no está sujeta a la discreción o voluntad de los Estados y su alcance se extiende a toda la gama de derechos y grupos de la población. El conjunto de instrumentos que tienden a su protección y que forman parte de la estructura interna de los Estados suscriptores, representa una legislación especial y suprema en derechos humanos que debe invocarse, reconocerse y aplicarse con prioridad ante cualquier situación de inseguridad; por tanto, “las obligaciones internacionales vinculan a todos los componentes del Estado, sin importar su jerarquía o función, cada órgano es responsable de hacer efectivas las obligaciones internacionales, que incluye desde luego, el poder judicial”⁵⁷.

El enfoque de derecho requiere que la familia no solo sea concebida como esa parte medular de la sociedad que contribuye a la formación del ser humano, sino que debe reconocérsele como parte primaria y fundamental de la estructuración y ejecución de las políticas públicas. Su rol participativo y representativo en este espacio, se encamina a la satisfacción de intereses de sus integrantes con discapacidad y del cuidado del entorno familiar.

Finalmente, los derechos humanos requieren que los ajustes que realicen los Estados en su estructura interna sean notorios y se centren en la satisfacción de los requerimientos sociales, en especial de los grupos que por tradición histórica les han sido y les son vulnerados, teniendo como norte el deber de respeto y garantía de los derechos humanos. Esto, le impone un nuevo reto al Estado frente a la discapacidad: el de ser gestor de políticas públicas para la familia, pues en este contexto es donde converge lo jurídico y lo social. La familia es la base de la inclusión.

57 Andreu, Federico y otros. *Convención Americana de Derechos Humanos. Comentario Christian Steiner y Patricia Uribe (editores)*, Plural Editores, Bolivia, 2014, p. 16.

Conclusiones

Una vez finalizada la redacción del presente ensayo, se presentan las conclusiones siguientes:

1. El enfoque biopsicosocial de la discapacidad llama a la atención de la familia, como entorno esencial básico en el que tiene lugar el desarrollo de la vida de la persona con discapacidad. Dicha atención debe prever la integralidad de la misma, siendo esta la herramienta más efectiva para garantizar, fortalecer y promover la autonomía y la independencia de aquella.
2. El principio de equiparación de oportunidades, de aplicación específica para la discapacidad, dispone que todo el estamento gubernamental se encuentre a disposición de atender a la diversidad como parte de la condición humana. Se requiere de las adecuaciones necesarias para un acceso social, como derecho de la persona con discapacidad y sus familias a la inclusión plena; entre tales adecuaciones, está la adopción de políticas públicas desde una perspectiva inclusiva.
3. Una de las debilidades de las estructuras internas de los Estados ante la aprobación de los tratados internacionales de derechos humanos, es la fragmentación de las responsabilidades en cuanto al cumplimiento de los mismos; la visión pública sigue siendo restringida y es uno de los factores que inciden en la efectividad y el alcance de las políticas públicas.
4. El componente social y jurídico son coincidentes en el contexto de la discapacidad, previendo que no es posible la elaboración e implementación de políticas públicas desvinculadas de la

familia, pues el logro de las mismas se traduce en una atención primaria y de calidad al ser piezas fundamentales para la autonomía e independencia de la persona con discapacidad.

El enredo semántico de los derechos humanos

*Ana Gaitán Uribe**

Introducción

En la arena internacional, el lenguaje de los derechos humanos tiende a dominar el debate político. Los derechos son utilizados como una sólida base para imponer obligaciones estatales y hacer exigibles demandas, pero nuestro entendimiento del concepto es notoriamente frágil¹. Como consecuencia de lo anterior, en los últimos años, distintas voces se han alzado en contra de lo que perciben como una designación indiscriminada de intereses colectivos, vagos y poco claros, como derechos humanos. Por lo que se considera que, actualmente, existe el riesgo de convertir a los derechos humanos en retórica que solo sea útil para logros políticos.

* Maestra en Derecho con especialización en derechos humanos por la Universidad de Columbia, Nueva York, y licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente labora como asesora jurídica para la delegación de México, América Central y Cuba del Comité Internacional de la Cruz Roja. Ha trabajado como abogada en la Red en Defensa de los Derechos Digitales (R3D); pasante en la sexta comisión de la Misión Permanente de México ante las Naciones Unidas; profesional operativa en la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y asistente de investigación en el Instituto Nacional de Ciencias Penales.

1 *Cfr.* Dworkin, Ronald. “*The Model of Rules*”, en *University of Chicago Law Review*, Vol. 35, N° 1, 1967, pág. 14.

El presente trabajo analizará la naturaleza de los derechos humanos, para evaluar si su proliferación se debe a inadecuadas definiciones de un concepto polifacético. Asimismo, se examinarán las objeciones que se han realizado con respecto a la expansión y dilución de los derechos humanos, explorando dos principales preocupaciones. Por un lado, la postura de que representan un núcleo duro de derechos fijos y limitados; por otro, la contienda de que cuando todo puede ser definido como un derecho humano, el precio por violarlos es bajo².

Para determinar si la proliferación de un nuevo conjunto de demandas de “derechos humanos” se basa en una categorización inapropiada, el estudio requiere analizar las consecuencias de su expansión. Es decir, el trabajo no solo abordará la preocupación de que su expansión reste de valor a los derechos humanos, sino que también se centrará en las posibles ganancias materiales para aquellas demandas que no fueron previamente enmarcadas en la dialéctica de los derechos humanos.

I. Génesis de los derechos: ¿Contamos con un conjunto claramente definido y constreñido de derechos humanos?

Una cuestión preliminar a resolver al momento de analizar la proliferación de los derechos humanos, es el cuestionamiento sobre si los mismos deben abarcar un conjunto fijo y limitado de derechos. Dicha posición parece inclinarse por el entendimiento de los derechos humanos como consideraciones metaéticas, con valores intrínsecos. Las teorías naturalistas los consideran como principios morales universales, válidos en todos los tiempos y

2 Cfr. Mchangama, Jacob y Verdirame, Guglielmo. “*The Danger of Human Rights Proliferation*”, en *Foreign Affairs*, 24 de julio de 2013, pág. 3.

lugares. Así, las determinaciones particulares de estos principios pueden variar debido a factores contextuales y legales, pero los principios por sí mismos se mantienen siempre y en todos lados iguales³.

Esta perspectiva presenta un gran problema. No tenemos una fórmula preestablecida para determinar cuántas y qué tipo de demandas pueden ser consideradas como derechos humanos; aún menos para determinar su valor o peso en un particular orden de magnitud⁴. En otras palabras, no hay un razonamiento deductivo que podamos emplear para establecer con claridad que en una situación particular hay un derecho⁵.

Por el contrario, la génesis de los derechos humanos ha sido un asunto de disputa e incertidumbre. Las interrogantes sobre su naturaleza, necesariamente nos llevan a asumir alguna de las posiciones filosóficas que rinden cuenta sobre los mismos. Por ejemplo, desde una perspectiva positivista los derechos humanos son protecciones institucionales contra riesgos estándares –razonablemente predecibles– de intereses urgentes⁶. Las constituciones o los procesos de adjudicación provén de un conjunto de derechos legales individuales relacionados con la libertad de expresión, el debido proceso, la protección igualitaria y cláusulas similares. Bajo la postura positivista, los derechos humanos requieren de validez legal y soporte institucional.

3 Cfr. Waluchow, Wilfrid. “*Inclusive legal positivism*”, en *Oxford University Press*, NUEVA YORK, 23 DE JUNIO DE 1994, PÁG. 146.

4 Cfr. Dworkin, Ronald. “*The Model of...*”, pág. 41.

5 Cfr. Hart, Herbert Lionel Adolphus. “*The Concept of Law*”, en *Oxford University Press*, 2ª ed., Estados Unidos de América, 3 de noviembre de 1994, pág. 106.

6 Cfr. Beitz, Charles. “*The Idea of Human Rights*”, en *Oxford University Press*, Estados Unidos de América, 9 de septiembre de 2011, pág. 110.

En contraste, para los llamados “moralistas objetivistas”, el tener únicamente los derechos humanos que el gobierno escoge conceder es no tener derechos humanos en lo más mínimo⁷. Por tanto, se corre el riesgo de que los derechos humanos que no se han institucionalizado se vuelvan dependientes de las características institucionales específicas de los derechos legales⁸. Por ejemplo, surgen controversias con respecto a nuestras nociones de los derechos cuando uno nuevo llega a una Corte sin una ley o precedente que lo otorgue o niegue, pero con una percepción mayoritaria de la sociedad de que dicho derecho le pertenece con base en consideraciones morales⁹. Por lo que, incluso si los derechos humanos se sustentan y garantizan a través de las instituciones legales, sus conexiones con esas instituciones “no son tan directas como para ser enmarcadas como el criterio para su existencia”¹⁰.

Similarmente, un tercer acercamiento sostiene que las fuerzas sociales moldean y configuran el derecho¹¹. Los derechos humanos son un fenómeno social cuyo significado depende de la manera en la que se involucren sus múltiples participantes¹². Sin embargo, las personas que creen en los derechos fundamentales usualmente creen también que estos no derivan de prácticas sociales que los reconozcan e implementen¹³.

7 Cfr. Dworkin, Ronald. “*Taking Rights Seriously*”, en *Harvard University Press*, Estados Unidos de América, 1977, pág. 303.

8 Cfr. Raz, Joseph. “*Legal Rights*”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 4, N° 1, 1984, pág. 2.

9 Cfr. Dworkin, Ronald. “*The Model of...*”, pág. 14.

10 *Ibid.*, pág. 42.

11 Cfr. Cohen, Felix. “*Transcendental Nonsense and the Functional Approach*”, en *Columbia Law Review*, Vol. 35, N° 8, junio 1935, págs. 812-817.

12 Cfr. Beitz, Charles. “*The Idea of...*”, pág. 106.

13 Cfr. Raz, Joseph. “*Legal Rights*”, pág. 4.

Consecuentemente, las respuestas a cualquier cuestionamiento acerca de los derechos humanos y de lo apropiado de su proliferación, dependen de la posición desde la que los observemos: ¿Los derechos se reconocen o se crean? ¿Hay y puede haber nuevos derechos a ser descubiertos (ley natural) o, creados legalmente (positivismo) y/o debido a las demandas de nuestra sociedad (realismo)?

En suma, el problema toral cuando estamos discutiendo la proliferación de los derechos humanos, es que no hay una regla de reconocimiento de los mismos. Los derechos humanos no esperan a que nosotros los etiquetemos cuidadosamente y su clasificación legal no viene escrita en los mismos para simplemente ser leída por el juez¹⁴. Por tanto, el sostener que existe un núcleo duro, determinable y estático de derechos humanos elevado a tal calidad en razón de su relación con normas superiores, nos lleva a incurrir en argumentos lineales y absolutistas.

Asimismo, no podemos reducir a los individuos a recipientes pasivos de valores predefinidos, en vez de considerarlos como agentes que le dan forma a sus condiciones de vida y que se involucran en la interpretación de sus necesidades¹⁵. Si bien lo que significa ser un humano atiende en gran medida al concepto de dignidad humana, la noción de una base fija, predeterminada y no negociable puede omitir la ineludible consideración de necesidades básicas de subsistencia y seguridad de las personas.

Gran parte de nuestros pensamientos, principios de acción y vida social descansan en factores contingentes que un día pueden

14 Cfr. Hart, Herbert Lionel Adolphus. “*Positivism and the Separation of Law and Morals*”, en *Harvard Law Review*, Vol. 71, N° 4, 1958, pág. 607.

15 Cfr. Rist, Gilbert. “*The History of Development: from Western Origins to Global Faith*”, en *Zed Books*, 2ª ed., Londres y Nueva York, 2002, págs. 167 y 168.

cambiar¹⁶. De acuerdo con Jerome Frank, incluso en una sociedad relativamente estática, nunca hemos podido construir un conjunto de reglas comprensivas y eternas que prevean todas las futuras permutaciones y combinaciones de eventos; por lo que, existirán situaciones destinadas a ocurrir que no habíamos contemplado¹⁷.

En la misma línea, conforme a Amartya Sen, el alcanzar un acuerdo universal sobre un núcleo mínimo de derechos objetivamente definido, es inconsistente con la diversidad de sociedades; no solo por la variedad de recursos, sino también por las diferentes expectativas culturales que puedan correr en paralelo para influenciar la decisión¹⁸.

Así, múltiples debates existen sobre los derechos fundamentales que tenemos como individuos, lo que los mismos comprenden así como aquello que compelen a las autoridades a hacer. Dentro de estas discusiones tienen particular relevancia las justificaciones éticas gobernantes, mismas que deben ser inmunes a las decisiones políticas de corto plazo o a los análisis de costo-beneficio.

En conclusión, el reducir los derechos humanos a un núcleo esencial previamente configurado amenaza conceptos más amplios –como el de los derechos económicos y sociales– y pretende dar a los derechos una característica de determinación de la que carecen. Más que buscar núcleos esenciales de derechos fijos y predeterminados, tal vez debamos dirigir nuestra atención hacia los ámbitos donde existe consenso en cuanto a que estamos en presencia de un derecho y sobre la debida interpretación del contenido del mismo.

16 Cfr. Hart, Herbert Lionel Adolphus. “*Positivism and...*”, pág. 622.

17 Cfr. Frank, Jerome. “*Law and the Modern Mind*”, en *Brentano's*, Estados Unidos de América, 1930, pág. 6.

18 Cfr. Sen, Amartya. “*Inequality Reexamined*”, en *Oxford University Press*, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, 1992, pág. 115.

II. Justiciabilidad y exigibilidad de los derechos humanos

Las objeciones contra la proliferación de los derechos humanos, también se centran en el problema de utilizar su discurso como soporte de intereses que –se considera– son ambiguos. La crítica hace alusión principalmente a los denominados derechos de la tercera generación. Una de las posturas en este sentido es que estamos permitiendo a “Estados no liberales cambiar el foco de núcleos de libertades a derechos vagos y conceptualmente poco claros que no le dan una obligación concreta a los Estados”¹⁹.

El argumento tiende a relacionarse con la presunta dicotomía entre derechos “negativos” y “positivos”. Así, dichas demandas son vistas como metas potenciales o aspiraciones cuya violación –al no demarcar las obligaciones del Estado, principalmente en comandos para abstenerse– no conlleva la misma justiciabilidad y/o exigibilidad de los derechos humanos, por lo que restan de valor práctico a los mismos al sumarse a su categorización.

En efecto, el derecho constitucional suele reconocer únicamente derechos “negativos”. La correlativa relación entre derechos humanos y sus garantías, es más fácilmente alcanzada cuando el gobierno es requerido para abstenerse de interferir o restringir innecesariamente las libertades de las personas; por ejemplo, a no torturar. No obstante, el discurso de los derechos está permeándose de demandas políticas y sociales.

En esta línea, se ha hablado mucho de reformular los derechos económicos, sociales y culturales en términos de los derechos de primera generación. Por ejemplo, manejar el derecho a la salud como una violación del derecho a la vida o a la integridad personal. Así, algunas veces estos derechos son reducidos a una

19 Mchangama, Jacob y Verdirame, Guglielmo. “*The Danger of...*”, pág. 2.

variación compleja de los derechos de primera generación, pues es más fácil asegurar su protección cuando exigimos del Estado comandos sencillos de hacer o abstenerse.

Los estándares legales comunes, en oposición a los fines progresivos (posibilidad de implementar derechos sobre el tiempo dependiendo de los recursos), crean un nivel de justiciabilidad mínimo pero seguro²⁰. Se exigen esfuerzos moderados pero factibles a los Estados, que permiten la redistribución de recursos en vez de esfuerzos extensivos que requieran de asistencia y cooperación internacional.

En efecto, uno de los inconvenientes cuando enmarcamos en el lenguaje de los derechos humanos las necesidades de sociedades específicas, es que los gobiernos tienen que asumir un papel activo que no puede organizarse exclusivamente en obligaciones de no hacer, sino más en esfuerzos cooperativos. Tienen que realizar reformas masivas y costosas, tanto social como económica e institucionalmente. Estas empresas colectivas de largo plazo, con resultados inciertos, requieren “un gran esfuerzo de inversión social y supervisión gubernamental”²¹.

Aunado a esto, puede existir una alta disparidad entre países con respecto a la posibilidad de cumplimiento de sus deberes. En palabras de Fawcett, incluso con voluntad política, “no todos los países o todas las exigencias [entendidas como necesidades o demandas en movimiento] están de ninguna manera en la misma etapa del proceso”²². Por ejemplo, condiciones de escasez

20 Cfr. Young, Katharine. “*The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content*”, en *The Yale Journal of International Law*, Vol. 33, N° 1, 2008, pág. 121.

21 Buchanan, Allen. “*The Heart of Human Rights*”, en *Oxford University Press*, Estados Unidos de América, 2013, pág. 162.

22 Fawcett, James. “*The International Protection of Human Rights*”, en *Political Theory and the Rights of Man*, ed. D.D. Raphael, *Bloomington: Indiana University Press*, 1967, pág. 125.

en donde no hay suficiente suministro o abasto de bienes, hacen imposible que los gobiernos puedan satisfacer las necesidades de todos. Así, existen innumerables situaciones en las que estos derechos no podrán ser efectivamente ejercidos.

En la misma línea, parece que este tipo de derechos no establecen condiciones para que su ejercicio y cumplimiento sean necesarios o, incluso, posibles. El argumento es que se menoscaba la importancia de los derechos humanos al abrir un campo para que su violación sea inevitable, pues siempre podrá haber otras consideraciones o contrainstancias para que los derechos no prevalezcan. Por lo que, estas demandas serían mejor concebidas como metas políticas que requieren que los gobiernos vayan en cierta dirección.

La objeción no es irrelevante. Si no dotamos a los derechos humanos de una apropiada fuerza de ley, los mismos se mantendrán meramente como cheques políticos o morales. En palabras de Fuller: “Si, como a veces parece ser el caso, las leyes [...] se mantienen en registros como una especie de acto simbólico, con el conocimiento de que no serán y no pueden ser implementadas, su legalidad moral se ve seriamente afectada. No habrá manera de poner en cuarentena el contagio o prevenir la propagación a otras partes del sistema legal. Es, desafortunadamente, una técnica política común el aplacar un interés con la expedición de una ley y el calmar un interés opuesto dejando dicha ley inexigible”²³.

23 Traducción de la autora al español del siguiente texto: “[A]re kept on the books as a kind of symbolic act, with the knowledge that they will not and cannot be enforced, legal morality is seriously affected. There is no way to quarantine this contagion against a spread to other parts of the legal system. It is unfortunately a familiar political technique to placate one interest by passing a statute, and to appease an opposing interest by leaving the statute largely unenforced”. Fuller, Lon. “*The Morality of Law*”, en *Yale University Press*, Estados Unidos de América, 1964, pág. 237.

Existe una absoluta necesidad de contar con los medios adecuados para hacer exigible el cumplimiento de los derechos humanos²⁴. Necesitamos proveer más intensamente de remedios para garantizarlos o para evitar males definitivos. Cuando los derechos no pueden ser justiciables y/o exigibles, tienden a salirse de las consideraciones políticas; se perciben solo como exigencias de buenas intenciones, pero sin ningún valor práctico.

Un énfasis en los deberes requeridos para implementar los derechos, más que en los elementos de los derechos por sí mismos, propicia estrategias institucionales realistas para la protección de dichos derechos. Es decir, genera soluciones de lo que en realidad se requiere para posibilitar la protección de las personas contra las violaciones de sus derechos²⁵.

En conclusión, la objeción en cuestión descansa primordialmente en la presunción de que la identificación de los derechos humanos con un conjunto de demandas que no pueden ser justiciables, menoscaba el carácter de los derechos humanos como un todo. Así, la diferencia central entre derechos humanos y otro tipo de demandas –mismas que son indebidamente catalogadas como derechos humanos– pareciese ser su exigibilidad y justiciabilidad. Es decir, contrario a dichas demandas, los derechos humanos “disponen consecuencias legales que serán consecuencias inmediatas cuando las condiciones previstas no se cumplen”²⁶. En este sentido, los derechos humanos serían aplicables con una perspectiva de todo o nada.

24 Cfr. Dicey, Albert. “Introduction to the Study of the Law of the Constitution”, en *Liberty Fund*, Estados Unidos de América, 1992, pág. 155.

25 Cfr. Shue, Henry. “Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy”, en *Princeton University Press*, 2ª ed., Estados Unidos de América, 1996, pág. 160.

26 Dworkin, Ronald. “The Model of...”, pág. 25.

Sin embargo, el razonamiento anterior presenta una falla importante: no aplica para ningún tipo de derecho. De acuerdo a Hart, los derechos humanos “no deberían ser entendidos como algo ‘absoluto’, ‘imprescriptible’ o ‘irrevocable’ porque ningún hombre tiene un derecho absoluto o incondicional. Los derechos no dictan el resultado, como si nada más contara. Pueden ser sujetos de balances y ponderaciones, particularmente cuando los intereses de dos derechos colisionan. Aún más, el tener un derecho no es simplemente beneficiarse por el cumplimiento de un ‘deber’. Esto ni es suficiente, ni una condición necesaria para tener un derecho”²⁷.

Adicionalmente, no todos los derechos legales están protegidos por medidas que garanticen su cumplimiento y no todos los titulares de derechos tienen poderes legales para invocar dichas medidas protectoras²⁸. Raz ha sostenido que hay derechos y obligaciones legales que no pueden ser hechas exigibles y violaciones que no dan pie a acciones, sanciones o remedios²⁹. Por tanto, los derechos humanos no aseguran control sobre su correspondiente obligación: sobre un poder legal para tomar acciones legales protectoras³⁰.

27 Traducción de la autora al español del siguiente texto: “[human rights] should not be understood as something ‘absolute’, ‘imprescriptible’ or ‘indefeasible’ because no man has an absolute or unconditional right. Rights do not dictate the result, as if nothing else counted. They can be subjected to balancing, particularly when the interests of two rights collide. More so, to have a right is not simply to benefit by the performance of a ‘duty’. This is neither a sufficient, nor a necessary condition of having a right”. Hart, Herbert Lionel Adolphus. “Are There any Natural Rights?”, en *Philosophical Review*, Vol. 64, N° 2, 1955, pág. 176.

28 Cfr. Raz, Joseph. “Legal Rights”, pág. 3.

29 Cfr., *ibid.*

30 Cfr., *ibid.*, pág. 4.

No podemos entender los derechos humanos meramente sobre la base del remedio apropiado ante su violación o de los medios disponibles para su exigibilidad y justiciabilidad. Los derechos no tienen que ser funcionales para ser considerados importantes. Cuando un derecho humano no está siendo protegido, no procede abandonarlo o alegar que está derogado. Su importancia depende de un enfoque de “portadores de derechos humanos”, en donde los derechos son derechos humanos por la dignidad humana de las personas³¹. Es más: si un derecho particular no es garantizado, esto no debe menoscabar el sistema de los derechos humanos como un todo. En palabras de Williams, “la sutileza de la inestabilidad real de los derechos no vuelve inutilizable su persona de estabilidad”³².

Por tanto, el enfoque dirige indebidamente la atención únicamente a los retos de responsabilizar a los Estados por la violación de derechos; a evaluar si los Estados están en la posición de cumplir o no con el objetivo. Asimismo, se centra en una estrategia de derechos minimalista (núcleo base de derechos, de fácil garantía), para que se obtengan mayores ganancias al minimizar los objetivos a cumplir.

Igualmente, establece una errónea dicotomía entre derechos “positivos” y “negativos”, especialmente cuando consideramos que todos los derechos –civiles políticos, económicos, sociales y culturales– contienen deberes correlativos para que los Estados tanto se abstengan (“negativamente”) como lleven a cabo

31 Cfr. Waldron, Jeremy. “Human Rights: A Critique of the Raz/Rawls Approach”, en *Philosophy of Human Rights*, ed.: Etinson, Oxford University Press, 2015, pág. 2.

32 Traducción de la autora al español del siguiente texto: “[t]he subtlety of rights’ real instability thus does not render unusable their persona of stability”. Williams, Patricia. “The Alchemy of Race and Rights”, en *HARVARD UNIVERSITY PRESS*, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, 1992, pág. 436.

(“positivamente”) ciertos actos en ciertas circunstancias³³. En esta línea, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha insistido en que la realización paulatina de los derechos previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales requiere que se tomen medidas “deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas”³⁴. Lo anterior implica que los correlativos deberes de los derechos no son ambiguos ni de imposible realización, pero sí son intrínsecamente policéntricos y requieren de distintas conductas por parte de los Estados.

Ahora bien, si el cuestionamiento radica en una visión pragmática en donde el valor de los derechos reside en su justiciabilidad, en las capacidades institucionales de los Estados para garantizarlos, en su disponibilidad y en su accesibilidad, entonces un apropiado análisis debe considerar no solo las consecuencias indeseables de dicha categorización, sino también los alcances y repercusiones positivas. Y, en esta línea, es importante considerar que el trasladar necesidades a derechos puede traer un sentido de empoderamiento, mismo que definirá la relación del individuo con la ley y el derecho³⁵.

33 Cfr. Young, Katharine. “The Minimum Core of...”, pp. 151 y 152.

34 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación general N° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, Reporte de la Quinta Sesión, N° 3, Anexo III, Naciones Unidas, 10, Doc. UN E/1991/23 (1991), párr. 2.

35 Cfr. Williams, Patricia. “The Alchemy of...”, pág. 435.

III.El costo social de introducir intereses colectivos a la dialéctica de los derechos humanos

Para los realistas, “la presente tendencia en el derecho es alejarse de la seguridad estática –la preservación de derechos establecidos anteriormente– hacia una seguridad dinámica –la protección de hombres comprometidos en nuevas empresas–”³⁶. En esta línea, ha habido una inclinación hacia asimilar e identificar las necesidades básicas con los derechos humanos. Dicha tendencia ha diluido la distinción entre derechos humanos y otras demandas, al construir o “disfrazar” derechos humanos como metas sociales.

El problema es que los derechos humanos no son meras cuestiones políticas. Una política es “un estándar que determine una meta a ser alcanzada, generalmente una mejora en algún componente económico, político o social de la comunidad”³⁷. Discutiblemente, los derechos humanos son razones de justicia o de cualquier otra dimensión de la moralidad y, por tanto, no están asegurados simplemente porque avanzarán o asegurarán un objetivo o fin deseable.

Existe un sentido de titularidad o pertenencia enlazado a los derechos humanos. El tener un derecho es tener un “interés suficientemente fundado [razones seriamente consideradas] para hacer a otro sujeto de un deber”³⁸. Los derechos son típicamente concebidos como reglas morales que no solo prescriben la conducta, sino también forman “un tipo de propiedad moral de la que los individuos son portadores”³⁹. Los derechos humanos tienen un poder legal para exigir algo de lo que todos los individuos son titulares, en oposición a simplemente hacer una

36 Frank, Jerome. “Law and...”, pág. 10.

37 Dworkin, Ronald. “The Model of...”, pág. 23.

38 Raz, Joseph. “Legal Rights”, pág. 5.

39 Hart, Herbert Lionel Adolphus. “Are There...”, pág. 179.

aserción que demanda el reconocimiento de otras personas⁴⁰. En palabras de Feinberg:

“El tener un derecho es tener una demanda/reclamo [*claim*] contra otra persona, cuyo reconocimiento como válido se basa en un conjunto de reglas gobernantes o principios morales. El tener una demanda/reclamo [*claim*], en cambio, es tener un caso que amerita consideración, es decir, tener razones o fundamentos que ponen a uno en la posición para enfrentarse a demandas propositivas. La actividad de demandar/reclamar [*claiming*], finalmente, como cualquier otra cosa, genera auto-respeto, así como respeto por otros y da sentido a la noción de dignidad personal”⁴¹.

En este sentido, los derechos humanos –en oposición a otras demandas– no se diferencian en grado: ningún derecho es más un derecho sobre los otros⁴². Los derechos humanos “no son vistos como derechos que los gobiernos liberales garantizan, sino como una clase especial de derechos urgentes”⁴³. Su cumplimiento es una condición necesaria para la legitimidad de las instituciones políticas y del orden legal⁴⁴. No son meramente preferencias dentro de un mar de opciones respetables.

40 Cfr. Feinberg, Joel. “The Nature and Value of Rights”, en *Journal of Value Inquiry*, Vol. 4, 1970, pág. 257.

41 Traducción de la autora al español del siguiente texto: “[t]o have a right is to have a claim against someone whose recognition as valid is called for by some set of governing rules or moral principles. To have a claim in turn, is to have a case meriting consideration, that is, to have reasons or grounds that put one in a position to engage in performative and propositional claiming. The activity of claiming, finally, as much as any other thing, makes for self-respect and respect for others, gives a sense to the notion of personal dignity”. *Ibid.*

42 Cfr. Fawcett, James. “The International Protection...”, pág. 128.

43 Rawls, John. “The Law of Peoples”, en *Harvard University Press*, Estados Unidos de América, 1999, pág. 79.

44 Cfr., *ibid.*, pág. 81.

Consecuentemente, la designación de una demanda como derecho humano tiene importantes costos sociales. Las demandas y necesidades que no se envuelven en el discurso de los derechos, se ven como más pertinentes que decisivas. La práctica ha tratado estas exigencias particulares como estipulaciones condicionales. Son decisivas únicamente cuando no se encuentran disponibles consideraciones menos conflictivas o de mayor peso. Pueden inclinar la acción del gobierno en una u otra dirección, pero también habrá otro conjunto de consideraciones jalando en la dirección opuesta.

Así, hay una importante razón para que los movimientos sociales apuesten por la utilización de la dialéctica de los derechos; dicha estrategia será sumamente útil para que sus demandas se prioricen en la agenda política. El lenguaje moldea el pensamiento y las palabras tienen un efecto poderoso en las actitudes de las personas⁴⁵. Las palabras y frases pueden inducir ciertas emociones y actitudes en una audiencia política o judicial⁴⁶. En palabras de Holmes, “para una imaginación de cualquier alcance, la forma de poder de mayor alcance no es el dinero, sino el comando de las ideas”⁴⁷.

En la práctica, parece que lo que no está enmarcado en el lenguaje de los derechos humanos, no es merecedor de consideraciones serias inmediatas. Dado que los derechos humanos “son una clase especial de derechos urgentes”, cualquier demanda que existe dentro del modelo tiene una

45 Cfr. Fuller, Lon. “*Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Hart*”, en *Harvard Law Review*, Vol. 71, N° 4, 1958, pág. 649.

46 Cohen, Felix. “*Transcendental Nonsense...*”, pág. 175.

47 Traducción de la autora al español del siguiente texto: “[t]o an imagination of any scope the most far-reaching form of power is not money, it is the command of ideas”. Holmes, Oliver. “*The Path of the Law*”, en *Harvard Law Review*, Vol. 10, 1897, pág. 228.

clara ventaja inicial sobre de aquella que ha sido excluida. La categorización asegura la autoridad o peso de una particular demanda o necesidad. De acuerdo a Feinberg, el categorizar a las necesidades como derechos es “un válido ejercicio de licencia retórica, considerando que es una forma poderosa de expresar la convicción de que deben ser reconocidas por los Estados aquí y ahora como derechos potenciales y, consecuentemente, como determinantes de aspiraciones presentes y guías para políticas presentes”⁴⁸.

Por tanto, “la institución de los derechos es entonces crucial porque representa la promesa de la mayoría a las minorías de que su dignidad y equidad será respetada”⁴⁹. El discurso de los derechos induce un sentido de urgencia y presión sobre necesidades humanas básicas que son lo suficientemente importantes para elevarse al nivel dado a los derechos humanos. Da un sentido de titularidad, adherencia y empoderamiento a minorías oprimidas. También significa que los gobiernos no tienen la libertad de descartarlas y que no cualquier consideración puede sobrepasarlas. Es un pronunciamiento de qué tan vinculante son para el cumplimiento del Estado y qué tan mal está que no se aseguren.

En suma, la caracterización de intereses colectivos, demandas y necesidades como derechos humanos, no puede reducirse a una expresión de sentimientos e intereses subjetivos. Podemos estar reconociendo algo que espera reconocimiento. Tal como Tushnett ha establecido, “las personas necesitan alimentos y

48 Traducción de la autora al español del siguiente texto: “*valid exercise of rhetorical license [considering that] this is but a powerful way of expressing the conviction that they ought to be recognized by states here and now as potential rights and consequently as determinants of present aspirations and guides to present policies*”. Feinberg, Joel. “*The Nature and...*”, pág. 525.

49 Dworkin, Ronald. “*Taking Rights...*”, pág. 310.

refugio en este momento y demandar que esas necesidades se satisfagan, se haga o no, puede ser caracterizado hoy en día como persuasivamente hacer exigible un derecho⁵⁰.

En este sentido, me uno a la posición de Patricia Williams en el sentido de que “al intentar convertirnos en multilingües en las semánticas para evaluar derechos⁵¹, podemos estar persiguiendo un objetivo altamente deseable, a saber: “[e]l objetivo es encontrar un mecanismo político que pueda confrontar la negación de necesidades [...] Para los históricamente desempoderados, la concesión de derechos es simbólica de todos los aspectos que se han negado de su humanidad: los derechos implican un respeto que posiciona a uno en el rango referencial de uno mismo y de los otros y eleva su estatus de ser humano a ser social⁵²”.

IV. Los derechos humanos como logros humanos colaborativos

Las razones anteriores no implican que la proliferación de derechos humanos deba ser un fin perseguible. En principio, existe un riesgo de disolver la distinción esencial entre lo que un derecho humano es y lo que la gente considera que debería de ser. La proliferación de los derechos humanos puede de hecho menoscabarlos, cuando aplicamos criterios arbitrarios

50 Tushnet, Mark. “*An Essay on Rights*”, en *Texas Law Review*, Vol. 62, N° 8, 1984, pág. 11.

51 Williams, Patricia. “*The Alchemy of...*”, pág. 437.

52 Traducción de la autora al español del siguiente texto: “*The goal is to find a political mechanism that can confront the denial of need [...] For the historically disempowered, the conferring of rights is symbolic of all the denied aspects of their humanity: rights imply a respect that places one in the referential range of self and others, that elevates one’s status from human being to social being*”. Williams, Patricia. “*The Alchemy of...*”, pág. 437

y extremadamente amplios para determinar aquello que reconocemos como tales.

Así, la expansión de los derechos humanos puede proveerlos de absoluta indeterminación y vulnerar, con ello, los fines sustantivos que persiguen. Una amplia reconceptualización puede restarles fuerza y significado, al ubicar en dicha categoría cualquier interés que busquemos avanzar. El mensaje sería que no hay un elemento central de los derechos humanos que los haga esenciales; nada en su naturaleza sería inconsistente con reconsiderarlos a la vista de políticas sociales⁵³.

Consecuentemente, el prospecto de determinar qué es un derecho humano parecería una tarea infinita, sujeta a la popularidad de determinadas preferencias. De acuerdo a Tushnet, “[A] medida que los derechos proliferan y generan contra derechos, la fuerza especial ligada al lenguaje de los derechos se disipa. La distinción entre derechos y meras políticas se debilita y los proponentes de exigencias fundadas en derechos se convierten únicamente en otro grupo de interés en el juego político ordinario⁵⁴”.

No obstante, al momento de evaluar la pertinencia de la proliferación de los derechos humanos, es importante recordar –tal como fue establecido con anterioridad– que los mismos no son deducciones de premisas. Siempre que se configura un derecho, las elecciones prácticas de lo que valoramos juegan un papel importante. Lo anterior no significa que cualquier asunto

53 Cfr. Hart, Herbert Lionel Adolphus. “*Positivism and...*”, pág. 615.

54 Traducción de la autora al español del siguiente texto: “*as rights proliferate and generate counter rights, the especial force attached to the language of rights dissipates. The distinction between rights and mere policies weakens, and proponents of rights-claims become just another interest group in the ordinary play of politics*”. Tushnet, Mark. “*The Critique of Rights*”, en *Southern Methodist University Law Review*, Vol. 47, N° 1, septiembre-octubre 1993, pág. 32.

de importancia pueda o deba volverse un derecho humano. Vivimos en un mundo de constantes necesidades e intereses en competencia.

El derecho, dice Roberto Unger, “es el producto de conflictos reales y colectivos, llevados a cabo durante tiempos prolongados, entre muchas distintas voluntades e imaginaciones, intereses y visiones”⁵⁵. No cualquier exigencia plausible puede proveer de las bases para otros deberes o demandar un sentido de urgencia en su cumplimiento. Principios y preocupaciones en competencia siempre requerirán un sistema de balances y ponderación, pues es imposible que se proteja a todos en sus intereses.

Lo que sí significa es que requerimos de una perspectiva que se acerque a los derechos humanos como una categoría abierta. Los esfuerzos no deben centrarse en deconstruir los derechos, pero sí en asumir que el lenguaje de los mismos debe mantenerse vivo y tener un carácter abierto. Es decir, debe existir un núcleo de significados establecidos, pero también debe haber “una penumbra de casos debatibles en donde las palabras ni son obviamente aplicables ni obviamente descartadas”⁵⁶.

Incluso con una categoría flexible, todavía requerimos un criterio discriminatorio de importancia. Por tanto, un problema práctico de la proliferación de los derechos humanos es la falta de una regla de reconocimiento. Al estar ausentes criterios fijos de valores, surgen preguntas sobre cómo: (i) definir los estándares de importancia; (ii) establecer qué demandas no solo deben ser, sino que de hecho son derechos humanos; y, (iii) justificar nuestra titularidad con respecto a demandas que hemos convertido en derechos por una práctica social.

55 Unger, Roberto. “*What can legal analysis become?*”, en *Verso Books*, Vol. 65, 1996.

56 Hart, Herbert Lionel Adolphus. “*Positivism and...*”, pág. 607.

En virtud de que no podemos demostrar la autoridad o peso de dichas demandas, hacemos un caso a su favor al apelar a una combinación de consideraciones. Los derechos humanos no son deducciones obtenidas de los principios de la Constitución o alguna fuente metaética. Tienden a ser inducciones sensatas, morales, racionales o generalizaciones realizadas como parte de procesos sociales. Han sido logros humanos colaborativos.

Aquí se requiere hacer una precisión. El hecho de que sean parte de un proceso social no significa que puedan ser fácilmente suspendidos, relativizados o derogados. Simplemente implica que, antes de que sean profundamente enraizados en la estructura de las prácticas políticas como derechos humanos, los argumentamos utilizando “todo un conjunto de estándares cambiantes, en desarrollo e interactivos, tales como aquellos que se relacionan con la responsabilidad institucional, interpretación de reglas/estatutos/leyes y prácticas morales contemporáneas”⁵⁷.

En este sentido, Tushnet considera que al momento de valorar o reconocer la existencia de derechos, debemos seguir tres técnicas: (i) reducir los derechos a una medida de valor que debe ser balanceada contra otros intereses y/o derechos; (ii) tomar en cuenta todos los intereses afectados; y (iii) definir los niveles de generalidad en los que se balancearán los intereses en competencia. Por tanto, “un ponderador que quiere ‘reconocer’ un derecho puede escoger la medida de valor necesaria, las necesarias consecuencias y el necesario nivel de generalidad”⁵⁸.

No obstante, el principal peso de los derechos viene del hecho de que dichas demandas no solo representan los intereses de individuos, sino también las visiones que compitieron, y prevalecieron, de la comunidad mundial. Para que una exigencia

57 Dworkin, Ronald. “*The Model of...*”, pág. 94.

58 Tushnet, Mark. “*An Essay on...*”, pp. 2 y 3.

o demanda se transforme en un derecho humano requiere de un amplio reconocimiento de su fuerza. En otras palabras, requiere de una campaña mundial de ciudadanos que reconozcan aquello que indudablemente consideran justo, así como lo que está en riesgo cuando dicha demanda no es asegurada.

Tal vez no podremos dar un recuento satisfactorio y certero sobre el criterio de importancia. Asimismo, podremos caer en el riesgo de hacer la emergencia de nuevos derechos dependiente de consideraciones políticas o de la mayoría. No obstante, la idea es hacer de ciertos “objetivos sociales” el campo gravitacional que dé peso a la decisión. Cuando una gran parte de la comunidad global ha establecido cuáles son los objetivos o ideales de los que sienten esta titularidad y pertenencia, “tal vez sea el momento de ignorar las abstracciones y concentrarse en vez en darle a la mayoría de los ciudadanos un nuevo sentido de las preocupaciones gubernamentales por el bienestar y de su legitimidad para gobernar”⁵⁹.

Adicionalmente, es igualmente importante centrarse en las consecuencias de la categorización de una amplia cantidad de demandas que los derechos humanos deberían tener. De acuerdo a Bentham, “el análisis conceptual no es notoriamente distintivo desde la empresa de ganar entendimiento de las prácticas y formas de vida en donde los conceptos tienen vida”⁶⁰. En la posición realista, “una cosa puede ser definida acordemente con la manera en la que está reconocida en la práctica y no en concordancia con algún significado ulterior que suponemos posee”⁶¹.

59 Dworkin, Ronald. “*Taking Rights...*”, pág. 310.

60 Postema, Gerald. “*Normative dimensions of jurisprudence*”, en *Oxford: Clarendon*, 1986, pp. 332 y 333.

61 Wu, John. “*Realistic Analysis of Legal Concepts: A study in the legal method of Mr. Justice Holmes*”, en *China Law Review*, Vol. 5, 1932, pág. 2.

Aunque nuevos derechos no pueden ser conformados a la ligera, mucha de la incertidumbre con respecto a lo que en un futuro cercano puede ser considerado como un derecho humano, es de gran valor social. Debemos adaptarnos a la realidad de condiciones cambiantes. De acuerdo a Jerome Frank, “cuando las relaciones humanas se transforman diariamente, las relaciones legales no pueden ser expresadas de maneras perdurables”⁶². Consecuentemente, el constante desarrollo de problemas sin precedentes requiere de un sistema legal capaz de fluidez, flexibilidad y maleabilidad⁶³. De otra manera, estamos limitando la protección de los derechos meramente con base en consideraciones formalistas.

V. El verdadero riesgo

Una visión que depende demasiado de la dialéctica de los derechos humanos para dar importancia a las demandas de la sociedad, puede ser contraproducente. La necesidad de pasar cualquier exigencia a través del filtro del lenguaje de los derechos humanos, promueve una perspectiva que implica que las demandas solo son defendibles cuando tienen una base fundada en derechos.

No obstante y por el contrario, todas las necesidades sociales son vinculantes para los Estados. Los gobiernos no solo están obligados a proteger y garantizar los derechos humanos. La acción estatal se tiene que volver efectiva desde múltiples frentes. Por tanto, los Estados deben llevar a cabo políticas y planes de acción que comprendan toda una lista de funciones de bienestar, y la importancia de dichas políticas no debe ser subestimada.

62 Frank, Jerome. “*Law and...*”, pág. 6.

63 *Ibid*

Consecuentemente, una categorización adicional no debe ser un requisito para que los Estados se sientan obligados a asegurar o, incluso, considerar, las demandas de las personas.

En múltiples instancias, será más conveniente desprender necesidades contextualizadas de la característica de universalidad propia del discurso de los derechos humanos. Así, dichas demandas serán urgentes y necesarias para dichas personas atendiendo a su muy particular situación e independientemente de que exista o no un consenso global de su importancia como parte fundamental de nuestros derechos.

Idealmente, dichas demandas deberían desvincularse del discurso de los derechos y ser abordadas por los Estados como temas políticos que no solo son relevantes, sino también fundamentalmente importantes. En teoría, el dominio apropiado para sujetar nuestras demandas a discusión, deliberación y escrutinio es a través de una acción estatal centrada en metas progresivas y de desarrollo. Sin embargo, ese no es el contexto actual ni describe la presente situación social e institucional de manera precisa.

Cuando los Estados están implementando políticas, hacen juicios con respecto a los pesos relativos de intereses en competencia. Estos juicios muchas veces no tienen nada que ver con el valor de los intereses en juego. Incluso si la discreción solo existe “como un área abierta por un cinturón de restricción que la rodea”⁶⁴, pareciera que los Estados tienen libre elección para dictar las políticas correspondientes. Por tanto, los gobiernos usualmente se quedan cortos en garantizar demandas particularmente importantes de la sociedad (especialmente las exigencias de las minorías). En virtud de que su ejercicio es un asunto de juicio y desacuerdo, el problema total es que las

64 Dworkin, Ronald. “*The Model of...*”, pág. 32.

personas no sienten que sus demandas serán aseguradas o incluso tomadas en cuenta, a menos que se traten como derechos.

Por tanto, si consideramos la manera en la que el lenguaje de los derechos humanos y la política funcionan de hecho, notamos que en realidad se requiere del reconocimiento de una demanda como un derecho legal y particularmente como un derecho constitucional, para que las autoridades lo traten como realmente importante⁶⁵.

En la arena política, los individuos lideran diversas batallas sin un sentido de definición. La obtención de derechos humanos actualmente da a los individuos ese sentido de titularidad y pertenencia; “protegen el dominio en el que las preferencias políticas se forman”⁶⁶; generalmente “significa el comportamiento respetuoso, la responsabilidad colectiva, propiamente debida por la sociedad a uno de sus miembros”⁶⁷. Consecuentemente, el discurso de los derechos humanos puede dar poder, visibilidad e inclusión a grupos segregados⁶⁸.

Adicionalmente, el “hacer un derecho” de ciertas exigencias puede ser un intento deliberado de romper con las barreras ideológicas que han sido establecidas por la predominancia de los derechos “negativos” en la dialéctica de los derechos humanos. Generalmente, se considera que los derechos humanos “pertenecen a aquella rama de la moralidad que se preocupa específicamente por determinar cuándo la libertad de una persona puede ser limitada por la libertad de otra, para así determinar qué acciones pueden ser sujetas de manera apropiada a reglas legales coercitivas”⁶⁹.

65 Cfr. Tushnet, Mark. “*The Critique of...*”, pág. 27.

66 *Ibid.*

67 Williams, Patricia. “*The Alchemy of...*”, pág.437.

68 Cfr. *Ibid.*, pp. 438 y 439.

69 Hart, Herbert Lionel Adolphus. “*Are There...*”, pág. 179.

Asumimos por error que los derechos humanos no pueden representar un deber para llevar a cabo empresas políticas colectivas; que no pueden tener propósitos distintivos y modos de acción. Hoy en día, la imagen de los derechos “negativos” opaca y obstruye la expansión de los derechos “positivos”⁷⁰. La consecuencia material es una subvaluación teórica de las crecientes necesidades de la sociedad y de consideraciones relevantes para el progreso social.

Por tanto, la proliferación de derechos humanos “positivos” puede representar una objeción en contra de la mera priorización de acciones de abstención y no interferencia. Es el reconocimiento de las particularmente poderosas exigencias de la comunidad global para decidir cuáles son los fines sociales que requieren de acciones estatales e internacionales.

Así, al momento de analizar la proliferación de los derechos humanos es conveniente alejarnos de los intentos por sistematizar la génesis, evolución y exigibilidad de los derechos y colocar, en vez, el énfasis en un estudio de las consecuencias y ganancias materiales en términos de motivación humana y estructura social. Los derechos humanos despojados de todo contexto social, carecen de contenido. Cuando nos preguntamos qué son los derechos humanos, estamos preguntándonos por la teoría sobre cómo utilizamos dichos conceptos y por los compromisos conceptuales que nuestro uso conlleva⁷¹.

Cuando avanzamos más allá del campo de los derechos humanos y buscamos descubrir las consecuencias sociales de su categorización, nos encontramos con posibilidades prometedoras. Los derechos “positivos” pueden crear la base que induzca la solidaridad social, disuada a los Estados de realizar ciertas

70 Cfr. Tushnet, Mark. “An Essay on...”, pág. 10.

71 Cfr. Dworkin, Ronald. “The Model of...”, pág. 15.

acciones y sirva para llenar necesidades básicas, entre otras cosas. De esta manera, forzamos a los gobiernos no solo a abstenerse de causar daños sino también a contribuir activamente en cambios sociales progresivos. Especialmente con las crisis estructurales que muchos países enfrentan, es importante asegurar un rol más activo de los Estados en crear —a través de un Estado de derecho— las condiciones y estructuras conducentes al desarrollo y la prosperidad.

Al final del día, es un asunto de moralidad política en la determinación de lo que le pertenece a las personas; de aquello con respecto a lo que son titulares. La proliferación de los derechos humanos puede presentar diversos riesgos, pero también puede alcanzar objetivos sociales fundamentales. La decisión dependerá de la estrategia política que emprendamos. Es un asunto de preguntarnos cuánta importancia o peso creemos que esos cuestionamientos económicos, sociales y éticos deben tener y cómo deben ser medidos. Asimismo, es una cuestión de definir las ganancias materiales que se pueden alcanzar y cómo pueden promover alguna política o servir a algún principio que justifique el cambio.

Conclusión

Podemos descubrir racionalmente y debatir sobre los medios apropiados para ciertos fines, pero los fines no son racionalmente descubribles o debatibles; son “decretos de las voluntades” (*fiats of the wills*), expresiones de emociones, preferencias o actitudes⁷².

72 Cfr. Traducción de la autora al español del siguiente texto: “we can rationally discover and debate what are appropriate means to given ends, but ends are not rationally discoverable or debatable; they are ‘fiats of the wills’, expression of emotions, preferences or attitudes”. Hart, Herbert Lionel Adolphus. “Positivism and...”, págs. 625 y 626.

No hay una regla de reconocimiento ni existe un núcleo predeterminado y estático de derechos de los que seamos titulares. De igual manera, no hay una respuesta sencilla o única al momento de decidir qué necesidades demandan la acción del Estado de manera inmediata y cuál es su valor o prioridad. En todo caso, la respuesta tiende a ser variable. De lo que sí tenemos certeza, es que los requisitos para la protección de los derechos parece ser autoevidente, más clara y más reconocible que formulaciones más ambiciosas.

Al ser considerados intereses urgentes y esenciales, los derechos humanos pueden dotar de eficacia a una amplia variedad de objetivos sustantivos. Al menos en teoría, “los derechos sobrepasan preocupaciones políticas ordinarias”⁷³. Por tanto, existe una propensión por caracterizar demandas y necesidades como vindicaciones de derechos, bajo la errónea concepción de que solo así podrán ser visualizadas como importantes. Existe pues una tendencia a la inflación de los derechos, en donde cuestiones políticas están siendo enmarcadas en el lenguaje de los derechos humanos.

Dicha proliferación puede, en efecto, ser contraproducente al poder reducir los derechos humanos a conceptos vacíos de contenido y llenos de buenas intenciones, o bien, generar nuevos derechos a partir de exigencias ambiguas e indeterminables como lo es –en mi opinión– el llamado “derecho a la democracia”. En esta línea, una estrategia que vinculara demandas y necesidades a la violación de derechos –en vez de enmarcarlas como derechos– sería ideal.

No obstante, no debemos subestimar aquellos principios morales en los que la generalidad de las personas tiene una creencia activa. Cuando las personas persisten en hablar de

73 Tushnet, Mark. “*The Critique of...*”, pág. 31.

ciertas necesidades como constitutivas de derechos y no solo como demandas o necesidades, es porque están comprometidas a exigir un sentido de titularidad y empoderamiento para que el gobierno actúe ahora y eficientemente. En palabras de Dworkin, “[E]l origen de estos como principios legales recae no en una decisión particular de una legislatura o Corte, sino en un sentido de lo que es considerado como apropiado y que ha sido generado en la profesión y por el público con el paso del tiempo”⁷⁴.

Necesitamos observar detrás de los principios tradicionalmente aceptados de los derechos, para apreciar en términos éticos los valores sociales en juego en cada decisión.

Si bien no podemos establecer fórmulas precisas de cuándo estamos en presencia de un derecho, de lo que sí podemos tener certeza es que las exigencias, demandas y necesidades de las personas –tan controversiales, ilimitadas y variables como puedan ser– son importantes y requieren de protección y garantía. Dichos fines tienen tanto derecho para ser considerados como asuntos esenciales, como aquellas demandas cuyo significado ha sido acomodado dentro del lenguaje de los derechos humanos.

En nuestra preocupación por asignar las etiquetas adecuadas, podemos indirectamente vencer fines compartidos de manera general y considerados como fundamentales. Por ejemplo, uno de los problemas principales con las críticas a la proliferación de los derechos humanos es que generalmente se fundan en la restricción de valores sociales y económicos.

Incluso, si actualmente nos encontramos conceptualizando como derechos todo el conjunto de amplias e indeterminadas acciones o los deberes “positivos” requeridos por el Estado, existe un gran valor en afirmar que dichas acciones y dichos

74 Dworkin, Ronald. “*The Model of...*”, pág. 41.

deberes no poseen menor prioridad, y que intrínsecamente se correlacionan con la protección de derechos. Es más, los derechos humanos no pierden su fuerza al incluir consideraciones sociales o económicas, sino que se convierten en herramientas para balancear distintos fines a perseguir.

Una conexión instrumental entre un núcleo mínimo de derechos y las necesidades básicas de las personas, es sumamente útil porque centra la atención en los pasos más urgentes necesarios para la satisfacción de dichos derechos, así como en las precondiciones que se deben cumplir para el ejercicio de los mismos.

Si los Estados impulsaran proactivamente políticas de bienestar económico, social y cultural, asegurando con ello las condiciones para un estándar mínimo de vida y para un contexto propicio para el ejercicio de todos nuestros derechos (y no solo aquellos de tercera generación), entonces no tendríamos que analizar la pertinencia de incluir ciertas demandas en la dialéctica de los derechos humanos.

Sin embargo, las políticas estatales rara vez se enfocan en medidas preventivas o en atacar los problemas estructurales. Usualmente, el curso de acción a seguir se establece con base en objetivos de corto plazo que aseguran resultados inmediatos. Por tanto, la creación de políticas se ha convertido en una forma de actuar que minimiza las complejidades y el carácter de largo plazo del control del problema, en favor de gratificaciones inmediatas y de alternativas más visibles. Los gobiernos tienden a carecer o a ser indiferentes, de reconocimientos realísticos de los problemas de fondo. El énfasis, por tanto, en múltiples ocasiones debe estar en arreglar las condiciones sociales e implementar programas de desarrollo, pues requerimos de reformas profundas.

Adicionalmente, el lenguaje de los derechos humanos –en sus esfuerzos por asegurar su universalidad– tiende a ser demasiado general. Los acuerdos por los que se establecen derechos en tratados internacionales, se influyen en gran medida por compromisos. Por lo que, para alcanzar consenso, el contenido de los derechos es deliberadamente vago, abstracto y no controversial. La interpretación que se haga de dichos derechos no puede ser omisa de los valores sociales y de sus consecuencias.

Así, incluso si la mayoría de los “nuevos derechos” podrían adecuarse a metas de desarrollo cuando los Estados los afirman como tales, su reconocimiento no solo conlleva una titularidad legal para sus ciudadanos sino que impulsa a que el Estado incorpore dichas demandas en su agenda.

Finalmente, es importante atender al hecho de que la generación de “nuevos derechos” no se da en un periodo corto y de manera sencilla. Por el contrario, a nivel internacional, requiere que la comunidad internacional ratifique tratados de derechos humanos que han sido ampliamente discutidos, así como de acuerdos regionales. Su contenido se funda en la interpretación jurisprudencial de tribunales internacionales. A su vez, para su implementación tienden a requerir su incorporación al texto constitucional, legal y a ser determinados por precedentes judiciales. Por lo que, la proliferación de nuevos derechos no se genera en un proceso automático y arbitrario; dicho reconocimiento provee además al Estado, de un razonamiento comprensivo que puede guiar y complementar la interpretación nacional de su conceptualización y alcance.

En suma, las preocupaciones sobre el valor político práctico de nuevos derechos parecen equiparar los derechos humanos a su justiciabilidad y exigibilidad y presumir que si los mismos no se pueden “operacionalizar”, entonces no son derechos humanos.

No obstante, la propuesta de este trabajo es que –sin relativizar el valor de los derechos humanos o sujetarlos al capricho de los intereses en juego de cierta época– no condicionemos los derechos humanos de manera automática a una categoría inflexible y determinada, sino que veamos porque distintos “objetivos sociales” fundamentales sean el campo gravitacional que dé peso a la decisión, especialmente a la falta de acción de los Estados para construir soluciones estructurales que generen un ambiente conducente para la protección de los derechos de las personas. Contexto que, a su vez, induciría a una mayor justiciabilidad y exigibilidad de los derechos, más que menoscabarlas.

Tal vez no es tan reprochable que cuando otras consideraciones fundamentales son meramente vistas como asuntos de política, sujetas a la voluntad o preferencias de los Estados, las personas visualicen la dialéctica de los derechos como una de las únicas rutas de escape por las que las demandas –nuestras demandas– pueden florecer.

Una mirada a la vigencia efectiva del derecho a la salud de las personas privadas de libertad en la República de Argentina

*Gabriela García Minella**

Introducción

La Constitución Nacional de Argentina (en adelante, CN) consagra desde 1994 el derecho a la salud, tanto en su parte dogmática –al referir a la necesidad de garantizarlo respecto de los consumidores (artículo 42) o en el artículo 14 bis con relación a los trabajadores– como en su parte orgánica; en este último caso, a través de la jerarquización constitucional de los instrumentos de derecho internacional que se refieren concretamente a la temática en cuestión¹.

Asimismo, la jurisprudencia nacional y provincial –en particular la de los tribunales superiores provinciales y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) – han evolucionado en su tarea hacia el reconocimiento efectivo de este derecho. Y en ese camino, esta última aceptó la autoridad

* Abogada, Universidad Nacional de Mar del Plata; magíster en Derecho Ambiental, Universidad del País Vasco y Corte Internacional de Conciliación y Arbitraje Ambiental; especialista en Derecho Penal, Universidad Nacional de Mar del Plata; doctorando en Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata; docente, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata y de la Universidad Atlántida (Argentina). Se desempeña actualmente como secretaria de la Unidad fiscal de delitos culposos y contra el medio ambiente del Ministerio Público Fiscal del Departamento Judicial, Mar del Plata, provincia de Buenos Aires.

1 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Constitución de la Nación Argentina*, artículo 75, número 22, Ley N° 24.430, sancionada el 15 de diciembre de 1994, promulgada el 3 de enero de 1995, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> (acceso 19/10/2017).

interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), al asumir el carácter vinculante de las interpretaciones de esta respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH).

El derecho a la salud y sus alcances en la República de Argentina está comprendido por los instrumentos internacionales con rango constitucional (artículo 75, número 22). Entre estos están el artículo 12, literal c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC); el número 1, artículos 4 y 5 de la CADH; y el número 1 del artículo 6, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no solo a la salud individual sino también a la colectiva². Este derecho debe ser garantizado por la autoridad pública con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir las jurisdicciones locales, las obras sociales y las entidades de medicina prepaga³.

Dicho ello, nos proponemos como objetivo general –en el marco del presente trabajo– describir el alcance y la vigencia del derecho a la salud, en particular respecto de las personas privadas de libertad, a partir del estudio preliminar de la legislación vigente así como de informes de organismos no gubernamentales y pronunciamientos judiciales de los últimos años.

En este proceso de búsqueda, “bucearemos” entre los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos

2 CSJN. *Derecho a la salud. Estándar aplicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos Asociación Benghalensis y otros c/Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/amparo ley 16.986. 01/06/2000- Fallo: 323:133*, 1ª ed., Buenos Aires, 2010.

3 CSJN. *Derecho a la Salud. Estándar aplicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos Campodónico de Biviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social, 24/10/2000, Secretaria de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas, Fallos: 323:3229*, 1ª ed., Buenos Aires, 2010.

Humanos (en adelante, Corte IDH) que –en palabras de Eduardo Ferrer Mac-Gregor– presenta una jurisprudencia en materia de justicia penal tan rica como abundante si tenemos en consideración que, de los 172 casos contenciosos hasta finales de enero de 2014, aproximadamente 140 se refieren a esa materia. Ello implica que un 81 % del total de los mismos están directamente relacionados con la materia penal o procesal penal.

El autor mencionado ha estudiado estos pronunciamientos y realizó su sistematización

“agrupando estos 140 casos relacionados con la justicia penal en siete grandes líneas jurisprudenciales que el Tribunal Interamericano ha venido desarrollando a lo largo de sus más de veinticinco años de jurisdicción contenciosa, desde la primera sentencia de fondo que dictó en el emblemático caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, de 1987. Estas siete principales líneas jurisprudenciales (mencionando el número de casos y porcentaje que la integran del total de asuntos en justicia penal) son: (1) tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (89 casos, 51%); (2) ejecución extrajudicial (42 casos, 24%); (3) desaparición forzada de personas (35 casos, 20%); (4) jurisdicción militar (19 casos, 11%); (5) leyes de amnistía (14 casos, 8%); (6) responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión (8 casos, 4%), y (7) pena de muerte (5 casos, 2%)”⁴.

En este camino, como objetivo particular consignaremos en qué casos los pronunciamientos de la CIDH en materia penal y/o procesal penal han sido adoptados por las cortes de justicia

4 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal”, *Revista IIDH*, Vol. 59, 2014, pp. 29 y 30, disponible en www.derechoecuador.com (acceso 19/10/2017).

provinciales y la CSJN, para resolver cuestiones vinculadas a la violación del derecho a la salud de las personas privadas de libertad. En su caso, bajo qué parámetros y a partir de qué medidas adoptadas.

I. La salud como bien susceptible de tutela jurídica

1. Los derechos humanos económicos, sociales y culturales; su interdependencia como fortalecimiento de su exigibilidad

Previo a adentrarnos en el estudio del derecho a la salud, entendemos útil fijar posición en torno a la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC), universo que se encuentra integrado por la prerrogativa estudiada.

Creemos que en los tiempos que corren, la erosión de los derechos humanos y las garantías ciudadanas por la realización de acciones políticas autoritarias e individualistas, nos impone sostener que los procesos de elaboración constitucional han de ser intensamente participativos y deliberativos, si pretenden ofrecer seriamente a la ciudadanía los beneficios que propone el goce efectivo de los DESC, entre los que se encuentra el derecho a la salud.

Estos derechos –que protegen las condiciones básicas que los individuos deben detentar para lograr desarrollar su vida dignamente– nacen como consecuencia del desgaste de la ideología liberal individualista, del sistema económico propuesto por el capitalismo y desde las acciones reivindicativas de movimientos económicos, sociales y culturales que proliferaron en la segunda mitad del siglo XIX. Es sabido que por lo general se

ha restado virtualidad operativa a estos derechos fundamentales, partiendo de una distinción negativa de cara a los civiles y políticos. Se ha hecho aludiendo que los DESC se adscriben al catálogo de aquellos que consagran obligaciones positivas, a través de normas programáticas con efectividad jurídica leve.

Christian Courtis, ha señalado que “estas distinciones, están basadas sobre una visión totalmente sesgada y naturalista del rol y funcionamiento del ‘aparato estatal’, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, seguridad y defensa”⁵. Compartiendo esta afirmación, entendemos que tal distinción solo puede existir con un fin descriptivo de aquellas etapas históricas en las cuales se gestaron y desarrollaron estos derechos fundamentales.

Por lo dicho, podemos sostener que tanto los así denominados derechos civiles y políticos como los llamados económicos, sociales y culturales constituyen –a la vez que prerrogativas jurídicas– un complejo de obligaciones positivas y negativas cuya realización ciudadana incumbe a los Estados que los consagran en sus sistemas jurídicos. En línea con esta idea, autores como Fried van Hoof o Asbjorn Eide proponen un esquema interpretativo consistente en el señalamiento de “niveles” de obligaciones estatales que caracterizarían el complejo que identifica a cada derecho, independientemente de su adscripción al conjunto de derechos civiles o al de derechos sociales. De acuerdo con la propuesta de van Hoof, por ejemplo, podrían discernirse cuatro “niveles” de obligaciones: de respetar, de proteger, de asegurar y de promover el derecho en cuestión [...] los distintos tipos de obligaciones estatales pueden ser hallados en ambos pares de derechos⁶.

5 Courtis, Christian. “Los derechos sociales como derechos”, en *Los derechos fundamentales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 199.

6 Abramovich Víctor y Courtis Cristian. “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de

Aquí situamos entonces al derecho a la salud, que participa de los matices típicos de los derechos fundamentales con base en los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia.

Creemos nosotros que no es posible escindir la protección de la salud física y mental de un individuo, de la protección de su vida en términos integrales. Cuando pensamos en la tutela del bien jurídico vital, capturamos a la salud como un estado que nos permita alcanzar un nivel de vida adecuado. Por eso se define a esta prerrogativa, en una visión integradora que va más allá de la ausencia de afecciones y/o enfermedades.

El derecho a la salud es, entonces un derecho inclusivo que comprende factores determinantes, básicos, propios de la salud de una persona. Esos factores implican algunas prerrogativas como la de no ser sometido a ningún tratamiento sin consentimiento, así como el acceso a medicación esencial e igual y oportuno a servicios de salud básicos. Este nomenclador no se detiene allí, ya que se integra con el derecho a la seguridad alimentaria, al medio ambiente, al hábitat adecuado, a la intimidad, a no ser objeto de discriminación, al acceso a la información y a la participación en los procesos de toma de decisión relacionados con la salud a nivel colectivo.

Así queda evidenciada la nota característica de los derechos humanos que viene a reforzar junto a las restantes –indivisibilidad y universalidad– la exigibilidad de los DESC: la interdependencia. Nos enseñan Luis Daniel Vázquez y Sandra Serrano que cuando nos referimos a la indivisibilidad e interdependencia de los derechos fundamentales, debemos hacer

los derechos sociales” en *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Tomo II, Derechos, Roberto Gargarella (coordinador), Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina 2008, pp. 976 y 977.

“una primera distinción, entre los términos que ayudan a diferenciarlos. Mientras el prefijo *inter* significa ‘entre’ o ‘en medio’, el prefijo *in* indica ‘negación’, de tal forma que la palabra interdependientes expresa vinculación entre derechos, y la palabra indivisible, la negación de separación entre ellos. Así preliminarmente conviene entonces señalar que los derechos humanos son interdependientes en tanto establecen relaciones recíprocas entre ellos, y son indivisibles en la medida en que no deben tomarse como elementos aislados o separados, sino como un conjunto. La interdependencia señala la medida en que el disfrute de un derecho en particular o un grupo de derechos dependen para su existencia de la realización de otro derecho o de un grupo de derechos [...] Por su parte, la indivisibilidad niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre los derechos humanos. El aspecto central de este criterio es que los Estados no están autorizados a proteger y garantizar una determinada categoría de derechos humanos en contravención de otra, sino que todos los derechos humanos merecen la misma atención y urgencia. Bajo esta lógica, [...] ‘la existencia real de cada uno de los derechos humanos sólo puede ser garantizada por el reconocimiento integral de todos ellos’”⁷.

Se puede, entonces, palpar la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos en contextos de vulnerabilidad. El acceso a la salud de las personas que se encuentran en condiciones de pobreza, de discriminación o privadas de libertad es un insumo determinante para el ejercicio de otros derechos humanos.

7 Vázquez, Luis y Serrano, Sandra. *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica*, pp. 152 y 153, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/7.pdf> (acceso 1/12/2017).

Ahora bien, se ha señalado en este sentido que

“el carácter de interdependencia que presentan los derechos humanos entre sí se ha visto reflejado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dadas las dificultades que para decidir directamente sobre DESC presenta una redacción de las normas sobre este tema en la CADH [...] la Corte Interamericana ha protegido derechos sociales a partir del ámbito de protección de derechos civiles y políticos que ha tenido que analizar en casos particulares”⁸.

Acercándonos lentamente al tema elegido y a modo de ejemplo, destacamos aquí los casos Villagrán Morales y otros contra Guatemala, Instituto de Reeducación del Menor contra Paraguay, Comunidad indígena YaKye Axa contra Paraguay y Comunidad indígena Sawhoyamaya también contra Paraguay. En los dos primeros, los pronunciamientos sobre el alcance del derecho a la salud se efectuaron a través de los derechos civiles y políticos, como el derecho a una vida digna; mientras que en los restantes citados, se vinculan con los reclamos de las comunidades indígenas en relación con sus condiciones de vida.

Concretamente y profundizando ahora en el grupo de las personas privadas de libertad en diversos casos, la Corte IDH ha señalado que “el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera”⁹. Asimismo, ha indicado que

8 Parra Vera, Óscar y otros. *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Sistema universal y sistema interamericano*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2008, p. 30

9 Cfr. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 7 de septiembre de 2004. Serie C, N° 114, párr. 156; Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 5 de julio de 2006, Serie C, N° 150, párr. 102; y Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs.*

la falta de atención médica adecuada podría considerarse en sí misma violatoria del artículo 5, números 1 y 2, de la CADH dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, el tipo de dolencia que padece, el lapso transcurrido sin atención y sus efectos acumulativos¹⁰; también, en algunos casos el sexo y la edad de la misma, entre otros¹¹. En este tipo de temas, la Corte IDH ha tenido en cuenta las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos y los Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión¹².

Conformando su línea jurisprudencial, la Corte IDH ha señalado que

“de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos que establece el artículo 1.1 de la Convención Americana, derivan deberes especiales determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. Así, el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se

Perú (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25 de noviembre de 2005, Serie C, N° 137, párr. 227.

10 Cfr. Corte IDH. *Caso García Asto...*, párr. 226; Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25 de noviembre de 2006, Serie C, N° 160, párr. 302; y Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros...*, párrs. 102 y 103.

11 Cfr. Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala* (Fondo), sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C, N° 63, párr. 74; y Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*, (Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas), sentencia del 19 de mayo de 2011, párr. 44.

12 Cfr. Parra Vera, Óscar. *La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el sistema interamericano de derechos humanos*, p. 785, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32459.pdf> (acceso 1/12/2017).

requiera. El Principio 24 del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión determina que ‘[s]e ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos’. La atención por parte de un médico que no tenga vínculos con las autoridades penitenciarias o de detención es una importante salvaguardia en contra de la tortura y malos tratos, físicos o mentales, de las personas privadas de libertad. En este sentido, la falta de atención médica adecuada a una persona que se encuentra privada de la libertad y bajo custodia del Estado podría considerarse violatoria del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención”¹³.

Así las cosas, tanto los pronunciamientos de la Corte IDH como los de la CIDH al resolver sobre medidas cautelares y medidas provisionales en relación con la temática carcelaria, han profundizado sobre el concepto de interdependencia entre las condiciones de salubridad y la garantía de bienes sociales básicos en lugares de encierro, y sobre la protección del derecho a la vida digna y a la integridad personal¹⁴.

13 Nash, Claudio y Núñez, Constanza. *Estándares internacionales sobre proceso penal y derechos humanos: recopilación de jurisprudencia y observaciones de organismos internacionales para la Defensoría Penal Pública*, con referencia específica al pronunciamiento de la Corte IDH. *Caso Díaz Peña vs. Venezuela* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de junio de 2012, serie C, N° 244, noviembre 2014 pp. 16 y 17, disponible en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142689/estandares-internacionales-sobre-proceso-penal-y-derechos-humanos.pdf?sequence=1> (acceso 1/12/2017).

14 Parra Vera, y otros, *Protección internacional...*, p. 32.

Reafirmado el concepto de exigibilidad plena de estos derechos desde los principios que nutren el sistema de derechos, pasaremos a analizar aquellos argumentos que intentan restar virtualidad jurídica a los DESC afirmando su concreción relativa desde el tipo de obligación asumida por los Estados, así como los tiempos y la existencia de recursos estatales disponibles.

En este punto, ingresaremos al estudio de la llamada “cláusula de desarrollo progresivo” (artículo 26 de la CADH), inspirada en el artículo 2 del PIDESC, que es la única que hace referencia a estos derechos en el marco de la CADH. No lo hace de manera directa, sino remitiendo al reconocimiento que de los mismos se efectúa en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, Carta de la OEA), reformada por el Protocolo de Buenos Aires que fue suscrito el 27 de febrero de 1967; a este conjunto normativo se sumaría el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, indicado como “Protocolo de San Salvador”, que fue adoptado el 17 de noviembre de 1988.

El artículo 26 de la CADH establece lo siguiente: “Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

La doctrina –en líneas generales– advierte que esta redacción resulta cuanto menos intrincada, habilitando posturas extremas que oscilan entre sostener que se trata de una norma no operativa,

sin obligaciones legales vinculantes ni derechos justiciables, hacia otras propuestas que asumen la justiciabilidad plena de los DESC en función de una interpretación extensiva de los derechos reconocidos en las normas de la Carta de la OEA y el principio *pro homine*.¹⁵ Así, se propone como tercera vía aquella que por un lado reconoce el carácter vinculante del artículo 26 y, por otro, se acerca al contenido real de la obligación adoptada con relación a los derechos que se encuentran protegidos.¹⁶ Bajo este parámetro, los Estados signatarios de la CADH se obligan a adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de estos derechos.

En la propuesta que adscribimos de Víctor Abramovich y Julieta Rossi, el sentido que debe darse al artículo 26 de la CADH indica que los Estados signatarios se han obligado a hacer efectivos los DESC que se derivan de la Carta de la OEA; lo contrario sería sostener una interpretación ajustada al texto de la norma del artículo 26, a través de la cual los Estados parte solo reconocen principios y postulados que no podrían ser catalogados como derechos, sino como meras guías de conducta¹⁷.

Hemos mencionado que dicho artículo ha sido inspirado en el artículo 2 del PIDESC¹⁸ y siendo el Comité de Derechos

15 Rossi, Julieta y Abramovich, Víctor. “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 9, número especial, Universidad del Rosario, Colombia, abril de 2007, 2007, pp. 37 y 38, disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73390003> (acceso 1/12/2017).

16 Elizabeth Salmón y Renata Bregaglio. *Estándares jurisprudenciales de derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*, p. 392, disponible en https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhpp_pdf/DHPP_Manual_v3.383-444.pdf (acceso 1/12/2017).

17 Rossi Julieta y Abramovich Víctor. “La tutela de los derechos económicos...”, p.39.

18 “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar

Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas un órgano de expertos independientes que supervisa –competencia principal– la aplicación del PIDESC por sus Estados parte, este ha señalado en la Opinión Consultiva N° 3 que:

“La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos,

medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (Artículo 2.1, PIDESC). “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos” (Artículo 2.2, PIDESC).

sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga. Sobre la base de la extensa experiencia adquirida por el Comité, así como por el organismo que lo precedió durante un período de más de un decenio, al examinar los informes de los Estados Partes, el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias ‘hasta el máximo de los recursos de que disponga’. Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado

todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”¹⁹.

De lo expuesto se desprenden distintas ideas fuerza encaminadas a concretar la efectivización de los DESC, a saber:

1. El concepto de “progresiva efectividad” se asocia a una idea de temporalidad, donde la efectivización de estos derechos está lejos de ser instantánea.
2. La idea de progresividad no se contrapone a la propuesta de respetar y garantizar los derechos.
3. El Estado signatario tiene una obligación mínima de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles esenciales de cada uno de los derechos.
4. La valoración del cumplimiento de esta obligación mínima, debe tener en cuenta los recursos que el Estado asigna y sus limitaciones.
5. En caso de incumplimiento de la obligación, el Estado deberá demostrar que ha realizado todos los esfuerzos por utilizar todos los recursos disponibles con carácter prioritario.

Ilustra este camino Mónica Pinto, al señalar que las obligaciones asumidas por los Estados se caracterizan por actuar en forma expedita y con eficacia hacia la meta de la realización de los derechos, adoptando medidas de orden interno e internacional en materia de cooperación —especialmente económica y técnica—

¹⁹ Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), (Quinto período de sesiones, 1990), U.N. Doc. E/1991/23 (1990), párr. 9, disponible en <http://hrlibrary.umn.edu> (acceso 1/12/2017).

hasta el máximo de los recursos disponibles a fin de lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de estos derechos²⁰.

“El texto del PIDESC es claro en señalar la responsabilidad primaria del Estado en la garantía de estos derechos. Se trata de ‘adoptar medidas [...] inclusive en particular la adopción de medidas legislativas’. El enfoque es coherente con la responsabilidad que cabe a todo Estado de garantizar los derechos humanos de sus habitantes. No hay dispensa por razón de pobreza, carencia o desastre. Entiéndase bien, no se trata de pedir a quien no tiene, para ello hay provisiones respecto de la asistencia y la cooperación internacionales, sino de poner en cabeza del Estado iniciativa y responsabilidad. Su plan de acción debe incluir las gestiones necesarias para completar sus carencias”²¹.

Sosteniendo esta idea, los organismos pertenecientes al sistema interamericano han decidido sobre violaciones de los DESC, particularmente vinculando a estos derechos con las condiciones de vida digna. Ello se puede comprobar en el caso *Gonzales Lluy contra Ecuador*, donde la Corte IDH estudia la responsabilidad del Estado por la afectación de los derechos a la vida y a la integridad personal de Talía Gabriela González Lluy, a consecuencia del contagio con VIH luego de que se realizara una transfusión de sangre cuando era menor de edad, la cual derivó en el impedimento de acceder a los estudios a consecuencia de la enfermedad. Puntualmente, la Corte IDH consideró pertinente recordar

20 Pinto, Mónica. “Cumplimiento y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano. Avances y desafíos actuales”, *Revista de IIDH*, Vol. 56, julio-diciembre 2012, p. 162.

21 *Ibid.*, p.164.

“la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. Al respecto, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su Artículo XI que toda persona tiene el derecho ‘a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a [...] la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad’. Por su parte, el Artículo 45 de la Carta de la OEA requiere que los Estados Miembros ‘dedi[quen] sus máximos esfuerzos [para el] [d]esarrollo de una política eficiente de seguridad social’. En este sentido, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por el Ecuador el 25 de marzo de 1993 y entrado en vigor el 16 de noviembre de 1999, establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público. Adicionalmente, en julio de 2012, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos enfatizó la calidad de los establecimientos, bienes y servicios de salud, lo cual requiere la presencia de personal médico capacitado, así como de condiciones sanitarias adecuadas”²².

En el caso *Vera Vera contra Perú*, la Corte IDH trabajó el derecho a la salud estudiando la falta de atención médica adecuada y en consecuencia el posterior fallecimiento de Pedro Miguel Vera Vera, quien se encontraba bajo custodia del Estado.

22 Corte IDH. Caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 1 de septiembre de 2015, Serie “C”, N° 298, párr.172.

Así las cosas, concluyó lo siguiente:

“El Tribunal ha señalado que de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos que establece el artículo 1.1 de la Convención Americana derivan deberes especiales determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. En tal sentido, esta Corte ha indicado que, de conformidad con el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de toda persona que se halle bajo su custodia. Esto implica el deber del Estado de salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos y de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención. En este sentido, los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano. [...] Los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención a la salud humana. En este sentido, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público. Así, esta corte ha establecido que el Estado tiene el deber, como garante de la salud de las personas bajo su custodia, de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento médicos adecuados cuando así se requiera”²³.

23 Corte IDH. *Caso Vera Vera...*, párrs. 42 y 43.

Desde estas pautas guía puede sostenerse la exigibilidad de los derechos sociales en general y en particular del derecho a la salud de las personas privadas de libertad, coincidiendo con Víctor Abramovich y Cristian Courtis en tanto entienden que lo “que califica la existencia de un derecho social como derecho pleno, no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino también la posibilidad de reclamo ante el incumplimiento: que –al menos en alguna medida– el titular/acreedor esté en condiciones de producir, mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación generada por su derecho”²⁴.

Finalmente, la interdependencia –explican Vázquez y Serrano– indica que uno o un grupo de derechos depende su realización de la existencia de otro u otros grupos de prerrogativas. De esta manera la protección, garantía y promoción de un derecho impacta sobre el otro y viceversa. Así es que tanto en materia de justiciabilidad como de políticas públicas deberá tenerse en cuenta esta dependencia, quedando el juzgador obligado a tener en consideración los derechos que se aleguen como violentados, como aquellos de los que depende su realización, de tal forma que se pueda verificar el impacto que tuvieron en el derecho inmediatamente violentado y/o las consecuencias de las violaciones de aquellos. Todo ello implica confirmar que todos estos derechos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) comparten una misma naturaleza y sus obligaciones son igualmente exigibles²⁵.

En definitiva, no hablamos aquí de meras expectativas sino de derechos concretos y, como tales, exigibles.

24 Abramovich, Víctor y Courtis Cristian. “Apuntes sobre la...”, p. 980.

25 Cfr. Vázquez Luis y Serrano Sandra, *Los principios de universalidad...*, pp. 152 a 155.

2. La regulación del derecho a la salud: un recorrido por la normativa nacional

Profundizando la investigación de este derecho junto a Eduardo Jiménez²⁶, concebimos a la salud como un bien jurídico que se encuentra indisolublemente unido a la vida; a la integridad corporal, psíquica y moral; a la calidad de vida, así como al desarrollo de la personalidad.

Este derecho, originariamente contextualizado en la sola posibilidad de exigir que los demás no dañen nuestra salud, resulta una propuesta limitada aun cuando esta fuera concebida como derecho fundamental. Hasta que fue operada la reforma constitucional de 1994, la CN carecía de una clara y adecuada referencia a su regulación.

Frente a tal orfandad normativa, solo cabía la posibilidad de inferirlo implícitamente del artículo 33 del texto fundamental²⁷ y así lo confirmó la jurisprudencia de nuestro tribunal superior, sosteniéndolo esta y otras normas constitucionales e infraconstitucionales²⁸.

26 Cfr. García Minella, Gabriela y Jiménez, Eduardo Pablo. *El derecho a la salud en el ideario constitucional argentino*, 2010/2017, estudio no publicado.

27 Las “declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. Artículo 33, Constitución de la Nación Argentina.

28 CSJN. *Los saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros contra la Provincia de Buenos Aires; sobre indemnización de daños y perjuicios*. 14/05/1887- Fallos: 31:273; *Mizrahi de Tucumán S.A. c/Gobierno de la Provincia de Tucumán s/contencioso administrativo - 16/09/1976 - Fallos: 295:850*; *Saguir y Dib, Claudia Graciela s/autorización*. 06/11/1980 - Fallos: 302:1284; *Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/amparo (12)* 27/01/1987 - Fallos: 310:112; *Amante, Leonor y otros c/Asociación Mutual Transporte Automotor (A.M.T.A.) y otro*. 24/10/1989 - Fallos: 312:1953; y *Brescia, Noemí Luján c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios*. 22/12/1994 - Fallos: 317:1921.

No podemos suprimir del relato, el reconocimiento a la reforma constitucional de 1949 —a la postre abrogada— que instituyó al derecho a la salud siempre desde su impronta de la protección al trabajador, como una expresa derivación del derecho a la vida que en este renovado contexto comienza a sellar una simbiosis con la libertad que hace a la integridad física y psíquica. Ello, desde el momento en que se considera que los hechos que importen atentados a la misma, sin duda afectan, o pueden afectar a la salud humana²⁹.

Ampliándose aquí el alcance más restringido del derecho a la salud, se lo torna en uno de carácter social que —por ello— no solo encierra una limitación a otras libertades individuales sino que además genera una exigencia de prestaciones por parte de la comunidad y, en subsidio, las que debe generar el Estado.

Ahora bien, suprimida la reforma constitucional de 1949 e incorporado en 1957 el artículo 14 bis a nuestra CN, volvemos a dimensionar al derecho a la salud desde la perspectiva de los derechos laborales en tanto dispone que las leyes “aseguraran al trabajador condiciones dignas [...] de labor; jornada limitada, descanso y vacaciones pagadas”. En este sentido, explica Christian Courtis, esta reforma “menciona apenas el mandato dirigido al Estado de otorgar ‘los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter integral e irrenunciable’ y el ‘establecimiento de un seguro social obligatorio’”³⁰.

29 El artículo 37.5 de la Constitución de 1949, señalaba que “el cuidado de la salud física y moral de los individuos debe ser preocupación primordial y constante de la sociedad, a la que corresponde velar para que el régimen de trabajo reúna los requisitos adecuados de higiene y seguridad, no exceda las posibilidades normales de esfuerzo y posibilite la debida oportunidad de recuperación por el reposo”; el artículo 37.1.6 hacía expresa la cobertura de eventos que significaran la disminución, suspensión o pérdida de la capacidad de trabajo en el régimen de la seguridad social.; el artículo 37.III.5 hacía referencia al “derecho al cuidado de la salud física” de las personas adultas mayores.

30 Courtis, Christian. “Los derechos sociales...”, pp. 704/705.

“De esta forma, y a pesar de que no se encontraba reconocido explícitamente el derecho a la salud en el texto constitucional, ello no resultó un impedimento para que en los hechos se desarrollara un sistema de salud público, bajo la concepción de la cobertura de la salud como política universal, con una amplia red de efectores de salud a cargo del Estado y un sistema de obras sociales (seguros sociales) para los asalariados formales. El paradigma vigente fue el de subsidiar la oferta de salud. Es recién a partir de la reforma constitucional de 1994 donde se reconoce la tutela y la protección de la salud por diversas vías. Una primera referencia explícita se encuentra en el artículo 42 que reconoce el derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios a la ‘protección de la salud y seguridad’ en la relación de consumo. Claramente esta disposición no enfatiza las garantías universales de salud, sino que limita la protección a las relaciones de consumo, constituyendo, de acuerdo con Courtis, ‘un reflejo actualizado de la limitación de la protección de la salud a la relación de trabajo’³¹.

No obstante lo expuesto, la clara ausencia de normativa constitucional precisa y directa que consagre el derecho a la salud antes de la reforma de 1994, no resultó obstáculo para que lentamente comenzara el camino de reconocimiento de este derecho desde el dictado de normas infraconstitucionales³² y se

31 Abramovich Víctor y Pautassi Laura, “El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina”, *Salud Colectiva*, Vol. 4, N° 3, Lanús, sept./dic. 2008.

32 **Ley 12.558 (P.L.N.)** Asistencia médica y social de los niños en edad escolar. Sanción: 30/09/1938; Promulgación: 14/10/1938; Boletín Oficial: No publicada. **Ley 13.012 (P.L.N.)** Proyecto de Código Sanitario y de Asistencia Social. Creación del Fondo Nacional de Salud y Asistencia Social. Sanción: 12/09/1947; Boletín Oficial 16/10/1947. **Ley 17.180 (P.E.N.)** Medidas sanitarias aplicables en tránsito internacional e interprovincial. Sanción: 20/02/1967; Promulgación: 20/02/1967; Boletín Oficial 27/02/1967. **Ley 17.259 (P.E.N.)** Prevención de la endemia bociosa. Sanción: 02/05/1967; Promulgación: 02/05/1967; Boletín Oficial

08/05/1967. **Ley 17.308 (P.E.N.)** Programa Nacional de Control de la Brucelosis. Sanción: 13/06/1967; Promulgación: 13/06/1967; Boletín Oficial 19/06/1967. **Ley 18.073 (P.E.N.)** Agricultura y Ganadería; prohibición de sustancias capaces de afectar la salud humana y animal. Sanción: 20/01/1969; Promulgación: 20/01/1969; Boletín Oficial 27/03/1969. **Ley 18.796 (P.L.N.)** Plaguicidas; prohibición de sustancias capaces de afectar la salud humana y animal. Modificación de la ley 18.073. Sanción: 02/10/1970; Promulgación: 02/10/1970; Boletín Oficial 08/10/1970. **Ley 19.619 (P.E.N.)** Salud pública. Examen de salud. Autorización al Poder Ejecutivo para sus-pender y actualizar la tasa establecida en el artículo 8° del dec.-ley 30.656/44. Sanción: 08/05/1972; Promulgación: 08/05/1972; Boletín Oficial 15/05/1972. **Ley 20.418 (P.L.N.)** Residuos de plaguicidas. Definiciones. Tolerancia. Límites administrativos. Sanción: 18/05/1973; Promulgación: 18/05/1973; Boletín Oficial 22/06/1973. **Ley 20.445 (P.E.N.)** Salud pública. Autorización al Poder Ejecutivo para la aplicación de un programa destinado a la protección de la salud de la madre y el niño. Sanción: 22/05/1973; Promulgación: 22/05/1973; Boletín Oficial 11/06/1973. **Ley 21.172 (P.L.N.)** Fluoración de las aguas de consumo en todo el país. Sanción: 30/09/1975; Boletín Oficial 07/11/1975. **Ley 22.109 (P.E.N.)** Salud pública; derogación de la ley 4202 de vacunación y revacunación antivariólica; medidas sanitarias ante eventuales brotes de esa enfermedad. Sanción: 22/11/1979; Promulgación: 22/11/1979; Boletín Oficial 30/11/1979. **Ley 22.289 (P.E.N.)** Hexaclorociclohexano y Dieldrin; prohibición de su fabricación, importación, formulación, comercialización y uso. Sanción: 19/09/1980; Promulgación: 19/09/1980; Boletín Oficial 02/10/1980. **Ley 22.909 (P.E.N.)** Salud pública. Régimen general para las vacunaciones contra las enfermedades prevenibles por ese medio. Sanción: 13/09/1983; Promulgación: 13/09/1983; Boletín Oficial 15/09/1983. **Ley 22.953 (P.E.N.)** Ley antirrábica. Sanción: 19/10/1983; Promulgación: 19/10/1983; Boletín Oficial: 21/10/1983. **Ley 22.964 (P.E.N.)** Salud pública. Normas a fin de controlar la lepra en el país; Derogación de las leyes 11.359 y 11.410. Sanción: 04/11/1983; Promulgación: 04/11/1983; Boletín Oficial 08/11/1983. **Ley 22.990 (P.E.N.)** Regulación de las actividades relacionadas con la sangre humana, sus componentes, derivados y subproductos. Sanción: 28/11/1983; Promulgación: 28/11/1983; Boletín Oficial 02/12/1983. **Ley 23.413 (P.L.N.)** Salud pública. Prueba obligatoria de rastreo para la detección de la fenilceto - nuria en niños recién nacidos. Sanción: 01/10/1986; Promulgación: 23/10/1986 (Aplicación artículo 70, C. Nacional); Boletín Oficial 13/02/1987. **Ley 23.674 (P.L.N.)** Salud pública. Profilaxis que deberá recibir la mujer RH negativo no inmunizada, en cada parto único o múltiple, de hijo RH positivo o cuando haya abortado después de las doce semanas de gestación. Sanción: 08/06/1989; Promulgación: 29/06/1989; Boletín

Oficial 04/07/1989. **Ley 23.874 (P.L.N.)** Salud pública. Prueba obligatoria de rastreo para la detección de la fenilcetonuria y el hipotiroidismo en niños recién nacidos. Modificación del artículo 1° de la ley 23.413. Sanción: 28/09/1990; Promulgación: 24/10/1990; Boletín Oficial 30/10/1990. **Ley 24.051 (P.L.N.)** Residuos peligrosos. Generación, manipulación, transporte y tratamiento. Normas. Sanción: 17/12/1991; Promulgación: 08/01/1992; Boletín Oficial 17/01/1992. **Ley 24.151 (P.L.N.)** Salud pública. Personas que desarrollen actividades en el campo de la salud. Vacunación obligatoria contra la hepatitis B. Sanción: 29/09/1992; Promulgación: 22/10/1992 (Aplicación artículo 70, C. Nacional); Boletín Oficial 27/10/199. **Ley 22.853 (P.E.N.)** Salud pública. Régimen de habilitación y funcionamiento de las unidades de atención médica destinadas a la aplicación de diálisis corpórea y extracorpórea en el tratamiento de la insuficiencia renal. Sanción: 20/07/1983; Promulgación: 20/07/1983; Boletín Oficial 22/07/1983. **Ley 24.193 (P.L.N.)** Ley de trasplantes de órganos y material anatómico humano. Derogación de las leyes 21.541, 23.464 y 23.885. Sanción: 24/03/1993; Promulgación: 19/04/1993; Boletín Oficial 26/04/1993. **Ley 22.370 (P.E.N.)** Convenios sobre transferencia de la actividad operativa del programa nacional de lucha contra la enfermedad de Chagas-Mazza suscriptos con las provincias de Corrientes, Formosa, La Pampa, Misiones, Neuquén, Río Negro, San Luis y Santiago del Estero. Aprobación. Sanción: 08/01/1981; Promulgación: 08/01/1981; Boletín Oficial 14/01/1981. **Ley 22.581 (P.E.N.)** Convenios suscriptos entre el ex Ministerio de Bienestar Social y las provincias de Córdoba, Chaco, Entre Ríos, Mendoza y San Juan transfiriendo a esas jurisdicciones la actividad operativa del programa nacional de lucha contra la enfermedad de Chagas-Mazza. Aprobación. Sanción: 07/05/1982; Promulgación: 07/05/1982; Boletín Oficial 11/05/1982. **Ley 22.743 (P.E.N.)** Convenio celebrado con la provincia de La Rioja el 27/VIII/82 por el cual se le transfiere la actividad operativa del programa nacional de lucha contra la enfermedad de Chagas. Aprobación. Sanción: 16/02/1983; Promulgación: 16/02/1983; Boletín Oficial 18/02/1983. **Ley 22.779 (P.E.N.)** Convenio celebrado entre el Ministerio de Salud Pública y Medio Ambiente y Jujuy por el cual se transfiere a esta Provincia la actividad operativa del programa nacional de lucha contra la enfermedad de Chagas en esa jurisdicción. Aprobación. Sanción: 11/04/1983; Promulgación: 11/04/1983; Boletín Oficial 14/04/1983. Ley nro. 17132. Dto. reglamentario 6261/67 (P.E.N) 30.8.1967 Medicina Odontología y actividades de colaboración. Ley N° 10.499/87: (02/04/1987) PBA- Enfermedad celíaca. Texto completo modificado con las modificaciones introducidas por las leyes 12.631 (05/03/2001) y 14.129 (2010). Ley N° 24.734/96: (13/11/1996) Servicio de cobertura médica. Otorgamiento a nuevos beneficiarios. Ley N° 24.754/96: (28/11/1996) Medicina Prepaga. Cobertura. Servicios. Ley N°

gestaran significativos estándares jurisprudenciales encaminados a buscar su efectivización³³. Durante este tránsito, han cumplido un papel la aplicación de los principios y las reglas que surgen del orden internacional, para la concreción efectiva de los derechos fundamentales (artículo 75 constitucional, número 22).

24.901/97: (02/12/1997) Sistema De Prestaciones Básicas En Habilitación Y Rehabilitación Integral A Favor De Las Personas Con Discapacidad. Ley N° 12.631/01: (05/03/2001) PBA- Enfermedad celíaca. Modifica la Ley 10.499 Ley N° 25.404/01: (07/03/2001) Adopción de medidas de protección para las personas que padecen epilepsia. Ley N° 25.415/01: (04/04/2001) Programa Nacional de Detección Temprana y Atención de la Hipoacusia. Ley N° 25.421/01: (04/04/2001) Programa de Asistencia Primaria de Salud Mental. Ley N° 921/02: (31/10/2002) CABA- Créase el Banco de Elementos Ortopédicos. Ley N° 955/02:(05/12/2002) Talleres Protegidos de Rehabilitación Psiquiátrica. Ley N° 26.396/08: (13/08/2008) TRASTORNOS ALIMENTARIOS - Declárase de interés nacional la prevención y control de trastornos alimentarios. Ley N° 13.905/08: (03/12/2008) PBA - Declara obligatoria la investigación masiva con la finalidad del diagnóstico precoz de todo tipo de anomalías metabólicas congénitas o errores congénitos de metabolismo. Ley N° 26.480/09: (30/03/2009) SISTEMA DE PRESTACIONES BASICAS PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD - Incorpora inciso d) al artículo39 Ley 24.901.Ley N° 26.588/09: (02/12/2009) Declárase de interés nacional la atención médica, la investigación clínica y epidemiológica, la capacitación profesional en la detección temprana, diagnóstico y tratamiento de la enfermedad celíaca. Ley N° 14.079/10: (BO. 13/01/2010) PBA - Adhiere a Ley Nacional 25392 (de Creación del Registro Nacional de Donantes de Células Progenitoras Hematopoyéticas).Ley N° 3373/10: (B.O. 08/02/2010) CABA - Ley de la ENFERMEDAD CELÍACA en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ley N° 14.129/10: (B.O. 31/05/2010) PBA - Enfermedad Celíaca. Ley N° 3478710: (B.O. 06/08/2010) -CABA- Se prohíbe la venta libre de audifonos. Ley 26529 (B.O. 19/11/2009) Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Ley 26.657/10: (B.O. 03/12/10 -) - SALUD PÚBLICA - Derecho a la Protección de la Salud Mental.

³³ Un ejemplo de ello se advierte en el precedente *Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/amparo (12) 27/01/1987 - Fallos: 310:112*; también en *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas. 24/10/2000 - Fallos: 323:3229*.

Entre los instrumentos internacionales que adquirieron jerarquía constitucional y habilitaron la plena institucionalización con esa raigambre del derecho a la salud, es dable señalar tales como el artículo 12, literal c) del PIDESC; inciso 1 artículos 4 y 5 de la CADH; e inciso 1, del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Incluso nuestra CSJN lo extiende no solo a la salud individual, sino también a la salud colectiva³⁴.

Así las cosas, coincidimos con Germán Bidart Campos quien explicó con relación al alcance constitucional de este derecho luego de operada la reforma constitucional, que “la procura de la salud es una obligación del Estado de carácter prioritario, sobre todo para los sectores sociales más desprotegidos que, sea por déficit en la suficiente educación, o por su falta de recursos, o por las distancias con centros asistenciales, no pueden proveerse por sí los servicios elementales”³⁵.

Básicamente nuestra CSJN³⁶ ha entendido, con soporte no solo en el sistema jurídico interno, que “la vida de los individuos y su protección constituyen un bien fundamental en sí mismo imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal. El derecho a la vida es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente

34 El “Estado no solo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales (en el caso, a la salud) sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera que el ejercicio de aquellos no se torne ilusorio”. *Cfr.* CSJN. *Fallos 323:1339 (Asociación Benghalensis)*.

35 Además señala que “cuando actualmente –como ideal– se define y postula que la salud consiste en una situación de bienestar físico, síquico, mental y moral, la órbita de presencia estatal se explaya con los consiguientes deberes. Todo reduccionismo conspira, por ende, contra ésta indeclinable función del Estado» Bidart Campos, Germán. “El orden socioeconómico en la constitución” Edit. EDIAR, Buenos Aires, 1999, p. 309.

36 *Cfr.* CSJN. *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta, Fallos 326:4931, del 18/12/2003*.

de él y el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, ya que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida”.

Esta obligación de garantizar el derecho a la salud asumida por el Estado argentino para con todos sus habitantes –a partir de la adhesión a los instrumentos internacionales de derechos humanos– debe ser completada con lo establecido en el número 23 del artículo 75 de la CN, que hace especial referencia a la necesidad de adoptar –como competencia del Congreso de la Nación– “medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos”.

Claramente, la reforma constitucional de 1994 y en particular la jerarquización constitucional de los más relevantes instrumentos internacionales de derecho humanos, han sido motor de actualización y cambio para todo el sistema de derechos humanos. La doctrina y la jurisprudencia tiñeron de sus principios y reglas –las del sistema internacional de derechos humanos– a todo el ordenamiento jurídico nacional. Así, nuestro

“actual posicionamiento constitucional derivado de lo normado en el art. 75 inc. 22 del texto supremo, ratifica normativamente la circunstancia de haber alcanzado la persona humana, la calidad y rango de sujeto de derecho internacional, ya que el Estado que se hace parte en un sistema internacional de derechos humanos (y más aún el que jerarquiza este sistema hasta alcanzar el nivel de su texto constitucional) conserva su jurisdicción doméstica, en la que aloja el sistema de derechos, pero no de modo exclusivo o reservado, sino en modo concurrente con la internacional que también asume respetar

y hacer respetar. Tales son las reglas básicas en materia de Derechos Humanos, que –según nosotros lo interpretamos– habrán de trasladarse en modo contundente y positivo desde ahora, al ámbito de todo el derecho infra-constitucional, conglobando en un sentido *aggiornado* y *pro-hómīne* [sic], las remozadas matrices constitucionales que hoy dan marco al accionar del Estado Argentino”³⁷.

3. Los compromisos internacionales y las obligaciones estatales en materia de derecho a la salud

Sabido es que los Estados firmantes de los instrumentos de derechos humanos se comprometen y responsabilizan a proyectar hacia su derecho interno –como deber– el respeto y las garantías que determinan aquellos derechos que los mismos tratados reconocen. Entre los órganos que integran el Estado, están presentes los tribunales locales y –en nuestro caso– reviste un rol preponderante la CSJN. Trabajaremos entonces sobre su jurisprudencia, con el objeto de develar cuándo y cómo se ha aludido al derecho internacional de los derechos humanos para afianzar y efectivizar el derecho a la salud.

A modo de introito, cabe señalar que no es posible soslayar que –en la actualidad– la noción de control de convencionalidad introducida por la Corte IDH impregna todo el sistema judicial argentino, a través de la interpretación de la misma que la CSJN ha realizado en numerosos fallos durante la última década, desde los casos Arancibia Clavel (24/08/2004), Simón (14/06/05), Mazzeo (13/07/07) y (Loiano, 2008:118)³⁸.

37 Jiménez, Eduardo “Sistema Jurídico y Derechos Humanos”, *Revista Jurídica El Derecho*, p. 10.

38 Riquert, Fabián Luis; García Minella, Gabriela; y Palacios, Leonardo Pablo. *Impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

El control de convencionalidad, de acuerdo a lo indicado por Susana Albanese, es una “garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente”. Tal como lo ha definido la Corte IDH, a partir de su vigencia este control implica que los órganos judiciales de los países miembros no solo deben resolver un caso según lo normado en la CADH, sino también teniendo en cuenta “la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”³⁹. Inclusive, a partir del fallo de la CSJN en el caso Carranza Latrubesse del 6 de agosto de 2013, se introduce la discusión sobre si las recomendaciones de la CIDH son de obligatoria aplicación para los jueces en Argentina⁴⁰.

Sobre este mismo punto, Horacio Rosatti –hoy juez de la CSJN– indica que la recepción de la doctrina del control de convencionalidad por los tribunales nacionales, en especial por la CSJN, ha sido creciente. Además de los argumentos metajurídicos, vinculados con cierto consenso supranacional en materia de reconocimiento y protección de los derechos humanos, la CSJN recurrió a un argumento jurídico específico –insinuado en principio por algunos ministros del alto tribunal y luego hecho suyo en votos de mayoría– que podría resumirse de este modo: la obligatoriedad de aplicar a nuestra jurisdicción el texto

en materia penal, ponencia presentada en XX Jornadas de investigadores y becarios en ciencias jurídicas y sociales, realizadas entre el 7 y el 9 de septiembre de 2016, en la Universidad Nacional de Mar del Plata, pp. 5 a 7.

39 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de septiembre de 2006

40 En sentido negativo se pronuncia Gustavo Arballo, luego de analizar detalladamente los votos que conforman la mayoría en el fallo y cómo se ha pronunciado cada miembro de la CSJN respecto al tema, en post titulado *Corte Argentina, sobre -no- obligatoriedad de informes de la Comisión Interamericana*, del 9 de agosto de 2013, disponible en <http://www.saberderecho.com/2013/08/corte-argentina-sobre-no-obligatoriedad.html> (acceso 1/12/2017).

de los tratados incorporados por mandato constitucional y las interpretaciones de los órganos y/o tribunales con competencia para hacerlo (en especial la CIDH y la Corte IDH, en referencia a la CADH) surge de la expresión “en las condiciones de su vigencia” agregada en el segundo párrafo del número 22, artículo 75 de la CN, por el cual se adjetiva el modo en que los tratados y convenciones internacionales se incorporan al derecho nacional.⁴¹

Es en el tratamiento del derecho a la salud, donde los tribunales argentinos más se han apoyado en los instrumentos de derechos humanos constitucionalizados. En tal construcción, nuestra jurisprudencia ha identificado claramente la existencia de un derecho a la asistencia sanitaria y la consiguiente generación de obligaciones estatales, derivadas justamente de la jerarquía constitucional oportunamente otorgada a los instrumentos internacionales de derechos humanos por el constituyente de 1994.

El plexo normativo internacional básico con que estos precedentes han fundado la generación de sus estándares, deriva de los artículos 4 y 5 de la CADH con los que se identifican los derechos a la vida e integridad personal, habiéndose referido además la CSJN al artículo 12 del PIDESC como asimismo a los artículos 23, 24 y 26 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño para enfatizar la existencia normativa de este derecho.

Oportunamente Germán Bidart Campos –desde su posición trialista– supo describir este bloque constitucional (CN e instrumentos internacionales de derechos humanos) haciendo hincapié en sus características, propias de un Estado social y democrático de derecho, expresando que la retroalimentación

41 Rosatti, Horacio. *Derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2003-2013)*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pp. 86 y 87.

que circula entre la fuente interna y la internacional del sistema de derechos deviene de la complementariedad que anida en el artículo 75, número 22 de nuestra Carta Magna⁴².

De esta normativa deriva también, en nuestra jurisprudencia, la existencia de un derecho colectivo a la protección a la salud con la correlativa obligación estatal para impetrar acciones positivas en tal sentido y, particularmente, en materia de organización de los servicios de salud. Ello también le impone al Estado el deber de generar obligaciones positivas a las obras sociales y empresas de medicina prepaga; y legislativamente, el de enfatizar el derecho a una indemnización plena en materia de responsabilidad por accidentes y enfermedades de trabajo. Todo eso con prohibición de discriminación, en línea con la veda expresa dispuesta por el derecho internacional de los derechos humanos en estas cuestiones.

Se expone lo anterior porque, como es sabido, la identificación expresa de la existencia de un derecho a la salud no alcanza para asegurarlo en los hechos; para que ello ocurra, debe identificarse también al sujeto pasivo de las obligaciones que el mismo genera, el alcance de tales obligaciones y las restricciones o limitaciones que en su caso se dan.

Reiteramos aquí, también, que los principios del derecho internacional de los derechos humanos –que ofrecen la hermenéutica de interpretación en estas cuestiones– la prescriben en modo integrador y *pro homine*; es decir, la más favorable a la persona humana.

42 Bidart Campos, German. “La relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho argentino”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales*, obra colectiva, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Ed. Del Puerto SRL, Buenos Aires, 1997, p. 81.

Baste aquí recordar que, para nosotros, el plexo normativo incorporado sobre derechos humanos –al igual que sucede en el sistema español y en el alemán– una vez adquirida esa jerarquía constitucional se constituye, además de texto normativo supralegal, en una pauta de valoración obligatoria para los poderes públicos.

En este sentido, nosotros interpretamos que la reforma de la CN realizada en 1994 ha incorporado y afianzado importantes bases de análisis en materia de interpretación constitucional ya que –como es sabido– de sus fines se desprenden los criterios que deben orientarla y los cuales pueden clasificarse, en el decir de Domingo García Belaúnde, en dos grandes rubros: a) los de carácter general, que conciernen a todo régimen constitucional en cuanto tal y de los cuales puede sostenerse que se amalgaman con toda Constitución; y b) los de carácter particular, propios de una determinada Constitución, y que se corresponden a una nación en su individualidad.

Anotaremos ahora, ya aclarado lo que antecede, que en cuanto a la consolidación de las pautas supranacionales que informan al derecho a la salud son relevantes –entre otros– los casos Campodónico de Beviacqua⁴³ ya citado y Monteserín⁴⁴; ello

43 Cfr. CSJN. *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas, 24/10/2000*: El “Estado Nacional ha asumido, pues, compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos [sic] deberes, so pretexto de inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos departamentales”.

44 Cfr. CSJN. *Recurso de hecho deducido por el Servicio nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad en la causa Monteserín, Marcelino c/Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social/Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas/Servicio Nacional de*

sin perjuicio de algunos retrocesos como el que se expresa en autos –desandando en cierto modo su propia doctrina– sobre el caso Ramos⁴⁵, en el que la CSJN rechaza *in limine* una acción de amparo en la que la peticionante reclamaba –entre otras cosas– por la tutela del derecho a la salud de sus hijos menores de edad.

La CSJN⁴⁶ ha entendido que “normativamente, el derecho a la salud se halla reconocido en tratados internacionales con rango constitucional (artículo 75 inciso 22), en el Artículo 12 inciso c) del pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inciso 1 ° Artículo 4 ° y 5 ° de la CADH, e inciso 1 ° del Artículo 6 ° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no solo a la salud individual, sino también a la salud colectiva”.

Es decir que del plexo normativo descripto surge con claridad la efectiva protección que debe tener este derecho fundamental de la persona que implica hoy, no solo la ausencia de daño a la salud por parte de terceros sino también la obligación de quienes se encuentran compelidos a ello –con especialísimo énfasis los agentes del servicio de salud– de tomar acciones positivas en su resguardo. La jurisprudencia ha operativizado estas modalidades obligacionales, ofreciendo particular atención –entre otras– en aquellas personas que se encontraban en una situación de especial vulnerabilidad⁴⁷.

Rehabilitación y Promoción de la persona con Discapacidad, del 16 de octubre de 2001.

45 Cfr. CSJN. *Ramos, Marta Roxana y otros c/Provincia de Buenos Aires y otros s/ Amparo*, del 12 de marzo de 2002.

46 Cfr. CSJN. *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta v. Ministerio de Salud - Estado Nacional s/acción de amparo - medida cautelar*, Fallos: 326:4931, del 18/12/2003.

47 Cfr. CSJN. Fallos 323:1339 (*Asociación Benghalensis*); 324:754 (*Hospital Británico c/Ministerio de Salud*); 329:1226 (*Barria c/Provincia de Chubut y Estado Nacional*); 329:1638 (*Reynoso c/INSSJ y P*); y 329:2552 (*Floreancig c/*

En un precedente también digno de ser destacado⁴⁸, la CSJN enfatizó que

“el derecho a la salud, cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida, que está reconocido por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (Art. 75 inc. 22 de la Ley Suprema) y la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar ése [sic] derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las acciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga”.

Luego afirmó que

“las obligaciones emergentes del marco normativo examinado –y la condición de discapacitada de la amparista–, imponen a las autoridades locales el deber de articular un mecanismo eficaz para encausar la entrega del medicamento con la urgencia y la continuidad que el caso exige sin que ello implique desconocer el deber de coordinación con el Estado Nacional –mediante el Ministerio de Salud– el que debe acudir en forma subsidiaria de manera de no frustrar los derechos del amparista. De no ser así, las leyes sancionadas en la materia dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad”.

Asimismo, destacó que –a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales– el derecho a la preservación de la salud debe ser garantizado por la autoridad pública con acciones positivas, agregando a ello que “la función rectora que ejerce

Nación Argentina).

48 Cfr. CSJN. *Orlando, Susana Beatriz c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo*, Fallo 328:1708 del 24/05/2005.

el Estado Nacional en el campo de la salud y la labor del Ministerio de Salud y Acción Social –fijar políticas sanitarias, y por ley 23.661, llevar a cabo la política de medicamentos– son evidentes para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios, coordinando sus acciones con las obras sociales y los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda”⁴⁹.

II. Personas privadas de libertad: agravamiento de las condiciones de detención

1. Situación de las personas privadas de libertad en las cárceles argentinas

El artículo 18 de la Constitución argentina establece que “quedan abolidas para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormentos y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a modificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”. Esta norma se complementa con los artículos 5.2 de la CADH, XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y

49 Cfr. CSJN. *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas*, 24/10/2000. Precedente con referencias en *Fallos* 328:4640 y 330:4160; y Cfr. CSJN. Fallo 323:3229, en el que se ha afirmado que la “existencia de una obra social que deba cumplir el PMO, no puede redundar en perjuicio de los afiliados y menos aún de niños, pues si se acepta la interrupción de la asistencia en razón de las obligaciones puestas a cargo de aquella, se establecería un supuesto de discriminación inversa respecto de la madre del menor que, amén de no contar con prestaciones oportunas del organismo, carecería del derecho a la atención sanitaria pública, lo que colocaría al Estado Nacional en flagrante violación de los compromisos asumidos en el cuidado de la salud”.

10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, desde lo que señala el numeral 22 del artículo 75 en la constitucional.

Claramente tal normativa, en consonancia con la Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas, vía artículo 18 CN, resulta un estándar de aplicación internacional hacia las personas privadas de libertad que se encuentran en el país.

Desde el plano infraconstitucional, entre todas las normas vigentes⁵⁰, el Código Penal argentino en su artículo 144 determina lo siguiente:

50 Cfr. CIDH. *Respuestas al cuestionario de consulta con motivo del informe temático sobre derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, Relatoría de las Personas privadas de Libertad, Asociación Permanente por los Derechos Humanos (APDH), 2009, pp. 1 y 2, disponible en http://www.apdh-argentina.org.ar/sites/default/files/u6/Cuestionario_Relatoria_personas_privadas_de_la_libertad_-_APDH_Argentina_-_Mayo_2010.pdf (acceso 1/12/2017); Ley N° 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. Decreto N° 18/97; Reglamentación del artículo 33 de la Ley 24.660. Decreto N° 1136/97; Reglamentación del Capítulo IX de la Ley 24.660; Decreto N° 396/99 Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad; Decreto N° 1139/2000; Reglamentación de la Ley 24.660; Decreto N° 807/2004; Reglamentación del artículo 174 de la Ley 24.660; Decreto N° 303/96; y Reglamento General de Procesados que, no obstante ser anterior a la ley 24.660 continúa vigente con las reformas introducidas por los decretos 18/97 y 1634/07. A nivel provincial, cada una de las veintitrés provincias argentinas y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dispone de un Código de Procedimientos en Materia Penal y demás legislación pertinente. El principal distrito penitenciario, la provincia de 2 Buenos Aires aplica la Ley 12.256 que aprueba su Código de Ejecución Penal y también las disposiciones nacionales. En todo el país los tribunales federales aplican la legislación federal y la Ley 24.660. Las normas legales y reglamentarias específicas que regulan la actividad del Servicio Penitenciario Federal son las siguientes: Constitución Nacional y la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario Federal, aprobada por la norma de facto que lleva el N° 20.416.

1. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veintiocho años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase que tortura. Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho. Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos.
2. Si con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión perfecto. Si se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 91, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.
3. Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición pimientos, cuando éstos tengan gravedad suficiente.

Sobre esta normativa la doctrina destaca la naturaleza pluriofensiva del delito, involucrando también la libertad en su sentido más extenso y amplio; comprendiendo además la integridad psíquica y moral de la persona, la vida, la dignidad humana y el honor. En este marco, la prohibición absoluta de la tortura pertenece hoy en día al dominio del *jus cogens* internacional y se adscribe a toda la dimensión del derecho internacional de los derechos humanos, entendiendo que tal obligación no debe suspenderse ni siquiera en las circunstancias más difíciles que puede atravesar un Estado⁵¹.

51 Bombini, Gabriel y Di Iorio, Javier. “Código penal comentado de acceso libre”, *Revista Pensamiento Penal*, pp. 6 y 7, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37799.pdf> (acceso 1/12/2017).

En líneas generales, hasta aquí hemos descripto el sistema normativo argentino que consagra el derecho a la salud para todo habitante, lo que involucra a las personas privadas de su libertad, siendo que su violación ha de ser tipificada entonces como tortura y/o agravamiento de las condiciones de detención.

Desde la reforma constitucional de 1994 a la fecha, los tres poderes del Estado argentino han procurado –a paso más que lento– acciones tendientes a resguardar y hacer efectivo este derecho. En líneas generales, los tribunales argentinos cuando trabajan sobre la vigencia de los DESC lo hacen ordenando, reconduciendo y ajustando políticas públicas ya diseñadas por el Estado. Conforme enseñan Julieta Rossi y Leonardo Filippini, cada una de estas intervenciones tanto nacionales como latinoamericanas –combinadas con altas dosis de activismo judicial– no han logrado en su totalidad el objetivo pretendido; esto es, favorecer el goce efectivo de los derechos sociales⁵². Y nosotros agregaríamos a lo señalado que ello se profundiza más aún, cuando nos referimos a las personas privadas de libertad.

Es en este punto donde comenzamos a pensar en la accesibilidad y efectivización del derecho a la salud de las personas privadas de libertad, preguntándonos si detrás del muro, ¿se accede al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental? ¿Cuál es el disfrute más alto de este derecho para las personas privadas de libertad?

En esta línea de análisis, consideramos importante enfatizar en la problemática de la sobrepoblación carcelaria por la que atraviesa el sistema. En tal sentido, los recursos disponibles para sobrellevar la obligación autoimpuesta obviamente se encuentran

52 Rossi, Julieta y Filippini, Leonardo. *El derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales en Latinoamérica*, <http://www.palermo.edu/derecho/pdf/publicaciones/Paper-Rossi-Filippini.pdf>, p.1.

sobrepasados, sin que se pueda advertir aquí una política de reversión.

“Durante los últimos años, la población privada de libertad en Argentina ha crecido de forma ininterrumpida. Basta con ver la evolución de la tasa de encarcelamiento, que según las estadísticas oficiales para 2015 trepó a 168,5 personas presas cada 100.000 habitantes, para identificar que el incremento se produjo tanto en términos absolutos como relativos. Esta tendencia se ha replicado en el SPF,⁵³ donde –para hacer frente a la creciente demanda de cupo– desde 2014 se amplió progresivamente la capacidad de alojamiento de los establecimientos penitenciarios, sin considerar ciertos criterios objetivos de habitabilidad. Pese a estas medidas, se detectaron algunos focos de sobrepoblación en los complejos penitenciarios que alojan a varones adultos del Área Metropolitana de Buenos Aires. Durante las primeras semanas de 2017 en las cárceles federales se ha vuelto a superar el récord histórico de personas detenidas, pero además desde el 20 de enero se registra sobrepoblación general, es decir, hay más personas encarceladas que la capacidad total de alojamiento del sistema penitenciario. Y a pesar de que se volvió a incrementar el cupo de alojamiento declarado, no se ha podido contener el fenómeno”⁵⁴.

El informe del 2015 sobre el estado de las cárceles federales argentinas efectuado por la Procuración Penitenciaria de la Nación Argentina, describe las principales vulneraciones de derechos humanos detectadas durante el encierro. En lo que

53 SPF: Servicio Penitenciario Federal.

54 Procuración Penitenciaria de la Nación. *La Procuración Penitenciaria alerta de la existencia de sobrepoblación en el SPF*”, 16 de febrero de 2017, p. 1, disponible en http://www.ppn.gov.ar/?q=La_Procuracion_Penitenciaria_alerta_de_la_existencia_de_sobrepoblacion_en_el_SPF, (acceso 1/12/2017).

respecta a brindar una aproximación a la pregunta formulada, propugna que:

“La producción de muertes bajo custodia se encuentra íntimamente relacionada con la regularidad y sistematicidad de una diversidad de prácticas estatales vulneradoras de derechos, que suelen ocurrir complementariamente. Este organismo ha podido advertir la íntima relación entre esos fallecimientos y la vigencia del recurso a la violencia para gestionar la prisión, el uso exacerbado del confinamiento en solitario, **la cancelación del acceso a derechos económicos, sociales y culturales (en particular a una atención a la salud y alimentación adecuadas)**, y la obturación de vías legítimas de reclamo y petición condicionando a las personas detenidas al inicio de medidas de fuerza extremas. Estas prácticas penitenciarias son observadas regularmente junto a un débil control judicial, un uso irreflexivo de la prisión preventiva (y restrictivo de medidas alternativas al encierro), y la falta de eficacia y exhaustividad en las causas judiciales iniciadas precisamente para investigar esas muertes, cuando se inician. Esas prácticas estatales, claramente lesivas de derechos fundamentales, atraviesan la totalidad del sistema penitenciario federal, aun cuando se vean concentradas en las denominadas prisiones de máxima seguridad para varones adultos. Ese fenómeno de concentración se refleja también en la desigual distribución espacial de fallecimientos bajo custodia, observada a su vez ante las agresiones físicas de agentes penitenciarios y el uso del aislamiento”⁵⁵.

55 Procuración Penitenciaria de la Nación. *Informe anual 2015. La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de Argentina*, pp. 8 y 9, disponible en <http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Resumen%20Ejecutivo.%20Informe%20Anual%202015.pdf> (acceso 1/12/2017). El resaltado es de la autora.

En Argentina, el derecho internacional de los derechos humanos ha favorecido y fortificado la justiciabilidad de los derechos sociales, en particular del derecho a la salud de la población en general. Pero cuando nos adentramos en el universo de las personas privadas de libertad, los instrumentos de derechos humanos no logran penetrar los muros. Se presentan como parches de contención ante la profunda erosión de los derechos sociales, entre otros, que se les niegan a quienes en principio se les priva de la libertad a través del encierro.

De ello dan cuenta no solo los pronunciamientos judiciales de la última década, sino también los estudios e informes presentados por las distintas organizaciones gubernamentales que se ocupan de este colectivo ante la CIDH⁵⁶, cuya Relatoría sobre los Derechos de Personas Privadas de Libertad en su último informe sobre Argentina (N° 151/16), señala que

“recibió información respecto a un aumento de la población penitenciaria en los últimos años. Al respecto, la CIDH advierte que después de la última visita de la Relatoría en 2010, se ha presentado un crecimiento del 16% en la población penitenciaria de la República. Durante el mismo periodo, el aumento de la población penitenciaria en el ámbito federal equivale a un 15.3%; en la provincia de Buenos Aires, a un 25 %; y en la provincia de Mendoza, a un 53%. La Comisión observa que este aumento de población penitenciaria, ha llevado a que los centros carcelarios del país se encuentren en una situación de hacinamiento. Por su parte, el Jefe de Gabinete de Ministros del Gobierno Nacional se pronunció

56 Como por ejemplo, los presentados por la Comisión Permanente por la Memoria y otros. Ref. Audiencia durante el 164° periodo ordinario de sesiones sobre “Situación de las personas privadas de libertad en la provincia de Buenos Aires, Argentina”, 7 de julio de 2017, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=YO8ePPxmqqk> (acceso 1/12/2017).

durante la visita de la Relatoría respecto al hacinamiento que caracteriza el sistema penitenciario en Argentina. Asimismo, en julio del año en curso, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas expresó su preocupación ante los altos **niveles de hacinamiento, que entre otros aspectos, se reflejaría en la** utilización de estaciones policiales como lugares permanentes de detención. En particular, la Comisión Interamericana advierte que la utilización de las comisarías como centros de detención permanente deriva principalmente de la insuficiente cantidad actual de plazas penitenciarias y del respectivo abuso de la prisión preventiva. Sobre este punto, el supervisor de zona entrevistado en la Comisaría Seccional 11ª de la Ciudad de Santa Fe, refirió que ‘sólo a medida que las unidades penitenciarias van liberando espacio, podemos sacar a personas de la comisaría’. Debido al déficit de plazas, tal como lo advirtió la CIDH en 2010 y en la presente visita, las personas detenidas permanecen meses en las estaciones de policía, que son concebidos para detenciones transitorias, **y que no cuentan con la infraestructura ni los servicios básicos para asegurar condiciones dignas de detención.** Además, debido a su formación, el personal policial no está preparado para cumplir con la función de custodia de detenidos, la que corresponde al Servicio Penitenciario Provincial, que cuenta con servidores públicos capacitados para la custodia y tratamiento de personas privadas de la libertad. La CIDH valora los esfuerzos realizados por el Estado para darle solución a esta situación, principalmente a través de la ampliación del Programa de Alcaldías de Buenos Aires que busca erradicar el alojamiento de detenidos en dependencias policiales; sin embargo, manifiesta su preocupación por el elevado número de personas que se encuentran actualmente en comisarías, siendo de conformidad con el gobierno de la provincia de Buenos Aires, un total de 2.547 a septiembre de 2016. Como

se analizará más adelante, **las condiciones de detención de las comisarías no reúnen las condiciones mínimas para que la detención sea compatible con el derecho a la integridad personal.** En este sentido, la CIDH exhorta al Estado a adoptar las medidas urgentes y necesarias para que cese la utilización de las dependencias policiales como lugares de alojamiento permanente de personas. Por su parte, respecto a la sobrepoblación, la Procuración Penitenciaria de la Nación ha señalado que ésta ha sido abordada por el Estado a través del ocultamiento de las reales dimensiones del problema y del incremento ficticio de plazas a partir del agregado de nuevos colchones. En este sentido, el Mecanismo Local de Prevención de la Tortura en Mendoza y organizaciones de la sociedad civil informaron a la CIDH que, a pesar del aumento población en los últimos años (de un 53% de 2010 a la fecha) y de que no se habían construido o ampliado centros de detención, sino que únicamente se habían colocado ‘más [...] camas dentro de un mismo espacio físico’ el gobierno reportaba prácticamente el mismo nivel de hacinamiento (12%) en 2010 y en 2016. Sobre este aspecto, la CIDH recuerda que la capacidad de alojamiento de los centros de privación de libertad debe formularse teniendo en cuenta criterios como el espacio real disponible por recluso, la ventilación, la iluminación, la calefacción, el acceso a los servicios sanitarios y el número de horas que los internos pasan encerrados en sus celdas y al aire libre, así como otros elementos básicos de **infraestructura como clínicas médicas,** y espacio y equipo necesarios para el trabajo, educación, y recreación. Como mínimo, cada interno debe contar con espacio suficiente para dormir acostado, para caminar libremente dentro de la celda o dormitorio, y para acomodar sus efectos personales. [...] Con base en la observación de los centros de reclusión visitados, la Relatoría advierte que las condiciones de detención no resultan compatibles con

la dignidad personal de las personas privadas de libertad. En particular, la delegación de la CIDH observó que el Instituto de Recuperación de Mujeres, en la ciudad de Santa Fe, se caracteriza por estructuras físicas muy antiguas, que requieren de trabajos estructurales de reparación, adecuación y mantenimiento. Asimismo, las internas indicaron a la Relatoría que la comida era insuficiente y que se servía ‘en mal estado’; que no llevaban a cabo alguna actividad de recreo; y que la atención médica no era adecuada. Sobre el particular, una de las internas refirió ‘Estoy embarazada. Desde hace tres meses solicité me hicieran análisis, y me dicen que no hay médico para sacarme sangre’. En la cárcel de San Felipe, en Mendoza, la Relatoría observó [sic] condiciones edilicias similares a las presentadas en el Instituto de Recuperación de Mujeres; sin embargo, considerando que en este centro penitenciario, únicamente se visitaron los módulos de aislamiento, las condiciones serán analizadas en el apartado correspondiente. En todas las comisarías visitadas en la provincias de Buenos Aires y de Santa Fe –con excepción de la Comisaría Distrital Este Primera de Laferrere, clausurada el 7 de septiembre de 2016– la Relatoría **observó que las condiciones de detención se caracterizan por problemas similares, tales como hacinamiento, falta de luz solar e insuficiente luz artificial, ausencia de ventilación, colchones en mal estado, falta de agua caliente, humedad, instalaciones sanitarias precarias y condiciones antihigiénicas.** Asimismo, en todas las comisarías, la delegación de la CIDH recibió quejas generalizadas por la falta atención médica y por mala calidad e insuficiencia de los alimentos, mismos que únicamente se proveerían una vez al día. Ante esta situación, los familiares de las personas detenidas son quienes les proporcionan alimentación y medicamentos. En particular, el hacinamiento y condiciones tales como la falta

de ventilación, constituyen una amenaza para la salud de las personas detenidas en las comisarías. En este sentido, la Relatoría observó con preocupación que en la Comisaría Altos de Laferrere en Buenos Aires, de una población de 15 personas en un espacio para 4, un total de 6 personas presentaban gripe y fiebre. De igual forma, la Relatoría recibió diversos testimonios que manifestaban la desesperación de las personas, la ausencia de actividad y el prolongado tiempo de estancia en espacios hacinados. La Relatoría de la CIDH expresa su profunda preocupación por las condiciones de detención en que se encuentran las personas privadas de libertad en los distintos centros de reclusión visitados, principalmente en las comisarías, que tal como lo ha señalado esta Comisión, generan graves violaciones a derechos humanos considerando que estos recintos no han sido diseñados originalmente, ni cuentan con las condiciones, para el alojamiento de personas por periodos de tiempo prolongados⁵⁷.

2. El derecho a la salud de las personas privadas de libertad en la jurisprudencia argentina

La persona que padece una afección a su salud, detenta los derechos que la Ley nacional 26529 (Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.) le reconoce⁵⁸. Pero cuando la persona se encuentra privada de

57 CIDH. Relatoría sobre los Derechos de Personas Privadas de Libertad realiza visita a Argentina, comunicado de prensa N° 151/16, 19 de octubre de 2016, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/151.asp> (acceso 1/12/ 2017). El resaltado es de la autora.

58 Ley nacional 26529, artículo 2: “Derechos del paciente. Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes: a) Asistencia. El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes,

tiene derecho a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición. El profesional actuante sólo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente;

b) Trato digno y respetuoso. El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes;

c) Intimidad. Toda actividad médico - asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley N° 25.326;

d) Confidencialidad. El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente;

e) Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente. (Inciso sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012)

f) Información Sanitaria. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información

libertad, a la anterior debe adherir la Ley 24660 (Ejecución penal de la pena privativa de la libertad), que le reasegura aquellos derechos en el contexto del encierro junto a otras reglas y principios de la Corte IDH,⁵⁹ así como aquellas que regulan la actividad penitenciaria.

El capítulo IX de esta segunda Ley, regula la asistencia médica desde el artículo 143 hasta el 151; allí, en líneas generales, se establece que el interno debe recibir asistencia médica integral, accesibilidad a la consulta y a los tratamientos prescritos, asegurándose la realización de estudios, tratamiento y medicación de forma gratuita. Todo eso, para ser efectivo, debe ser oportuno; es sobre este punto en donde el catálogo de papel no se concreta.

Es que cuando la asistencia que se brinda es tardía, por profesionales auxiliares de la medicina sin medios y sin registros veraces de su estado, la concreción del derecho es una falacia.

No obstante, dado el estado actual del sistema penitenciario, se puede constatar que la vigencia efectiva del derecho a la salud –con los alcances aludidos– en el contexto de la prisionización no ha avanzado y, lo que aún más grave, va en retroceso.

En función de ello, a través de la garantía del *habeas corpus* correctivo –en algunos casos planteado de modo colectivo– se

sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información. g) Interconsulta Médica. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria por escrito, a fin de obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud”.

⁵⁹ Entre otros, las Reglas Mínimas para tratamiento de Reclusos adoptadas en el primer congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955; también están los Principios de Ética Médica adoptados por la Asamblea General en 1982, mediante la resolución.

ha pretendido intervenir para corregir la puesta en riesgo o la violación concreta de este derecho. La jurisprudencia nacional y local sostiene sus argumentaciones basadas en el derecho internacional de los derechos humanos, las recomendaciones de la CIDH y la jurisprudencia de la Corte IDH.

Como ya lo hemos mencionado, esta línea de acción ha comenzado desde la opción de tutela de otros derechos humanos, previo a la reforma constitucional⁶⁰ y continuado posteriormente su camino, enfatizando que sus instrumentos son para el derecho interno una pauta de interpretación obligatoria en la toma de decisiones de los poderes públicos⁶¹; ello, hasta llegar a finales de 2016⁶² con una jurisprudencia estable que se reafirma y

60 Cfr. CSJN. *Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros*, del 7 de julio de 1992.

61 Cfr. CSJN. *GIROLDI H*, sentencia del 7 de abril de 1995.

62 Hemos puesto como límite de esta posición al 2016, pues a principios de presente año –ya con una nueva composición– la CSJN por mayoría parecería haber modificado su jurisprudencia con relación a la obligatoriedad de los precedentes de la CIDH, en autos Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso *Fontevicchia y D'Amico* contra Argentina por la Corte IDH el 15 de febrero de 2017. Si bien entiendo que merece un estudio más profundo, la mayoría de la doctrina constitucional argentina ha salido a poner las alarmas sobre este precedente por entender que “la Corte Suprema de Justicia de la Nación dio marcha atrás con aquella posición de apertura, y sostuvo que si bien las decisiones de la Corte Interamericana son ‘en principio’ de cumplimiento obligatorio, no deberían ser cumplidas si el tribunal interamericano actuó en exceso de su competencia, o bien cuando la condena es de cumplimiento imposible por contradecir ‘principios de derecho público constitucional argentino’. En el caso, entendió que la Corte IDH se había excedido de su competencia al imponer la revocación de una decisión previa de la propia corte que en 2001 había condenado civilmente a dos periodistas. Entendió que el tribunal interamericano no contaba con atribuciones para imponer la revocación de una sentencia, pues no era una ‘cuarta instancia’ del sistema judicial argentino. Por otro lado, sostuvo que imponer a la propia Corte que revise una decisión firme, cuestionaba su condición de órgano supremo del Poder Judicial nacional de acuerdo con el Artículo 108 de la Constitución, y contradecía

profundiza en tal sentido, confirmando que

“a partir de la reforma constitucional de 1994, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 75, inc. 22°, de la norma fundamental, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciadas en causas en las que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por ella, esta Corte, como uno de los poderes del Estado argentino conforme lo previsto en el art. 68.1 de la misma Convención, debe cumplir la sentencia del tribunal internacional y ordenar a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal Correccional que, por intermedio de quien corresponda, designe una nueva sala de ese tribunal para que proceda la revisión de la sentencia en los términos del artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos”⁶³.

En efecto, el más alto tribunal argentino ha ido diseñando su jurisprudencia a la luz de los pronunciamientos de los organismos regionales de protección de derechos humanos; esa misma línea ha inspirado las resoluciones de los tribunales locales de primera y segunda instancia. Abordando el tema que hemos elegido, la CSJN ha dictado en tiempos recientes al menos dos sentencias paradigmáticas que apuntan directamente a la responsabilidad del Estado nacional sobre las personas detenidas en cárceles provinciales y la necesidad de respetar los estándares mínimos

principios fundamentales del derecho público que funcionan como un límite para la implementación de las decisiones internacionales”. Abramovich, Víctor. “*Comentarios sobre el caso Fontevicchia*”. *La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino*, 17 de febrero de 2017, disponible en <http://ijdh.unla.edu.ar/advf/documentos/2017/02/58ab010a10d4c.pdf> (acceso 1/12/2017).

63 Cfr. CSJN. *Mohamed vs. Argentina*, caso N° 11.618, resolución N° 477/15-/s Expediente N°4499/13, del 25 de marzo de 2015.

que deben poseer las personas privadas de libertad, sin distinción basada en su alojamiento en un penal del sistema federal o local.

A continuación, haremos mención de dos fallos de la CSJN ya estudiados⁶⁴ que son una clara muestra de esta problemática.

a. Caso “Verbitsky”⁶⁵

64 Riquert, Fabián Luis; García Minella, Gabriela; y Palacios, Leonardo Pablo. *Impacto de la jurisprudencia...*

65 Cfr., CSJN. *Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/habeas corpus*, 3 de mayo de 2005, elDial.com, AA29AF. Los antecedentes son reseñados por el entonces Procurador General, Nicolás E. Becerra, quien recuerda que el CELS interpuso acción de *habeas corpus* (artículo 43, CN), en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, detenidas en establecimientos policiales superpoblados y de todas aquellas detenidas en tales lugares, pese a que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados. Ante esa situación, solicitó que el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires (en adelante, TCPBA) asumiera su competencia respecto de ese colectivo de personas para que, luego de comprobar la situación, se pronunciara expresamente acerca de la ilegitimidad, constitucional y legal del encierro de esas personas en las condiciones en las que se hallan, ordenando el cese de esa situación. La Sala III del Tribunal rechazó el *habeas corpus* interpuesto con fundamento en que no era competente para entender originariamente en la acción instaurada (cfr. arts. 406 y 417 del CPPBA). Agregó que tal acción no autorizaba, en principio, a sustituir a los jueces propios de la causa en decisiones que les incumben, de modo tal que la reparación de las agravaciones en las condiciones de detención denunciadas en la presentación de origen debía encontrar remedio en los respectivos órganos jurisdiccionales, a cuya disposición se hallan los beneficiarios del *habeas corpus*. Por último, señaló que no correspondía tomar una única decisión que englobase las situaciones plurales indeterminadas con otros posibles objetivos perseguidos aun cuando estén, de manera significativa, referidos a un problema común. El CELS impugnó la sentencia a través de los recursos extraordinarios de nulidad y de inaplicabilidad de ley previstos en los acápites a) y b) del artículo 161, inciso 3, de la Constitución provincial y en los artículos 491 y 494 del CPP local. Llegada a

En 2005, la CSJN le reconoció al Centro de Estudios Legales y Sociales (en adelante, CELS) legitimación colectiva para interponer un *habeas corpus* correctivo y colectivo a favor de las personas detenidas en las prisiones y comisarías bonaerenses, ordenando al Gobierno de la provincia de Buenos Aires que revirtiera las condiciones inhumanas de confinamiento existentes e instruyendo a la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires así como a los demás tribunales, para que hicieran cesar urgentemente aquel agravamiento, entre otros puntos. Así ingresó en el universo de los litigios complejos o estructurales, en los cuales

“se interpelan, monitorean y revisan las instituciones y/o políticas públicas, dictando medidas estratégicas multiformes que escapan substancialmente al marco de medidas de ejecución tradicionales. Podría afirmarse que el activismo jurídico en casos estructurales complejos como estos denota el triunfo de la retórica de los derechos humanos y su virtualidad institucional, mientras que la forma de intervención de las Cortes reflejan los particulares términos en que se organizará la lucha por el sentido práctico de estos derechos, por el ‘cómo’ se accede a su contenido o realización”⁶⁶.

En concreto, la CSJN fijó los estándares de protección de los derechos de las personas privadas de libertad bajo la jurisdicción

conocimiento de la Suprema Corte de Justicia bonaerense, por voto de la mayoría de sus miembros, declaró inadmisibles los recursos interpuestos. El 9 de febrero de 2004, el Procurador General dictaminó que estimaba al recurso formalmente admisible ya que el pronunciamiento impugnado proviene del tribunal superior de la causa y rechaza en forma definitiva la acción con el alcance colectivo que la actora pretende con apoyo en normas de carácter constitucional.

66 Puga, Mariela, *Litigio estructural*, tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013, p. 20, disponible en https://www.researchgate.net/profile/Mariela_Puga/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga/links/00b7d51eef3c69135c000000/LITIGIO-ESTRUCTURAL-Tesis-Doctoral-Mariela-Puga.pdf (acceso 1/12/2017)..

del Estado provincial bonaerense, compatibles con el mandato de la CN y con los instrumentos internacionales de derechos humanos que detentan jerarquía constitucional. El tribunal le ordenó a la justicia provincial verificar y remediar las condiciones inhumanas de detención de los detenidos a su disposición, así como disponer la inmediata libertad de los adolescentes y enfermos detenidos en comisarías. Surge de los considerandos del voto mayoritario

“que de verificarse algunos de los extremos mencionados por el accionante, sería posible que se configurasen eventuales casos de agravamientos que importarían trato cruel, inhumano o degradante u otros análogos, susceptibles de acarrear responsabilidad al Estado Federal. En esta eventualidad, es deber de esta Corte, por estar comprometida la responsabilidad internacional del Estado Federal, instruir a la Suprema Corte y a los demás tribunales de la Provincia de Buenos Aires para que hagan cesar con la urgencia del caso el agravamiento o la detención misma, según corresponda”.

La CSJN exhortó a los poderes provinciales a revisar la legislación que regula la excarcelación y la ejecución penitenciaria, tomando como base la legislación nacional en la materia. Concluyendo, recomendó conformar una mesa de diálogo en la que intervinieran las autoridades provinciales y las organizaciones de la sociedad civil, manteniendo para sí el poder de controlar la adopción de las medidas ordenadas en el fallo.

No hemos encontrado, a la fecha, un análisis tan equilibrado sobre estos pronunciamientos como el que realiza Cristian Courtis; particularmente, porque este autor le dedica parte del mismo a preguntarse si la invocación de estándares internacionales de derechos humanos resultó, para el tribunal, un criterio vinculante o una mera cita ornamental. Incliniéndose

por la primera opción, subraya que el voto mayoritario no explica demasiado los eslabones de tal argumentación. Con relación al catálogo de la normativa internacional citada (instrumentos, documentos y decisiones de muy variado origen), expresa que “semejante catarata de menciones, parecería significar que la Corte se está tomando en serio la jerarquía constitucional y suprallegal de los instrumentos internacionales de derechos humanos, y que cuando deba enfrentar una situación de hecho en la que son aplicables simultáneamente normas constitucionales, normas de tratados internacionales con jerarquía constitucional y normas de otros tratados internacionales, el tribunal tendrá en vista todos los estándares en juego e intentará armonizarlos”.

Agrega a lo expuesto, que le

“parece posible interpretar el esfuerzo de identificar y citar instrumentos y opiniones de todo tipo aplicables al caso en cuestión, como una búsqueda de sustento más sólido del fuerte activismo manifestado en la decisión. Si esto es así, tal vez signifique que, para la Corte, la interpretación de cláusulas constitucionales de conformidad con los estándares que surgen de instrumentos internacionales y de otros documentos derivados de ellos constituye un factor de justificación suplementario de su proceder [...] Bastaría con decir que el conjunto citado padece de cierto desorden, y que la yuxtaposición de piezas de origen tan variado no ayuda demasiado a entender qué valor concede el tribunal a unas y a otras. En todo caso, tal vez sea posible reconducir la profusión de citas a algunos principios básicos. Una clave para dar cierta unidad a las menciones podría darla el empleo que hace la Corte de la expresión ‘estándares internacionales’, en los considerandos 57 y 58 –en materia de prisión preventiva– y 60 y 61 –en materia de regulaciones penitenciarias. Después de volcar sin demasiada elaboración el aluvión de citas

a instrumentos y documentos de origen internacional, la Corte parece sintetizar lo dicho antes, y hace referencia en esos considerandos a la incompatibilidad de la legislación bonaerense en materia de prisión preventiva y de ejecución penitenciaria con los ‘estándares internacionales’⁶⁷.

Ahora bien, aun con sus bemoles, a partir de este precedente no solo la justicia provincial bonaerense sino también el resto de los tribunales locales, comienzan a hacerse eco de los mandatos internacionales al momento de resolver las contiendas; no ya como argumento de autoridad, sino como mandato impuesto al Estado del que forman parte. Es que este

“verdadero *leading case*, interrumpió la práctica ineficaz y monocorde de la sola declaración de derechos y se adentró en un sendero exploratorio sin precedentes. Esta decisión de fijar un nuevo rumbo para el control judicial de la detención encierra [...] la virtud del fallo. Verbitsky cambió un paradigma institucional luego de décadas de comprobada ineficacia del control judicial sobre las condiciones de detención y del repetido fracaso del litigio individual frente a la cuestión de la superpoblación [...] De hecho, el fallo generó varias peticiones similares en otras provincias, en un proceso que parece consolidar un nuevo rumbo para el litigio penitenciario. Podemos desafiar la conveniencia del activismo del tribunal, detectar tensiones entre los distintos poderes de Estado, o mencionar los problemas que acarrea la construcción judicial de vías de reclamo no legisladas, pero no podemos limitarnos a ello, sin correr el riesgo de no comprender la dimensión más profunda de un fallo que intenta tutelar de modo efectivo y a

67 Courtis Cristian. *El caso “Verbitsky”: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?*, pp. 17 y 18 disponible en www.cels.org.ar.

través de un camino que vale la pena explorar, los derechos fundamentales de las personas’⁶⁸.

Así es que el 9 de noviembre de 2007, con citas de los instrumentos de derechos humanos jerarquizados constitucionalmente, el Juzgado de Ejecución Penal de la 1ª nominación de Córdoba –al momento de resolver un *habeas corpus* correctivo a favor de un interno alojado en el Establecimiento Carcelario N° 2 de esta ciudad y a disposición exclusiva de la Cámara en lo Criminal de la 2ª nominación de la ciudad de Río Cuarto que lo condenara a una pena temporal– resolvió que

“los condenados, sea cual fuese la naturaleza de su delito, conservan inalterados aquellos derechos fundamentales que les corresponden como manifestación natural de su dignidad[...] las quejas vinculadas con supuestas deficiencias en la atención médica a los internos indudablemente, ‘pueden representar –de verificarse– una circunstancia de agravamiento de las condiciones de detención, examinable a través de un *habeas corpus* correctivo [...] negarle este derecho a ser informado de los resultados de los estudios médicos que se le practican, constituye una devaluación de sus derechos; sin ninguna base que lo justifique [...] el acceso a la prestación de los servicios médicos ‘es uno de los derechos que por efecto de la privación de la libertad, no pueden garantizarse a sí mismas las personas privadas de la libertad, quedando completamente en manos de la administración penitenciaria el ofrecer el acceso a la atención médica y consecuentemente la garantía del derecho a la salud’⁶⁹.

68 Filipini Leonardo. *La ejecución del fallo Verbitsky. Una propuesta metodológica para su evaluación*, 2007, p. 6, disponible en http://www.cels.org.ar/common/documentos/filippini_leonardo.pdf

69 *Cfr.* Juzgado de Ejecución Penal de la 1ª nominación Córdoba. *Habeas correctivo*,

Más recientemente, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal ha resuelto por mayoría –con citas a precedentes de la CIDH y de la CSJN *in re* Verbitsky– sobre el agravamiento de las condiciones de detención y la realización del derecho a la salud de los internos del Complejo Penitenciario Federal Ezeiza.⁷⁰, lo siguiente:

“el reconocimiento de la realidad carcelaria y, específicamente, la especial situación de sujeción en la que se encuentran las personas privadas de su libertad, en la que el Estado tiene posición de garante como consecuencia de la privación de la libertad. En este sentido se pronunció la Corte IDH al sostener que ‘En los términos del artículo 5.2 de la Convención toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos’.”⁷¹

jurisprudencia temática: salud, 9 de noviembre de 2007, disponible en <http://www.ppn.gov.ar/> (acceso 1/12/2017).

70 Llega el caso a su conocimiento atento a que la Sala III Penal de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, provincia de Buenos Aires, con fecha 12 de mayo de 2014 resolvió confirmar la decisión apelada en cuanto había rechazado el *habeas corpus* colectivo y correctivo interpuesto por la defensa pública oficial, en representación de los internos del Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza, y ordenando al director de dicho establecimiento que arbitrara las medidas tendientes para impedir que las ambulancias del Hospital Penitenciario Central fueran utilizadas para otros traslados que no sean consecuencia de sus fines específicos.

71 Cfr. Cámara Federal de Casación Penal. *Internos del complejo Penitenciario Federal N° 1 de Ezeiza s/recurso de casación*, 15 de julio de 2014, disponible en www.cij.gov.ar (acceso 1/12/2017).

Así, la Corte IDH lo expuso⁷² al expresar:

“152. [...] se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades esenciales para el desarrollo de una vida digna. [...]

153. Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible de aceptar”.

En esta dirección, cabe destacar que la acción intentada resulta ser la vía idónea para perseguir la corrección de situaciones que afecten de modo relevante las condiciones de ejecución del encierro. Y en ese marco, el control judicial efectivo –al que hicimos referencia anteriormente– imponía el tratamiento de las cuestiones aquí ventiladas no solo mediante el pedido de informes al complejo carcelario, sino que era menester la constatación de la realidad por sobre la formalidad; por ejemplo, mediante la constitución del magistrado interviniente en el lugar de detención a fin de constatar las irregularidades denunciadas en

72 Cfr. Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 2 de septiembre de 2004.

forma colectiva por todos los internos del Complejo Penitenciario Federal.

Especial consideración merecen los casos como el aquí analizado, en donde se encuentran en juego cuestiones básicas que involucran el derecho a la salud y a la dignidad de las personas; concretamente el acceso a los servicios de cuidado, atención de salud y accesibilidad efectiva, en tanto en la presentación efectuada por el defensor público oficial se denunciaron irregularidades y falencias en los móviles de traslado de los internos y la falta de asistencia de personal médico idóneo durante los traslados. La protección integral y efectiva del derecho a la salud ha sido receptada por los “Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes”, adoptados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución 37/194 del 18 de diciembre de 1982. No es ese sino el criterio adoptado por nuestra CN, cuando en su artículo 18 establece que “las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”.

Así lo ha entendido la CSJN, expresando que “no podrá prescindirse del claro texto constitucional del art. 18 que dispone que “[l]as cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”⁷³.

Reconoce así a las personas privadas de su libertad el derecho a un trato digno y humano igualmente consagrado por diversos

73 Cfr. CSJN. *Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios...*

instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (artículo 75, número 22). Y “sin desconocer el contenido aflictivo que comporta la privación de libertad –en cierta medida imposible de eliminar por ser inherente a esa situación– son los jueces ordinarios con competencia penal quienes mejor pueden apreciar con un importante grado de precisión y cercanía el intolerable e indebido agravamiento, que en muchos casos se configura”.

Recordó la CSJN que la “República Argentina tuvo un papel protagónico, por otra parte, en el establecimiento de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, en el Primer Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del delito y el tratamiento del delincuente, de Ginebra, en 1955, aprobadas por el Consejo Económico y Social en su resolución 663 C31-7-57 y complementada en la 2076 del 13 de mayo de 1977”. Agregó que a ello

“se suman las previsiones de los tratados internacionales de derechos humanos a los que se ha asignado jerarquía constitucional ‘en las condiciones de su vigencia’. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece en el art. XXV que ‘todo individuo que haya sido privado de su libertad [...] tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad’; el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que ‘toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano’; fórmula esta que recibe de modo similar el artículo 5, inciso 2º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁷⁴.

Se trata de la humanización del poder.

74 *Ibid.*

a. **Caso “Lavado”**⁷⁵

Al igual que el precedente antes analizado, en el marco de la misma investigación hemos profundizado sobre este otro precedente⁷⁶ en el cual, producto de la complejidad del asunto y de la modalidad de tratamiento asumida por la CSJN, no se adopta una resolución puntual sino varias sucesivas que permiten vislumbrar el funcionamiento de esta última en concreto y los matices que se van introduciendo a partir de la evolución del primer resolutorio.

El caso “Lavado” se trata de una “acción declarativa de certeza” contra el Estado nacional argentino y la provincia de Mendoza, para que la CSJN determine que los hechos denunciados afectan la garantía del derecho a la vida y la integridad física de los internos alojados en las tres unidades carcelarias de ese Estado provincial; para que establezca que el Estado nacional y la provincia demandada son los sujetos obligados a garantizar la vigencia de esos derechos y a cumplir las recomendaciones y decisiones adoptadas al respecto por la CIDH y la Corte IDH; y para que fije un plazo máximo a fin de que dichas decisiones sean cumplidas en su totalidad, dada la urgencia y gravedad de los hechos que denuncian, y en mérito a que el daño que se deriva del incumplimiento resulta irreversible y de imposible o tardía reparación ulterior.

El 29 de mayo de 2003 varios internos que se encontraban bajo el control, custodia y supervisión de la penitenciaría de la provincia de Mendoza, efectuaron una petición ante la CIDH,

⁷⁵ Cfr. CSJN. “L. 733. XLII - Lavado, Diego Jorge y otros c/Mendoza, Provincia de Buenos Aires y otro s/acción declarativa de certeza”, *elDial.com*, AA37A9, 6 de septiembre de 2006.

⁷⁶ Riquert, Fabián Luis; García Minella, Gabriela; y Palacios, Leonardo Pablo. *Impacto de la jurisprudencia...*

la que el 3 de agosto de 2004 recomendó al Gobierno nacional salvaguardar la integridad de los detenidos, proceder a la separación de los procesados y condenados, y garantizar medidas de higiene y salud en el lugar.

Los hechos de violencia y muerte dentro del penal continuaron y el 14 de octubre del ese año, la CIDH sometió a la consideración de la Corte IDH una solicitud para que se dictaran “medidas provisionales” (artículos 63.2 de la CADH, 25 del Reglamento de la Corte IDH), las que fueron concedidas por resolución del 22 de noviembre de 2004, aunque la petición fue reiterada el 18 de junio de 2005 ante la verificación de nuevos hechos y violencia (incluyendo dos homicidios), que evidenciaban la continuidad de la situación y que permitían afirmar que el Estado no había dado pleno cumplimiento a su obligación.

• **Primera resolución de la CSJN**

El 6 de septiembre de 2006, aclarando ante esta situación que emitía pronunciamiento sin perjuicio de lo que en definitiva se resolviera sobre su competencia (artículo 127, CN) e incluso cuando no existía una petición expresa en el sentido de que requiriera informes, la CSJN entendió que la gravedad de la situación y la advertencia de la Corte IDH sobre las consecuencias que podía traer aparejadas el desconocimiento del carácter obligatorio de las “medidas provisionales” adoptadas por esta última y su consiguiente incumplimiento, imponía la obligación de adoptar medidas conducentes que –sin menoscabar las atribuciones de otros poderes– tendieran a sostener la observancia de la CN. Por ello, resolvió:

“Requerir al Poder Ejecutivo Nacional y a la Provincia de Mendoza, que en el plazo de quince días, informen al Tribunal: a) qué decisiones concretas, y qué actos se han llevado a cabo, con posterioridad al 30 de marzo del corriente año, para impedir y superar la situación de riesgo e inseguridad que padecen los internos de la Penitenciaría Provincial de Mendoza y de la unidad Gustavo André, de Lavalle; b) si se han llevado a cabo las medidas tendientes a separar definitivamente a los ‘jóvenesadultos’ de los ‘adultos’, y si se ha definido y concretado la separación de quienes están detenidos y procesados, de aquellos detenidos que han sido condenados. Líbrese oficio, que se confeccionará por Secretaría, al Poder Ejecutivo Nacional y al gobernador de la Provincia de Mendoza, en este último caso por intermedio del juez federal”⁷⁷.

• Segunda resolución de la CSJN

El 13 de febrero de 2007⁷⁸, tras recordar que –según se vio– unos pocos meses antes requirió informes al Estado nacional y a la provincia de Mendoza, los que fueron presentados por autoridades de los respectivos ejecutivos haciendo saber las observaciones que realizara “la Comisión” al décimo informe presentado por el Estado nacional, la CSJN entendió que –aun cuando la CIDH todavía no se habría pronunciado sobre aquellas observaciones, esto no impedía adoptar en el caso las medidas consideradas conducentes.

Sostuvo entonces que la gravedad de la reiteración de los hechos denunciados así como la ausencia de control y dominio adecuado en la

⁷⁷ Cfr. CSJN. “Lavado, Diego Jorge...”.

⁷⁸ Cfr. CSJN “Lavado, Diego Jorge y otros c/Mendoza, Provincia de Buenos Aires y otro s/acción declarativa de certeza”, *elDial.com*, AA3B23, 13 de febrero de 2007.

penitenciaria, exigían de la CSJN el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado, más allá de la decisión que pudiera recaer en el momento en que se expidiese sobre su competencia para entender en el caso.

Destacó, en función de lo expuesto, que le correspondía al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitieran garantizar la eficacia de los derechos y evitar que estos fuesen vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos sometidos a su conocimiento. Aclaró que no debía verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hacía era tender a tutelar derechos o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos podían estar lesionados. Luego de memorar que la CIDH le indicó al Estado argentino que las razones de derecho interno no podían justificar la falta de adopción de las medidas conducentes para superar la situación existente, como así también que el incumplimiento de una orden dictada por la Corte IDH (como son las medidas provisionales dispuestas) podía generar la responsabilidad internacional del Estado, señaló que:

“La Corte, frente a la reiteración de las graves situaciones que se denuncian y que no logran ser modificadas, se ve obligada a insistir en que la previsión contenida en el art. 18 de la C.N. –“[...] las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas [...]”– tiene contenido operativo. Impone al Estado la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena, o una detención preventiva, la adecuada custodia que se manifiesta en el respeto de la vida de los internos, de su salud y de su integridad física y moral. El Tribunal como custodio que es de las garantías constitucionales y en atención a la falta de resultados obtenidos con relación a la orden dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ve en la ineludible obligación de resolver: ‘I.- Intimar al Estado

Nacional a que en el plazo de veinte días adopte las medidas que pongan fin a la situación que se vive en las unidades carcelarias de la Provincia de Mendoza; II.- Instruir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias, y por disposición de esta Corte Suprema, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal; III.- Disponer que cada veinte días el Poder Ejecutivo Nacional informe al Tribunal las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos. Notifíquese por cédula que se confeccionará por Secretaría con habilitación de días y horas inhábiles al Poder Ejecutivo Nacional (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos); y al señor gobernador de la Provincia de Mendoza, en este último caso por intermedio del juez federal [...] Librese oficio a la Suprema Corte de la Provincia a fin de que tome conocimiento de la decisión del día de la fecha”.

- **Tercera resolución de la CSJN**

Su última resolución se pronuncia el 20 de marzo de 2007⁷⁹, siendo las principales consideraciones en su mayoría de orden procesal sobre acumulación de acciones, competencia, legitimación pasiva y, particularmente, las relaciones de coordinación entre el poder nacional y los provinciales en torno a la cuestión penitenciaria. Afirma entre otros puntos que no es su competencia originaria resolver esta cuestión, debiendo

⁷⁹ Cfr. CSJN “Lavado, Diego Jorge y otros c/Mendoza, Provincia de Buenos Aires y otro s/acción declarativa de certeza (condiciones de las cárceles de Mendoza)”, *LexisNexis*, referencia Lexis N° 35010386, SJA 2/5/07, JA 2007-II-76.

intervenir –en cuanto corresponda– la justicia federal según las normas de rito.

Este caso fue en la historia de los privados de libertad y sus condiciones de detención, otra guía de actuación pues advierte las pautas que deben seguir los tribunales locales para no hacer incurrir al Estado nacional en responsabilidad internacional. Ello impide que el Estado pueda alegar cuestiones de derecho interno –distribución de competencias, para el caso– en aras de no concretar las medidas impuestas por los organismos del sistema interamericano (CIDH y Corte IDH).

Conclusiones

Pese a las falencias y omisiones graves advertidas, es del caso señalar aquí nuestra satisfacción por los avances que en definitiva se han logrado respecto de la consagración del derecho fundamental a la salud de los habitantes, ya que los mismos conllevan una revigorización en el sentido tuitivo que deben detentar las políticas de salud pública del Estado, como asimismo del rol social que también deben asumir todos los integrantes del sistema de salud de la nación (los públicos y los privados) en ese sentido.

Pero aun así, hemos de enfatizar que nosotros lo interpretamos como el deber de seguir bregando por la consecución –en términos generales– del ideal de justicia que trasladado al derecho a la salud, en particular de aquellas personas que han sido legalmente privadas de su libertad, implica particularmente la inexistencia de desigualdades arbitrarias. Es allí donde pretendemos que este derecho penetre los muros de las prisiones argentinas, pues conforme lo reza nuestro sistema jurídico la salud debe ser brindada “a todos”.

Esta idea ha sido sostenida por los organismos que integran el sistema interamericano sin distinción y así ha sido receptado por los tribunales locales. Desde los precedentes dictados por la CSJN, podemos afirmar que el problema de la precariedad que padecen los privados de libertad en sus condiciones de detención no es virtual; es real, es concreta y es una cuenta pendiente que debe ser revertida.

Es claro que el Estado debe entonces garantizar efectivamente el derecho a la salud de los detenidos en las cárceles argentinas sin restricciones, debiendo recalcar aquí que este derecho comienza desde que la persona traspasa los muros de la prisión hasta que vuelve a recuperar su libertad.

Estas líneas han sido conjugadas por los tribunales locales, amañando la jurisprudencia de la CIDH con la emanada de la CSJN en torno a los contornos y contenidos del derecho a la salud, por un lado, y el derecho de las personas detenidas a no sufrir un agravamiento en las condiciones de detención, por el otro. Así, los fallos de la justicia de las provincias argentinas que sucedieron al litigio estructural mencionado, tomaron los lineamientos dogmáticos y procedimentales propuestos por aquella sentencia, y fueron así develando, delineando y proponiendo soluciones para el grave problema estructural existente en la sanidad penitenciaria, que impide el efectivo goce del derecho a la salud. Lo que no implica que las esperadas soluciones hubiesen arribado aún.

Solo hemos obtenido hasta ahora las palabras y las argumentaciones que, llevadas a la práctica, concretarán los anhelos libertarios y garantistas del texto fundamental argentino que todos compartimos.

Hacia un redimensionamiento de los derechos humanos laborales

*Víctor Malpartida Castillo**

Introducción

El aspecto central del presente trabajo es hacer un análisis de cómo se materializa la obligatoriedad de los derechos humanos laborales en el sistema interamericano, para su protección. Los laborales al ser parte de los derechos sociales, económicos y culturales,¹ concitan siempre una discusión sobre su justiciabilidad; en el presente caso, en el plano internacional, estando relacionada dicha justiciabilidad con la manera en que la normatividad los ha considerado específicamente y la forma en que las instituciones de protección —especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH)— han procedido a su efectivización.

* Abogado, magíster en Derecho Civil y Comercial; doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla La Mancha; máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Palermo - Universidad de Alicante; magíster en Política Jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de especialización en la Universidad de Pisa, en la Universidad de Alicante y en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Profesor titular en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Juez superior titular.

1 Hace falta, en efecto, resolverse a constatar que el derecho del trabajo se ha convertido en el derecho común de las relaciones de dependencia económica, en la medida en que posee una lógica propia que irradia a las otras ramas del derecho. Los conceptos forjados en su seno se han difundido en todas las situaciones jurídicas donde se encuentra esta idea de dependencia”. Suplot, Alain. “¿Por qué un derecho del trabajo?”, *Documentación Laboral* N° 39, 1993-1, Universidad de Alcalá de Henares, p. 21.

De allí que para iniciar el análisis del sistema regional de derechos humanos, se partirá de dos de sus tres componentes básicos que –según señala Carlos Rafael Urquilla Bonilla– son el normativo y el institucional, dejando de lado el político-cultural². La revisión del elemento normativo busca analizar la idoneidad de lo dispuesto en cuanto a la protección de los derechos laborales, mientras que la revisión de los pronunciamientos de las instituciones protectoras se dirige a evaluar lo desarrollado al respecto, a partir de la aplicación normativa³.

2 El sistema interamericano “puede ser analizado a partir de 3 componentes básicos, a saber: a) normativo, integrado por el conjunto de normas jurídicas convencionales, estatutarias, reglamentarias, jurisprudenciales y consuetudinarias que determinan la dimensión deontológica del sistema; b) institucional, que refiere a los órganos del sistema encargados del monitoreo sobre el cumplimiento de las normas de derechos humanos, que incluyen exclusivamente a la Comisión y a la Corte; y c) político-cultural, que atiende a la existencia de entidades, organismos e instancias y/o grupos de incidencia, incluyendo a las víctimas que interactúan vivencialmente entre los componentes normativos e institucional procurando que la dimensión ontológica del sistema se acerque, todo lo que pueda, a la dimensión deontológica”. Urquilla Bonilla, Carlos Rafael. “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *Revista IIDH*, N° 30-31, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2000, pág. 261.

3 “El Sistema Interamericano resulta ser permanente interacción dialéctica entre los elementos orgánicos, normativos y político-subjetivos, en cada momento, donde cada elemento integrador tampoco puede comprenderse como un agregado estático de componentes, sino que dentro de cada uno de esos elementos hay un permanente tensionamiento, un debate, contradicciones y relaciones dialécticas; de esta manera cada elemento aporta una cantidad de energía resultante de su propia dinámica, y la interacción de esas dinámicas forma el sentido del Sistema Interamericano. Esto permite advertir que el Sistema Interamericano no ha tenido siempre un comportamiento lineal y constante, sino que es variable en todos sus aspectos”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, IIDH, Costa Rica, 2008, pág. 69.

Estas revisiones, no obstante, deben hacerse luego de establecer un contexto de conceptualización de los denominados derechos económicos, sociales y culturales, así como del tratamiento distinto que se plantea con relación a los derechos civiles y políticos. Mucho de la problemática en cuanto a la justiciabilidad y la efectivización de los derechos humanos laborales –como parte de los derechos económicos, sociales y culturales– se encuentra en la distinción planteada por “categorías” de derechos humanos: civiles y políticos, de un lado, y económicos, sociales y culturales, de otro.

I. Derechos económicos, sociales y culturales

1. Concepto y origen

Se dice comúnmente que los derechos económicos, sociales y culturales –que en conjunto se les denomina derechos sociales– son libertades y garantías integrantes de la segunda generación de derechos humanos. Así, se argumenta que “si los derechos civiles y políticos provienen de las revoluciones burguesas que sustituyeron las monarquías por las repúblicas y erigieron el constitucionalismo como sistema de frenos y contrapesos para la defensa del individuo, los derechos económicos, sociales y culturales resultan de las revoluciones nacionalistas y socialistas que reemplazaron el Estado gendarme por el Estado nodriza o de bienestar y sancionaron la irrupción de las masas en la sociedad contemporánea”^{4 y 5}.

4 Valencia Villa, Hernando. *Diccionario Espasa - Derechos Humanos*, Editorial Espasa, Madrid, 2003, pp. 134 y 135.

5 “A lo largo del siglo XIX los conflictos de clase se fueron traduciendo en una serie de exigencias de carácter socio-económico, que pusieron de relieve la insuficiencia de los derechos individuales si la democracia política no se convertía además en democracia social. Estas reivindicaciones determinarán un cambio en

Sin embargo, lo anterior no es del todo cierto. Habría que precisar –como lo hace Carlos Miguel Herrera⁶– que con relación a los derechos sociales se pueden identificar al menos cuatro acontecimientos: en 1792, con el proyecto jacobino desarrollado por Robespierre en torno al reconocimiento de un derecho a la subsistencia; en 1848, con el proyecto socialista de establecer constitucionalmente un derecho al trabajo; en 1917, con la Constitución mexicana que enunciaba los derechos de los trabajadores, profundizado poco después por la Constitución de Weimar; y finalmente en 1945, con el proyecto socialdemócrata que buscaba reorganizar la sociedad industrial de pleno empleo a partir del principio de seguridad social.

Lo dicho por este autor es corroborado por la historia de los derechos sociales. Así, ya Robespierre –en su discurso “Sobre las subsistencias” del 2 de diciembre de 1792– consideró como la primera ley social “aquella que garantiza a todos los miembros de la sociedad los medios para existir: todas las demás están subordinadas a ella. La propiedad sólo ha sido instituida o garantizada para cimentarla, y es, ante todo, para vivir para lo que se tienen propiedades. No es cierto que la propiedad pueda oponerse en algunas ocasiones a la subsistencia de los hombres”⁷.

la actividad del Estado que progresivamente abandonará su postura abstencionista y recabará como propia una función social. Dicha función se traduce en una serie de disposiciones socioeconómicas que a partir de la Constitución de Weimar se suelen incluir entre los derechos fundamentales”. Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, octava edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2003, pp. 82 y 83.

6 Cfr. Herrera, Carlos Miguel. “Los derechos sociales y los fundamentos del constitucionalismo democrático”, en *Paradigmas y desafíos del constitucionalismo democrático*, Garrido Gómez, María Isabel y Espinoza de los Monteros, Javier (editores), Editorial Comares, Granada, 2014, pág. 90.

7 “Los alimentos necesarios al hombre son tan sagrados como la propia vida. Todo aquello que es indispensable para conservarla es una propiedad común a la sociedad entera. Sólo los excedentes son una propiedad individual: sólo los

Comentando lo anterior y estableciendo los reales alcances de la intervención de Robespierre, Pedro Planas señala lo siguiente:

“Esta ‘primera ley social’ propiciaba, en otras palabras, el establecimiento de ‘oportunidades vitales’ (Dahrendorf) para todos, en cuanto ciudadanos franceses. Independientemente del grave deterioro político hacia el cual degeneró (implantando el terror en nombre del ‘despotismo de la libertad’), el régimen de la Convención auspició una profunda legislación social gracias a la cual estos propósitos no quedaron como simples y simbólicos enunciados declarativos. Antes de iniciarse la discusión de los dos proyectos (girondino y montañés) de Constitución, el 19 de marzo de 1793, la Convención aprobó, en función de la Constitución de 1791, las bases de organización del socorro público”^{8 y 9}.

excedentes pueden ser dedicados al comercio. Cualquier especulación mercantil hecha a expensas de la vida de nuestros semejantes no es comercio, es bandidaje y fratricidio [...] Según este principio, ¿cuál es el problema a resolver, en materia de legislación, acerca de las subsistencias? Este: asegurar a todos los miembros de la sociedad la posesión de aquella parte de frutos de la tierra necesaria para su existencia; asegurar a los propietarios o a los cultivadores el valor de su negocio y entregar lo superfluo a la libertad de comercio. Desafío al más escrupuloso defensor de la propiedad a que niegue estos principios, a menos que declare abiertamente que por tal palabra entiende el derecho a despojar y a asesinar a sus semejantes”. Robespierre, Maximiliano. *Discursos e informes en la Convención*, Editorial Ciencia Nueva, Madrid, 1968, pág. 55.

8 Planas, Pedro. *El Estado moderno (Una nueva biografía)*, Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo DESCO, Lima, 1993, pp. 58 y 59.

9 “En verdad, el ‘derecho al trabajo’ no será la primera formulación de lo que el pensamiento jurídico europeo denominará más tarde ‘derechos sociales’ sino más bien el llamado ‘derecho a la asistencia’, al menos bajo la Revolución Francesa. En todo caso, la afirmación del carácter social de los derechos del hombre se encuentra de manera explícita en los trabajos del ‘Comité de Mendicidad’ de la constituyente, que consideraba en su plan de trabajo de 1790 que ‘todo hombre tiene derecho a su subsistencia’”. Herrera, Carlos Miguel. *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pág. 21.

Entonces, cuando se habla del origen de los derechos económicos, sociales y culturales estamos no frente a un momento en específico, sino frente a un proceso largo que se inicia en el siglo XVIII y culmina con la consolidación positiva a mediados del siglo XX con las declaraciones internacionales de derechos.

2. Problemática

Cuando se habla de los derechos humanos, aflora una característica inocultable: que son en conjunto indivisibles. Para Urquilla Bonilla es una premisa lógica la indivisibilidad¹⁰. Así, esto supone que: a) no es posible establecer estancos o compartimientos separados entre los derechos; b) todos los derechos se derivan de la misma esencia y causa, por lo que deben ser tratados en pie de igualdad; c) los derechos son interdependientes lo que implica esencialmente que la afectación de un derecho se constituye, inexorablemente, en la afectación de otros derechos que forman un todo coherente y armónico; d) cualquier clasificación de los derechos humanos solo tiene valor heurístico y probablemente pedagógico, pero nunca puede tener un valor jurídico; y e) los derechos humanos no pueden ser sometidos a tratos diferenciados, así que no pueden existir derechos judicialmente exigibles y otros que, formando parte del mismo elenco, no puedan ser exigibles.

Esto hace que se aprecie que los derechos humanos, pedagógicamente se puedan asumir como apareciendo por

¹⁰ Cfr. Urquilla Bonilla, Carlos Rafael. “Los derechos económicos, sociales y culturales...”, pág.262.

“generaciones”; sin embargo, se puede también deducir que al aparecer coetáneamente o –en todo caso– parte en el origen de un mismo proceso, entonces encontramos allí una razón histórica de la complementariedad y el carácter inescindible de ambos conjuntos de derechos.

El problema principal de los derechos económicos, sociales y culturales estriba en el tratamiento distinto que se les dispensa con relación a los derechos civiles y políticos. Ahora bien, la raíz de ese tratamiento distinto –según Antonio Augusto Cançado Trindade¹¹ – se remonta a la fase legislativa de la elaboración de los instrumentos de protección internacional de los derechos humanos; principalmente, precisa este, a la decisión tomada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) en 1951 de elaborar –en lugar de uno– dos pactos internacionales de derechos humanos adoptados en 1966.

El mismo autor citado en el párrafo anterior hace notar que asumir dos “categorías” de derechos, no había sido anticipado o propugnado por quienes redactaron la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del mismo año. Así, en la primera, se establecían los derechos civiles y políticos entre los artículos 3 y 21; los económicos, sociales y culturales

¹¹ Cfr. Cançado Trindade, Antonio Augusto. *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional*, pág.54, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/69-70-71/la-justiciabilidad-de-los-derechos-economicos-sociales-y-culturales-en-el-plano-internacional.pdf> (acceso 13/10/2017).

entre los artículos 22 y 27. Mientras, en la segunda, aparecen conjuntamente ambos tipos de derechos^{12 y 13}.

12 “[R]esulta injustificable la supuesta superioridad de unos derechos sobre otros, ya que además, la dignidad humana no puede fraccionarse como si se tratase de dos mundos distintos: el de los derechos civiles y políticos, ‘donde, como suele decirse, la mejor ley es la que no existe; donde sólo existen jueces defensores armados con la coraza constitucional y políticos amenazadores guiados por intereses parciales’; y el mundo casi retórico de los derechos económicos, sociales y culturales ‘de naturaleza prestacional, esfera que la que se desarrollarían libremente las disputas legislativas sin que el juez tuviera casi nada que decir’. Así lo entendieron los redactores de la Declaración Universal más de medio siglo atrás y, por ello, al establecer la pretensión de liberar al ser humano del temor y la miseria, incluyeron en dicho instrumento, tanto derechos civiles y políticos [...] como derechos económicos, sociales y culturales [...] sin realizar ninguna distinción y sin establecer algún tipo de jerarquía entre ellos. De la misma forma actuaron los redactores de la Declaración Americana que también incluyeron todos los derechos humanos en dichos instrumento [...] pues los valoraron como un cuerpo único y comprendieron que su esencia es la misma: la dignidad humana”. Mejía Rivera, Joaquín Armando. *Análisis de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos desde la teoría y la filosofía del derecho*. tesis doctoral, Instituto “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III, Madrid, Getafe, junio 2009, pp. 21 y 22.

13 “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Dictamen (Segunda Parte) expresó lo siguiente: ‘La Comisión, al estudiar el capítulo relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales del proyecto de Convención del Consejo Interamericano de Jurisconsultos y de los Proyectos presentados por los Gobiernos de Uruguay y Chile, tuvo serias dudas respecto de la inclusión de tales derechos en el presente instrumento, pues consideró, a la luz de la experiencia del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas, que dichos derechos, por su naturaleza, deberían ser objeto de un régimen especial de protección internacional a que deben estar sometidos [...] Sin embargo, la Comisión cree que, en vista de la importancia que tienen los derechos económicos, sociales y culturales, la futura Convención Interamericana sobre Derechos Humanos debería contener disposiciones en la cuales los Estado Partes de la Convención reconozcan la necesidad de adoptar progresivamente, en sus legislaciones internas, las garantías que permitan la plena vigencia de esos derechos’” Esteban Feldman, Gustavo. *El Pacto de San José de Costa Rica*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, pp. 72 y 73.

Cançado Trindade hace una observación valiosa adicional, con relación a nuestro sistema de protección regional de derechos humanos. Menciona que en lo que al continente americano se refiere, hubo también la asunción del sesgo de “categorías” de ambos conjuntos de derechos. Refiere que dejando de lado las propuestas de inserción de los derechos económicos, sociales y culturales en el proyecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) de 1969 –presentadas en 1959 por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, y en 1965 por Chile y Uruguay– el citado sistema siguió la solución prevaleciente durante la época en la ONU y en el sistema europeo –vale decir, de asumir diferenciada y separadamente ambas “categorías”– con la salvedad de que la CADH se limitó a remitir en el artículo 26 las normas económicas, sociales y culturales contenidas en los artículos del 29 al 50 de la Carta enmendada de la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA)¹⁴.

Sin embargo, este camino ha entrado en un punto de inflexión¹⁵. Y esto ha ocurrido a raíz de la I Conferencia Mundial de Derechos Humanos de la ONU, realizada en Teherán en

14 *Cfr.* Cançado Trindade, Antonio Augusto. *La justiciabilidad...*, pág. 57.

15 “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales figura con destaque en la actual agenda internacional de los derechos humanos. La preocupación corriente es en el sentido de asegurar a estos derechos una protección más eficaz, precisamente porque la cuestión de su implementación internacional fue negligenciada en el pasado. Para la consideración de este tema de tanta actualidad podemos distinguir cuatro etapas: la de la dicotomía entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales; de la superación doctrinaria de dicha dicotomía por el reconocimiento de la indivisibilidad de los derechos humanos; de la búsqueda de solución para una protección más eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales; y de las perspectivas de evolución de la materia en los próximos años.” Cançado Trindade, Antonio Augusto. *La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales*, p. 39, disponible en http://www.codehupy.org/redesddhh/wp-content/uploads/Proteccion_internaciones_DESC_Cancado_Trindade.pdf (acceso 2/10/2017).

1968. Esta conferencia –como advierte Cançado– proclamó la indivisibilidad de los derechos humanos, afirmando que la realización plena de los civiles y políticos sería imposible sin el goce de los económicos, sociales y culturales¹⁶.

Lo cierto es que esta nueva tendencia, al parecer también ha influenciado en el actuar de la Corte IDH. Así, se ha comenzado a interpretar y proteger los derechos económicos, sociales y culturales utilizando los civiles y políticos, mediante una lectura de estos últimos en “clave social” como manifiesta Urquilla Bonilla, lo que refleja una voluntad de fortalecer el sistema de protección interamericano de derechos humanos a través de una transformación cualitativa de orden institucional¹⁷.

II. Derechos humanos laborales

1. Instrumentos regionales

Existen diversos instrumentos que corresponden a la región, los cuales establecen un conjunto de derechos de orden laboral. A continuación, se desarrollan.

a. Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador

Se puede considerar como el primer documento regional que incorporó una serie de derechos laborales. Fue adoptada en Rio de Janeiro en 1947, antes que la Declaración Universal

16 Cfr. Cançado Trindade, Antonio Augusto. *La justiciabilidad...*, pág. 59.

17 Cfr. Urquilla Bonilla, Carlos Rafael. “Los derechos económicos, sociales y culturales...”, pp. 280 y 262.

de los Derechos Humanos. Si bien no tiene carácter obligatorio sino declarativo, lo cierto es que posee una fuerza histórica y persuasiva importante pues ha tenido influencia en los países de la región.

Este documento prescribe en su artículo 1 que tiene por objeto declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase y constituye el mínimo de derechos que se deben gozar en los Estados americanos, sin perjuicio de que las leyes de cada uno puedan ampliar esos derechos o reconocer otros más favorables. Asimismo, luego de señalar que hombres y mujeres son protegidos por dicha Carta, reconoce que la superación de tales derechos y el mejoramiento progresivo de los niveles de vida de la comunidad en general dependen en extensa medida del desarrollo de las actividades económicas, del incremento de la productividad y de la cooperación de las partes trabajadora y empresarial, expresada en la armonía de sus relaciones y en el respeto, así como en el cumplimiento recíproco de sus derechos y deberes.

Igualmente, en el artículo 2, bajo un sustento principista se expresa: a) El trabajo es una función social, goza de la protección especial del Estado y no debe considerarse como artículo de comercio; b) todo trabajador debe tener la posibilidad de una existencia digna y el derecho a condiciones justas en el desarrollo de su actividad; c) tanto el trabajo intelectual como el técnico y el manual, deben gozar de las garantías que consagre la legislación del trabajo con las distinciones que provengan de las modalidades en su aplicación; d) a trabajo igual debe corresponder igual remuneración cualquiera que sea el sexo, raza, credo o nacionalidad del trabajador; y e) los derechos consagrados a favor de los trabajadores no son renunciables y las leyes que los reconocen obligan y benefician a todos los habitantes del territorio, sean nacionales o extranjeros.

La citada Declaración trata, en forma detallada, una serie de derechos entre los cuales están: a) a la libertad de empleo (artículo 3); b) a la formación educacional profesional y técnica para el trabajo (artículo 4); c) a participar en la equitativa distribución del bienestar nacional (artículo 5); d) a un salario mínimo (artículo 8); e) a una prima anual (artículo 9); f) a la inembargabilidad de los salarios y las prestaciones sociales (artículo 10); g) a participar en las utilidades de las empresas (artículo 11); h) a que la jornada ordinaria de trabajo efectivo no debe exceder de ocho horas diarias o de 48 semanales (artículo 12); i) a que el trabajo nocturno y el que se efectúe en horas suplementarias esté sujeto a una remuneración extraordinaria (artículo 12); j) a un descanso semanal remunerado en la forma que fije la ley (artículo 13); k) al descanso remunerado en los días feriados civiles y religiosos (artículo 14); l) a vacaciones anuales remuneradas (artículo 15); ll) la prohibición del trabajo de menores de catorce años y regulación del trabajo de menores de dieciséis (artículo 16); m) la prohibición del trabajo nocturno y en las labores insalubres o peligrosas a los menores de dieciocho años (artículo 17); n) la regulación del trabajo de mujeres (artículo 18); o) a la estabilidad laboral (artículo 19); p) a que los empleados públicos sean amparados en la carrera administrativa (artículo 24); q) a la higiene, la seguridad y la moralidad en los lugares de trabajo (artículo 30); y r) al seguro social obligatorio (artículo 31).

No deja de considerar este documento el trabajo a domicilio (artículo 21), el trabajo doméstico (artículo 22), el trabajo de la marina mercante y de la aeronáutica (artículo 23), el trabajo intelectual (artículo 25) y el trabajo rural (artículo 38). Cabe destacar que la referida Declaración trata además sobre la inspección de trabajo (artículo 35) y la jurisdicción del trabajo (artículo 36); también sobre la conciliación y el arbitraje (artículo 37). Por otro lado, contempla que la ley reconozca y reglamente tanto los contratos como las convenciones de trabajo en forma

colectiva (artículo 7); finalmente recoge la libertad y el fuero sindical (artículo 26), así como el derecho de huelga (artículo 27).

b. Carta de la OEA

Esta fue suscrita en Bogotá, Colombia, el 30 de abril de 1948 durante la Novena Conferencia Internacional Americana; entró en vigor el 13 de diciembre de 1951. Ha sido reformada en cuatro oportunidades: por el Protocolo de Buenos Aires, firmado el 27 de febrero de 1967 durante la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria de 1967; por el Protocolo de Cartagena de Indias aprobado el 5 de diciembre de 1985, en el decimocuarto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA; por el Protocolo de Washington aprobado el 14 de diciembre de 1992, en el decimosexto período extraordinario de sesiones de la citada Asamblea General; y por el Protocolo de Managua adoptado el 10 de junio de 1993, en el decimonoveno período extraordinario de sesiones de la misma.

Uno de los aspectos primeros a considerar es lo establecido en el artículo 3, literal l), donde dice que “los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”. Este es un principio esencial de no discriminación, indispensable en las relaciones de trabajo.

Ahora bien, entre las mencionadas reformas merece especial consideración la efectuada por el mencionado Protocolo de Buenos Aires, pues incluyó diversos derechos laborales en el capítulo VII denominado Desarrollo Integral. Así, en el artículo 34, literal g), se definen como metas básicas a alcanzar –por los Estados miembros– salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todas las personas.

También es necesario hacer hincapié en lo señalado en el artículo 45, en cuanto principios para que la persona pueda alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz. Entre estos principios se encuentran los siguientes:

“a) Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica;

b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar;

c) Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva; y

h) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social”.

c. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá, Colombia, en 1948¹⁸.

En sus considerandos se deja establecido “que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”; asimismo, se reconoce que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”; además, señala “que la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución”, para finalmente apuntalar lo siguiente: “que la consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias”.

18 “Es recién a mediados del siglo XX, luego de la barbarie de la Segunda Guerra Mundial, que la comunidad internacional tomó conciencia de la importancia de hacer valer los derechos del individuo en el orden internacional. Este hecho – reciente desde un punto de vista histórico– se encuentra estrechamente ligado al movimiento de los derechos humanos y a la necesidad de plasmar, en el ámbito internacional, la protección de estos. El primer gran paso dado a este nivel para regular los derechos humanos lo encontramos en la Declaración Americana”. Salmon, Elizabeth. *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2011, pág. 7.

Se definen como fundamentos de esta Declaración la centralidad de los derechos esenciales del hombre y que estos no tienen que ver con la nacionalidad sino con el hecho mismo de ser persona; asimismo, está un aspecto sustancial como lo es el calificar este documento como un sistema inicial de protección, un mínimo requerido en derechos de la persona de acuerdo a las circunstancias sociales y jurídicas, lo que irá cambiando en un sentido progresivo conforme al desarrollo de otras circunstancias más favorables.

En el primer capítulo se reconocen los siguientes derechos laborales: al trabajo y a una remuneración justa (artículo XIV), al descanso (artículo XV), a la seguridad social (artículo XVI) y de asociación, donde se encuentra la específica asociación sindical (artículo XXII). También cabe mencionar que el derecho de igualdad ante la ley y a la no discriminación (artículo II) es contemplado de manera genérica, pero es plenamente aplicable a las relaciones laborales.

De igual forma, resulta especialmente significativo el incorporar en el capítulo segundo el deber de trabajar (artículo XXXVII), en el cual se establece que toda persona lo tiene “dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad”¹⁹.

19 “Es obvio que de conformidad con la voluntad de quienes proclamaron la Declaración, ella no tenía fuerza obligatoria. Su texto fue aprobado sin sujeción al procedimiento de formación de los tratados y con la intención expresamente manifestada de que no constituía una fuente de obligaciones. ¿Podrá entonces haber adquirido carácter vinculante sin haber sido incorporada a una convención internacional? ¿Es la Declaración Americana una fuente de obligaciones internacionales para los Estados que no son partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos? ¿Tenía acaso fuerza vinculante aún antes de la entrada en vigencia de esa Convención? [...] El carácter vinculante de la Declaración Americana puede sostenerse desde dos puntos de vista [...] Según el primero de ellos puede argumentarse que la Declaración Americana ha quedado incorporada a la Carta de OEA. Según el otro, constituye una práctica consuetudinaria en

d. CADH

También denominada Pacto de San José, fue suscrita tras la Conferencia Especializada efectuada el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad capital de Costa Rica; entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

La CADH reconoce en su capítulo II denominado Derechos Civiles y Políticos, una serie de derechos aplicables a las relaciones laborales como la prohibición de la esclavitud y la servidumbre (artículo 6, inciso 1), la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio (artículo 6, incisos 2 y 3), la libertad sindical (artículo 16) y el derecho a la no discriminación (artículos 24 y 1). Asimismo, el artículo 26 ubicado en el capítulo III se destina específica y genéricamente para los derechos económicos, sociales y culturales, con una norma de remisión.

Ahora bien, para algunos comentaristas de la CADH existirían dos reglas con relación a la obligación de aplicación de los derechos establecidos en la misma. Una, de carácter general, contenida en los artículos 1 y 2 dentro del primer capítulo – Enumeración de Deberes– en la Parte I: Deberes de los Estados y Derechos Protegidos. La otra regla, contenida en el artículo 26 del tercer capítulo: Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Así el artículo 1, párrafo 1, establece que: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma,

el seno de la OEA, que reúne todas las características señaladas por el artículo 38.1.b) del estatuto de la Corte Internacional de Justicia”. Nikken, *Pedro. La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno derecho internacional de los derechos humanos*, pág. 83, disponible en www.corteidh.or.cr/tablas/R06857-3.pdf (acceso 2/10/2017).

religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Asimismo, el artículo 2 señala lo siguiente: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Entonces, estos dos artículos se aplicarían para los derechos que expresamente han sido recogidos en la CADH –según Canessa Montejo– como por ejemplo y para el caso de los derechos laborales: la prohibición de la discriminación, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la libertad sindical y la protección al menor trabajador. Estos derechos humanos laborales –subraya este autor peruano– se rigen por el marco general de obligaciones de la CADH²⁰.

Por otra parte, se encuentra lo dispuesto en el artículo 26 correspondiente al capítulo III de la CADH para los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de los que se incluyen los derechos humanos laborales. Así, este artículo prescribe esto: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas

20 *Cfr.* Canessa Montejo, Miguel F. *El sistema interamericano de derechos humanos y la protección de los derechos humanos laborales*, Editorial Palestra, Lima, 2014, pág. 44.

económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Se puede decir al respecto, en primer lugar, que el anterior artículo contempla los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Carta de la OEA. Ahora bien, en lo que corresponde a los derechos laborales, Rossi y Abramovich refieren una lista de los mismos –sin pretender agotar el tema– entre los cuales se encuentran los siguientes: al trabajo en ciertas condiciones dignas; a un salario justo; a asociarse libremente, tanto empleadores como trabajadores urbanos y rurales; a la negociación colectiva y la huelga por parte de los trabajadores, así como al reconocimiento de la personería jurídica de sus asociaciones; a la libertad sindical, que incluye el derecho a formar sindicatos y al reconocimiento de la personería jurídica de los mismos; finalmente, a la seguridad social^{21 y 22}.

Igualmente, dicho artículo 26 contempla varios aspectos a dilucidar; entre los principales, en qué consiste “lograr progresivamente la plena efectividad” de los derechos

21 *Cfr.* Rossi, Julieta y Abramovich, Victor. “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Estudios Socio-Jurídicos N° 9* (Número especial), Bogotá, Colombia, abril, 2007, pp. 49 a 52.

22 Asimismo, Canessa Montejo señala como derechos humanos laborales recogidos en la Carta de la OEA los siguientes: el principio de no discriminación en el ámbito laboral (artículo 3.1); salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos (artículo 34); el derecho al trabajo, la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva, el derecho a la huelga, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia y el derecho a la seguridad social (artículo 45). *Cfr.* Canessa Montejo, Miguel F. *El sistema interamericano de derechos humanos y...*, pág. 46.

económicos, sociales y culturales, sobre todo cuando se añade que eso quedaba sujeto a “la medida de los recursos disponibles”; asimismo, si su violentación es justiciable o no.

Sobre la interpretación de ese artículo, la Corte IDH dedica solo en dos casos –como señala Christian Courtis²³– al menos algunos párrafos en las sentencias de *Cinco Pensionistas contra Perú y Acevedo Buendía y otros*, también contra Perú, desestimando pronunciarse en ambos sobre la alegada violación del mencionado artículo 26.

En el primer caso, la Corte IDH establece que los derechos económicos, sociales y culturales “tienen una dimensión tanto individual como colectiva”. Igualmente aclara que

“su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”²⁴.

Esta interpretación fue muy criticada. Así, Rossi y Abramovich señalan que

23 Courtis, Christian. “Comentario al artículo 26° de la Convención Americana”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos - Comentario*, Steiner, Christian y Uribe, Patricia (coordinadores), Konrad Adenauer Stiftung, México, 2014, pág. 657.

24 Corte IDH. “*Cinco pensionistas*” vs. *Perú* (Fondo, Reparación y Costas), sentencia del 28 de febrero de 2003, párr. 147.

“el pronunciamiento no es claro. Los términos ‘representativos de la situación prevaleciente’ son por demás ambiguos y no dan pautas suficientes para delimitar el ámbito de aplicación de la norma. La postura del tribunal, si bien categórica, es escueta en su desarrollo y carece de fundamentos que la hagan inteligible. En principio pareciera que la Corte limita la aplicación del artículo 26 a supuestos de afectaciones del conjunto de la población. También admitiría la Corte examinar un caso bajo el artículo 26 cuando la afectación de un grupo sea representativa de una situación general”²⁵.

Continúan diciendo los autores mencionados:

“Tal interpretación no puede inferirse del texto de la norma, ya que no hay mención alguna a la verificación de una situación generalizada para que se configure el supuesto de regresividad. Por ello, creemos equivocado excluir del alcance de la norma aquellos casos que afectan a un sector determinado de la población e incluso a víctimas individuales. Es obvio que los supuestos de violaciones de derechos sociales pueden presentarse tanto en el plano individual como colectivo y en algunas oportunidades como afectaciones de toda la población. A nuestro entender, el cumplimiento de la obligación de no regresividad debe medirse precisamente en situaciones particulares, las que, por otra parte, podrán comprender la afectación de derechos de grupos determinados o en ocasiones de toda la población. De lo contrario, la aplicación de esta norma se vería notablemente restringida, contrariando su letra y espíritu y dejando un amplio margen a los Estados para adoptar disposiciones peyorativas que afecten a grupos específicos o a víctimas individuales. Por lo demás, la interpretación efectuada por la Corte no se compadece con

25 Rossi, Julieta y Abramovich, Víctor. “La tutela de los derechos económicos, sociales y...”, pp. 44 y 45.

los estándares que viene desarrollando el Comité y parece obligarla a realizar en el marco de un caso individual la supervisión de situaciones generales, lo que no está dentro de su limitada competencia”²⁶.

Mientras, en el caso *Acevedo Buendía y otros contra Perú*, la Corte IDH señala que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU “en el sentido de que la plena efectividad de aquéllos ‘no podrá lograrse en un breve período de tiempo’ y que, en esa medida, ‘requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad”²⁷.

Ahora bien, añade a lo dicho que:

“En el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos”²⁸.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Corte IDH. *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y jubilados de la Contraloría”) vs. Perú* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 1 de julio de 2009, párr. 102.

²⁸ *Ibid.*, párr. 102.

Igualmente, de esta misma sentencia se desprende como conclusión lo que se denominaría un

“deber condicionado de no regresividad [...] que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha señalado que ‘las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga’. En la misma línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá ‘determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso’. Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justificable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate”²⁹.

De manera que, en primer lugar, la Corte IDH ha interpretado el artículo 26 de la CADH que con relación al desarrollo progresivo los Estados deberán rendir cuentas de cómo se van efectivizando los derechos económicos, sociales y culturales; de ser el caso, el cumplimiento de los respectivos compromisos adquiridos por los Estados podrá ser exigido por las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones de derechos humanos. En el caso del principio de no regresividad, la Corte IDH –si bien lo admite como un deber– es cierto que da pie para que el Estado justifique una medida de regresividad, pero esta será materia de control mediante mecanismos jurisdiccionales.

²⁹ *Ibid.*, párr. 103.

Con relación al planteamiento de la existencia de dos reglas –una general y otra especial– sobre la obligación de la aplicación de los derechos establecidos en la CADH, la Corte IDH ya se ha pronunciado al respecto en el caso Acevedo Buendía y otros contra Perú, en el cual precisa lo siguiente:

“Asimismo, resulta pertinente observar que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado ‘Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, se ubica, también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado ‘Deberes de los Estados y Derechos Protegidos’ y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado ‘Enumeración de Deberes’), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado ‘Derechos Civiles y Políticos’)”³⁰.

De manera que se debe resaltar que la reglas generales de los artículos 1.1 y 2 de la CADH, son plenamente aplicables no solo a los derechos expresamente reconocidos en el texto de la norma principal regional; de igual forma, se aplican a los derechos aludidos en el artículo 26, como ha quedado establecido en la sentencia antes mencionada³¹.

30 *Ibid.*, párr. 100.

31 “Por otra parte, a pesar de la forma ciertamente inadecuada como el art. 26 de la Convención se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales, debe observarse que dicha disposición reconoce derechos que derivan de las normas sobre ese particular contenidas en la Carta de la OEA, e impone obligaciones concretas a los Estados partes en la Convención. Además, el art. 29 letra d) de la Convención señala que ninguna de sus disposiciones se puede interpretar en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos de la misma naturaleza. No obstante lo anterior, en una temprana decisión de la Comisión, ésta ha sostenido que ella sólo puede tomar en consideración las peticiones sobre presuntas violaciones de derechos humanos definidos en la Convención, y que el derecho al trabajo no está todavía incorporado a la Convención, la cual no incluiría los derechos económicos, sociales y culturales”. Faúndez Ledesma,

Es más, la Corte IDH reafirma lo dicho al manifestar que “considera pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”³².

e. Protocolo de San Salvador

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, como en puridad se denomina este, fue adoptado el 17 de noviembre de 1988 en la ciudad de San Salvador –de allí su nombre característico– para entrar en vigencia once años después, el 16 de noviembre de 1999.

La falta de un tratamiento apropiado de dichos derechos en la CADH, hizo que se planteara la necesidad de ese instrumento adicional. Así, entre sus considerandos se establece que se debe tener en cuenta la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen su tutela y promoción permanentes

Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2003, pág. 73, disponible en https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf (acceso 25/10/2017).

32 Corte IDH. Caso *Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y jubilados de la Contraloría*”) vs. *Perú* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 1 de julio de 2009, párr. 101.

con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros.

Y, seguidamente, se expresa que deben reconocerse los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación entre los Estados y de las relaciones internacionales; además, se recuerda que –con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la CADH– solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos; asimismo, se debe tener presente que si bien los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto del ámbito universal como del regional, resulta de gran importancia que estos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar en América –sobre la base del respeto integral a los derechos de la persona– el régimen democrático representativo de gobierno así como el derecho de sus pueblos al desarrollo, a la libre determinación y a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales.

Cuando los Estados ratifican o se adhieren al Protocolo de San Salvador, se comprometen a varias obligaciones que les son exigibles. Así, en el artículo 1º se establece en los siguientes términos la de adoptar medidas: “Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”.

Esta obligación es de orden económico, cuando se señala el compromiso de los Estados de disponer sus recursos para lograr la efectividad plena de los derechos, de acuerdo al grado de desarrollo del país en cuestión y a la legislación interna.

Precisamente, de manera correlativa, el artículo 2º establece la obligación de los Estados parte de adoptar las disposiciones normativas con el objetivo también de la efectivización de los derechos reconocidos en el instrumento regional; dicho artículo dice: “Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos”.

Asimismo, debe garantizarse el ejercicio de los derechos reconocidos bajo el principio de no discriminación según el artículo 3º, que señala lo siguiente: “Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Por otro lado, se incluyen diversos derechos laborales como al trabajo (artículo 6) y que este se dé en condiciones justas, equitativas y satisfactorias (artículo 7); a una remuneración mínima y un salario equitativo (artículo 7, literal a); a la libertad de trabajo (artículo 7, literal b); al ascenso en el trabajo (artículo 7, literal c); a la estabilidad laboral (artículo 7, literal d); a la seguridad e higiene en el trabajo (artículo 7, literal e); a la prohibición del trabajo nocturno o en labores insalubres

o peligrosas para las personas menores de dieciocho años de edad (artículo 7, literal f); a que la jornada de trabajo en caso de menores de dieciséis años, se subordine a las disposiciones sobre educación obligatoria (artículo 7, literal f); a la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales (artículo 7, literal g); al descanso y el disfrute del tiempo libre (artículo 7, literal h); a vacaciones (artículo 7, literal h); y a la remuneración de los días feriados nacionales (artículo 7, literal h). Están además los derechos sindicales, como el de organizar sindicatos y afiliarse al de su elección; también los derechos a la huelga (artículo 8) y a la seguridad social (artículo 9).

2. Corte IDH

Esta ha actuado de la manera más imaginativa en lo que corresponde a los derechos económicos, sociales y culturales. Así, ha respondido desde los casos de desapariciones forzadas de dirigentes sindicales hasta en los que se debe proteger los derechos económicos, sociales y culturales ejerciendo o aplicando un enfoque “social” a los derechos civiles y políticos.

a. Derechos a la vida, la libertad de asociación y la libertad sindical

Gran parte de los pronunciamientos de la Corte IDH con relación al tema laboral, han tenido que ver con casos de desaparición forzada de dirigentes sindicales, por lo menos en un primer momento³³. Uno de estos es el de Huilca Tecse contra

³³ “El hecho de que los derechos de reunión y asociación no hayan constituido un tema recurrente en los pronunciamientos de los órganos de control del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, no se debe tanto a la

Perú. La demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) fue por la ejecución extrajudicial de un líder sindical peruano, Pedro Huilca Tecse, ocurrida el 18 de diciembre de 1992. Al momento de los hechos, la víctima se desempeñaba como máximo dirigente de la Confederación General de Trabajadores del Perú. La CIDH señaló que dicha ejecución fue llevada a cabo por miembros del “Grupo Colina”, un escuadrón de eliminación vinculado al Servicio de Inteligencia del ejército peruano. Además, la demanda también se refirió a la presunta falta de una investigación completa, imparcial y efectiva de los hechos.

En este caso, hay un claro tratamiento sobre la libertad de asociación. Así, la Corte IDH señala que “el artículo 16.1 de la Convención comprende el ‘derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole’”. Con estos términos añade literalmente

“que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho, lo que representa, por lo tanto, un derecho de cada individuo. Además, gozan del derecho y la libertad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad. Por lo tanto, la ejecución de un líder sindical, en un contexto como el del presente caso,

ausencia de violaciones en este campo sino a la gravedad de otros tipos de violaciones a los derechos humanos, como el derecho a la vida y la integridad de las personas, lo que ha marcado las prioridades del sistema interamericano”. Mujica Petit, Javier. “Comentario al artículo 15° y 16° de la Convención Americana”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos - Comentario*, Steiner, Christian y Uribe, Patricia (Coordinadores), Konrad Adenauer Stiftung, México, 2014, pág.358.

no restringe sólo la libertad de asociación de un individuo, sino también el derecho y la libertad de determinado grupo a asociarse libremente, sin miedo o temor, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 16 tiene un alcance y un carácter especial. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de asociación”³⁴.

Prosigue la Corte IDH relacionando la libertad de asociación con la materia laboral, al señalar que

“en su dimensión individual, la libertad de asociación, en materia laboral, no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad. Cuando la Convención proclama que la libertad de asociación comprende el derecho de asociarse libremente con fines ‘de cualquier [...] índole’, está subrayando que la libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga. De ahí la importancia de la adecuación con la Convención del régimen legal aplicable a los sindicatos y de las acciones del Estado, o que ocurran con tolerancia de éste, que pudieran hacer inoperante este derecho en la práctica”³⁵.

“En su dimensión social –continúa la sentencia de la Corte IDH– la libertad de asociación es un medio que permite a los integrantes de un grupo o colectividad laboral alcanzar

34 Corte IDH. *Huilca Tecse vs. Perú* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 3 de marzo de 2005, párr. 69.

35 *Ibid.*, párr. 70.

determinados fines en conjunto y beneficiarse de los mismos”³⁶. Es así entonces que “las dos dimensiones mencionadas [...] de la libertad de asociación deben ser garantizadas simultáneamente, sin perjuicio de las restricciones permitidas en el inciso 2 del artículo 16 de la Convención”³⁷.

Seguidamente, la Corte IDH señala que “considera que el contenido de la libertad sindical, una forma de la libertad de asociación, implica la potestad de elección respecto de cómo ejercerla”³⁸. Y concluye así: “En este sentido, un individuo no goza del pleno ejercicio del derecho a la libertad de asociación, si en realidad esta potestad es inexistente o se reduce de tal forma que no pueda ponerla en práctica. El Estado debe garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que serán sujetos a violencia alguna, de lo contrario, se podría disminuir la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la protección de sus intereses”³⁹.

De allí que la Corte IDH, aplicando el razonamiento anterior al caso en mención, señale que “el ejercicio legítimo que hizo el señor Pedro Huilca Tecse del derecho a la libertad de asociación, en materia sindical, le provocó una represalia fatal, que a su vez consumó una violación en su perjuicio del artículo 16 de la Convención Americana. Asimismo, el Tribunal considera que la ejecución del señor Pedro Huilca Tecse tuvo un efecto amedrentador en los trabajadores del movimiento sindical peruano y con ello disminuyó la libertad de un grupo determinado de ejercer ese derecho”⁴⁰.

36 *Ibid.*, párr. 71.

37 *Ibid.*, párr. 72.

38 *Ibid.*, párr. 77.

39 *Ibid.*, párr. 77.

40 *Ibid.*, párr. 78.

Asimismo, se tiene el caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz contra Perú. La CIDH demandó por el secuestro, la tortura y la ejecución extrajudicial de Saúl Isaac Cantoral Huamaní y Consuelo Trinidad García Santa Cruz, ocurridas el 13 de febrero de 1989 en Lima, Perú, y señaló que transcurridos más de diecisiete años los familiares de las víctimas no habían conseguido conocer la verdad y sus responsables no habían sido sancionados.

Con base en los hechos reconocidos parcialmente por el Estado peruano en cuanto a la falta de resultados de las investigaciones policiales y del Ministerio Público, más no del secuestro y asesinato de las víctimas, la Corte IDH expuso que

“el artículo 16.1 de la Convención establece que quienes están bajo la jurisdicción de los Estados Partes tienen el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del referido derecho. Además, gozan del derecho y la libertad de reunirse con la finalidad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar dicha finalidad. Al igual que estas obligaciones negativas, de la libertad de asociación también se derivan obligaciones positivas de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones de dicha libertad. Estas obligaciones positivas deben adoptarse, incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita. Como lo ha determinado anteriormente, la Corte considera que el ámbito de protección del artículo 16.1 incluye el ejercicio de la libertad sindical”⁴¹.

41 Corte IDH. *Cantoral Benavides vs. Perú* (Fondo), sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 144

Citando al Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo, la Corte IDH arguye que este “ha señalado que los derechos sindicales no pueden ser ejercidos en un contexto de impunidad frente a situaciones de violencia sindical caracterizadas, *inter alia*, por ejecuciones extrajudiciales”⁴².

Y concluye diciendo en el caso concreto que:

“Sobre la base de los hechos reconocidos y los probados en este caso, el Tribunal considera que el ejercicio legítimo que hizo el señor Saúl Cantoral Huamaní del derecho a la libertad de asociación en materia sindical motivó los atentados que sufrió su integridad personal y vida [...] lo cual, a su vez, genera una violación en su perjuicio del artículo 16 de la Convención Americana. En relación con la líder social Consuelo García Santa Cruz, la Corte observa que sus actividades dirigidas a promover los ‘Comités de Amas de Casa Mineras’ estuvieron directamente relacionadas con el acompañamiento de las huelgas mineras. En particular, durante las dos huelgas nacionales, Consuelo García Santa Cruz estuvo apoyando a las mujeres y familias mineras que se encontraban en huelga [...] Asimismo, el Tribunal considera que la ejecución de Saúl Cantoral Huamaní y Consuelo García Santa Cruz tuvo un efecto amedrentador e intimidante en los trabajadores del movimiento sindical minero peruano. En un contexto como el del presente caso, tales ejecuciones no restringieron sólo la libertad de asociación de un individuo, sino también el derecho y la libertad de un grupo determinado para asociarse libremente sin miedo o temor, es decir, se afectó la libertad de los trabajadores mineros para ejercer este derecho. Por otra parte, dicho efecto intimidante se acentúa y hace mucho más grave por el contexto de impunidad que rodea al caso”⁴³.

42 *Ibid.*, párr. 145.

43 *Ibid.*, párr. 147.

Por último, tenemos el caso *García y familiares contra Guatemala*. Este se inicia cuando la CIDH demanda al Estado infractor por la desaparición forzada de Edgar Fernando García, sindicalista y dirigente estudiantil, quien fue baleado y detenido el 18 de febrero de 1984 por miembros de la Brigada de Operaciones Especiales de la Policía Nacional guatemalteca, sin que a la fecha se conozca su paradero.

Lo más importante de esta sentencia es que la Corte IDH reconoce que “cuando la violación del derecho a la vida, la integridad o la libertad personal tiene como objetivo impedir el ejercicio legítimo de otro derecho protegido en la Convención, tal como las libertades de asociación o de expresión, se configura a su vez una violación autónoma a este derecho protegido en la Convención Americana”⁴⁴.

Con relación a la libertad de asociación, señala que

“el artículo 16.1 de la Convención Americana establece que quienes están bajo la jurisdicción de los Estados Partes tienen el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del referido derecho. Se trata, pues, del derecho a agruparse con la finalidad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar dicha finalidad. Al igual que dichas obligaciones negativas, la Corte Interamericana ha observado que de la libertad de asociación también se derivan obligaciones positivas de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones de dicha libertad”⁴⁵.

44 Corte IDH. *García y familiares vs. Guatemala* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 29 de noviembre de 2012, párr. 116.

45 *Ibid.*, párr. 116.

b. Vida digna de las personas migrantes y el disfrute de los derechos laborales

Dentro de lo que se ha venido llamando “una lectura social de los derechos civiles y políticos”, al decir de Salmón y Bregaglio⁴⁶, se encuentra la Opinión Consultiva N° 18/03 con relación a la condición de los migrantes y sus respectivos derechos; entre estos, los laborales. Uno de los aspectos a resaltar es que la Corte IDH considera que el ejercicio de los referidos derechos laborales fundamentales, garantiza al trabajador y a sus familiares el disfrute de una vida digna. Así, señala seguidamente, que los trabajadores tienen derecho a desempeñar una actividad laboral en condiciones dignas y justas, y recibir como contraprestación de su trabajo una remuneración que permita a ellos y sus familiares gozar de un estándar de vida digno. Asimismo, el trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para que el trabajador desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano⁴⁷.

46 “[L]a Corte interamericana ha implementado una verdadera interpretación ‘social’ de los derechos civiles y políticos contenidos en la Convención Americana que sirve tanto para dotarlos de contenido, como para responder a una serie de demandas individuales en que están inmersos los DESC. De este modo, se ha generado a este nivel una jurisprudencia sostenida que abunda en esa alianza y que ha servido no sólo para evitar los límites materiales que la Convención Americana le establece, sino también como una forma de dar respuesta a las múltiples demandas de los ciudadanos latinoamericanos en materia social”. Salmón, Elizabeth y Bregaglio, Renata. *Estándares jurisprudenciales de derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*, pág. 407, disponible en http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/jurisprudencia_cidh_desc_tomo1.pdf (acceso 02/03/2017).

47 Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-18/03 “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”*, emitida el 17 de septiembre de 2003, párr. 158.

c. Protección indirecta del despido. Violación del debido proceso

Como manifiestan Salmón y Bregaglio, estamos ante casos que representan una “mirada social al tema de las garantías judiciales y el debido proceso”. Para ambas autoras “la Corte reafirma la necesidad de que el trabajo, y los derechos que ello implica, tengan acceso a la justicia y todas las garantías judiciales. Es decir, reafirma el carácter general de estos derechos independientemente de si lo que se reclama es un derecho de tipo civil y político o de carácter económico, social o cultural”⁴⁸.

Un ejemplo de lo anterior es el caso Acevedo Jaramillo y otros contra Perú, en donde la CIDH demanda por la violación de la protección judicial –artículo 25, numeral 2, literal c) de la CADH– así como por el incumplimiento de la obligación de respetar los derechos contemplados en el artículo 1, párrafo 1 de la misma. Se alega el incumplimiento de sentencias emitidas entre 1996 y 2000, expedidas por la Corte Superior de Justicia de Lima y el Tribunal Constitucional del Perú por vía de acción de amparo. En dichas sentencias se ordenó a la municipalidad de Lima reintegrar a los trabajadores despedidos de la referida entidad.

La Corte IDH establece que “el derecho a la protección judicial sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno del Estado Parte permite que una decisión judicial final y obligatoria permanezca ineficaz en detrimento de una de las partes”⁴⁹, como ocurre en este caso. Por ello,

48 Salmón, Elizabeth y Bregaglio, Renata. *Estándares jurisprudenciales...*, pp. 425 y 426.

49 Corte IDH. *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú* (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 7 de febrero de 2006, párr. 219.

“estima que, para satisfacer el derecho de acceso a un recurso efectivo, no es suficiente con que en los procesos de amparo se emitieran decisiones definitivas, en las cuales se ordenó la protección a los derechos de los demandantes. Además, es preciso que existan mecanismos eficaces para ejecutar las decisiones o sentencias, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados [...] uno de los efectos de la cosa juzgada es su obligatoriedad. La ejecución de las sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso al recurso, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva. Lo contrario supone la negación misma de este derecho”⁵⁰.

Por otra parte, frente a lo alegado por el Estado peruano en cuanto supeditar el cumplimiento de las sentencias a la existencia de plazas y al presupuesto, la Corte IDH considera que tratándose de sentencias que resuelven acciones de garantía por la especial naturaleza de los derechos protegidos, el Estado debe darles cumplimiento en el menor tiempo posible adoptando todas las medidas necesarias para ello. Y concluye diciendo: “El retraso en la ejecución de la sentencia no puede ser tal que permita un deterioro a la esencia misma del derecho a un recurso efectivo y, por consiguiente, también cause una afectación al derecho protegido en la sentencia. Las normas de presupuesto no pueden justificar la demora durante años del cumplimiento de las sentencias”⁵¹.

Asimismo, se encuentra el caso de los trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú. La CIDH demandó por la violación de los artículos 8, inciso 1 (garantías judiciales) y 25, inciso 1 (protección judicial) de la CADH, así como por el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 1

50 *Ibid.*, párr. 220.

51 *Ibid.*, párr. 225.

de la misma, párrafo 1 (obligación de respetar los derechos), y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno). Se refiere el caso al despido de un grupo de 257 trabajadores del Congreso Nacional del Perú. Los afectados recurrieron a la vía judicial y ante el Tribunal Constitucional, no encontrando amparo.

Antes de resolver la controversia, la Corte IDH plantea un criterio muy importante bajo el cual va a fundamentar su fallo. Así, señala lo siguiente:

“El Tribunal recuerda que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado. En la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna. Al establecer si el Estado es responsable internacionalmente por la alegada violación a los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si en el ámbito interno se emitieron sentencias o resoluciones administrativas, o si se aplicaron o no determinadas disposiciones de derecho interno, en relación con las violaciones que se alega fueron cometidas en perjuicio de las presuntas víctimas de los hechos, sino si los procesos internos permitieron que se les garantizara un verdadero acceso a la justicia, conforme a los estándares previstos en la Convención Americana, para determinar los derechos que estaban en controversia”⁵².

Luego, ya en la parte conclusiva, la Corte IDH observa que

“este caso ocurrió en un contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar un acceso real a la justicia, así como

52 Corte IDH. *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (Solicitud de interpretación de la sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 30 de noviembre de 2007, párr. 107.

de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales para afrontar hechos como los del presente caso. En ese contexto y en particular con el clima de inseguridad jurídica propiciado por la normativa que limitaba la impugnación respecto del procedimiento de evaluación y eventual cesación de las presuntas víctimas, es claro que estas no tenían certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que se consideraran vulnerados, fuera administrativa, contencioso administrativa o de amparo”⁵³.

Por tanto, determinan que “en el presente caso, los recursos internos existentes no fueron efectivos, ni individual ni en conjunto, para los efectos de una adecuada y efectiva garantía del derecho de acceso a la justicia de las presuntas víctimas cesadas del Congreso peruano, en los términos de la Convención Americana”⁵⁴. Al final, se concluyó que el Estado peruano violó los artículos 8.1 y 25 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de las 257 personas despedidas.

Es importante también el caso *Abril Alosilla y otros contra Perú*, el cual se inicia cuando la CIDH demandó por la violación del derecho a la protección judicial en perjuicio de 233 miembros del Sindicato de Funcionarios, Profesionales y Técnicos de la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima, debido a que el Estado no tramitó un recurso efectivo frente a la aplicación retroactiva de decretos que entre 1991 y 1992 eliminaron el sistema de escala salarial que los regía, a pesar de que la Constitución Política aplicable establecía la garantía de no retroactividad de las leyes salvo en materia penal cuando fueran más favorables al imputado. Luego, ya iniciado el proceso ante la Corte IDH, el representante de las víctimas solicitó que

53 *Ibid.*, párr. 129.

54 *Ibid.*, párr. 131.

se declarara la responsabilidad estatal por la violación de los derechos reconocidos en los artículos 21.1 y 21.2 (derecho a la propiedad privada) con relación al artículo 1.1 de la CADH, en atención a la afectación de sus remuneraciones que se concretó con la apropiación de dichos bienes.

Frente a esta demanda, el Estado reconoció la conculcación del derecho a la protección judicial pero desconoció la violentación del derecho a la propiedad privada.

Haciendo un uso extenso del concepto de propiedad, la Corte IDH razona sobre las remuneraciones dejadas de percibir como efecto negativo por desconocer los derechos adquiridos. Así, señala:

“En el presente caso la Corte observa que el sistema de reajuste que tenían las víctimas antes de la aplicación del Decreto Ley N° 25876 había generado un aumento en las remuneraciones que ingresó a su patrimonio, lo cual implicó que pasara a ser un derecho adquirido por las mismas. Cabe aclarar que no se trata de un derecho adquirido respecto a la aplicación del sistema de ratios salariales. El derecho adquirido en cuestión hace referencia a los montos que ya habían ingresado al patrimonio de los trabajadores, así como a los incrementos al salario que se hubieran establecido bajo el sistema de ratios hasta antes de su derogación. La Corte considera que este derecho adquirido se vio afectado por la aplicación retroactiva del referido Decreto Ley, la cual, según el allanamiento del Estado, fue hecha en forma contraria al derecho interno y sin que las víctimas contaran con protección judicial [...] La afectación patrimonial también se configuró por el descuento porcentual en las remuneraciones mensuales que se impuso a las víctimas [...] En conclusión, las víctimas no pudieron gozar integralmente de su derecho a la propiedad sobre sus remuneraciones”⁵⁵.

55 Corte IDH. *Abrill Alosilla y otros vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas),

Otro importante es el caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) contra Ecuador, en el cual la CIDH demandó por la remoción arbitraria de 27 magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador mediante resolución parlamentaria del 8 de diciembre de 2004, en ausencia de un marco legal claro que regulara las causales y los procedimientos de separación de su cargo, y en desconocimiento de las normas constitucionales en virtud de las cuales fueron nombrados en cuanto al carácter indefinido de su designación y el sistema de cooptación, como forma de llenar posibles vacantes. Según la CIDH las víctimas no contaron con garantías mínimas de debido proceso, no fueron escuchadas ni tuvieron oportunidad de defenderse y no tuvieron a su disposición un recurso judicial efectivo que les amparase frente al actuar arbitrario del Congreso Nacional.

La Corte IDH determinó que la destitución de los magistrados de la Corte Suprema ecuatoriana fue hecha por un órgano no competente y sin escuchar la defensa de los magistrados, lo que vulneraba el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la CADH. Similarmente se violentó, según la Corte IDH, el ejercicio de la función judicial y consecuentemente la independencia judicial –artículos 23, inciso 1, literal c) y 1.1 de la CADH– así como el artículo 25.1 de la misma correspondiente al acceso a un recurso judicial efectivo⁵⁶. De modo que –como certeramente observan Salmón y Bregaglio – “el derecho de acceso a la función pública se reinterpreta en el presente caso para darle un contenido social, vinculado a la permanencia en el puesto de trabajo”⁵⁷.

sentencia del 4 de marzo de 2011, párr. 84.

56 Corte IDH. *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23 de agosto de 2013, párr. 180.

57 Salmón, Elizabeth y Bregaglio, Renata. *Estándares jurisprudenciales...*, pág. 428.

Similar al anterior, es el caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) contra Ecuador. Este trata del cese arbitrario de ocho magistrados del Tribunal Constitucional por parte del Congreso de ese país, no contando con garantías procesales y posibilidades de defenderse en relación con la cesación, viéndose impedidos los magistrados cesados arbitraria e injustificadamente de presentar recursos de amparo contra la resolución de cese.

La Corte IDH considera que permitir que subsista durante más de año y medio la posibilidad de revertir una designación del más alto tribunal en asuntos constitucionales afecta la garantía de estabilidad en el cargo y puede permitir el surgimiento de presiones externas, los cuales son aspectos directamente relacionados con la independencia judicial⁵⁸.

Coincidimos por tanto, también en esta parte, con Salmón y Bregaglio quienes señalan que “a los derechos laborales también se les aplican las garantías judiciales y el debido proceso (conclusión que puede fácilmente extraerse de los propios artículos de la Convención) y los intereses laborales son vistos como prioritarios al momento de evaluar la posible vulneración de los artículos 8 y 25 (aporte social a la lectura de tales normas)”⁵⁹.

58 Corte IDH. *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 de agosto de 2013, párr. 179.

59 Salmón, Elizabeth y Bregaglio, Renata. *Estándares jurisprudenciales...*, pág. 428.

d. Derecho de propiedad y derecho a la seguridad social

En este apartado, el primer caso a considerar es el de Cinco Pensionistas contra Perú en donde la CIDH demandó por la violación de los derechos a la propiedad privada (artículo 21), a la protección judicial (artículo 25) y al desarrollo progresivo (artículo 26) de la CADH, en relación con las obligaciones establecidas en sus artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), debido a la modificación en el régimen de pensiones que afectó a los señores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Reymert Bartra Vásquez y Maximiliano Gamarra Ferreyra; también por el incumplimiento de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional del Perú, que ordenaron pagar a los pensionistas.

Dos son los aspectos a resaltar en este caso. En primer lugar, la Corte IDH establece la protección de las pensiones a través del derecho de propiedad privada señalando que “el artículo 21 de la Convención protege el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto-Ley N° 20530, en el sentido de que se trata de un derecho adquirido, de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional peruana, o sea, de un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas”⁶⁰.

Por ello, concluye que:

“La Corte constata, con base en todo lo anterior, que el Estado, al haber cambiado arbitrariamente el monto de las pensiones que venían percibiendo las presuntas víctimas y al no haber dado cumplimiento a las sentencias judiciales emitidas con

60 Corte IDH. “*Cinco pensionistas*”..., párr. 102.

ocasión de las acciones de garantía interpuestas por éstas [...], violó el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención [...] en cuanto fueron conculcados los derechos reconocidos en dichas sentencias”⁶¹.

En segundo lugar, interesa resaltar aquí lo expuesto por la Corte IDH en cuanto a lo alegado por la CIDH por la violentación del artículo 26 de la CADH. La primera señala que

“los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente, por lo cual desestima la Corte IDH pronunciarse al respecto”⁶².

Un segundo caso es el de Acevedo Buendía y otros contra Perú (cesantes y jubilados de la Contraloría), en donde se ratifica lo dicho en el caso anteriormente expuesto.

e. Caso Baena Ricardo y otros contra Panamá

La CIDH sometió este caso con el fin de que la Corte IDH decidiera si hubo violación por parte de Panamá de los artículos

61 *Ibid.*, párr. 121.

62 *Ibid.*, párr. 147.

1.1 (obligación de respetar los derechos), 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 8 (garantías judiciales), 9 (principio de legalidad y de retroactividad), 10 (derecho a indemnización), 15 (derecho de reunión), 16 (libertad de asociación), 25 (protección judicial), y 33 y 50.2 de la CADH, como resultado de los hechos ocurridos a partir del 6 de diciembre de 1990 y especialmente del 14 de ese mismo mes, fecha en que se aprobó la Ley N° 25 con la que fueron arbitrariamente destituidos de sus cargos 270 empleados públicos que habían participado en una manifestación por dos reclamos laborales. Estas personas fueron acusadas de complicidad en una asonada militar. Posterior a su despido arbitrario, en el procedimiento de sus quejas y demandas se cometieron en su contra una sucesión de actos violatorios de sus derechos al debido proceso y a la protección judicial.

El presente caso es emblemático por muchos aspectos. Fue el primero tramitado ante la Corte IDH, de orden laboral. Como se ha podido ver en el rápido recuento hecho, hay una serie de casos en los que ha predominado una protección indirecta de los derechos laborales. Pero en este último, se puede decir que hay una protección directa.

Como consecuencia de lo anterior, se tiene la necesidad de acomodar –por parte de la Corte IDH– una serie de aspectos de la CADH a los asuntos laborales de manera directa. Así lo hace con relación a la aplicación del artículo 8 de la misma, cuando esclarece si este artículo solo está destinado para el orden penal. Señala la Corte IDH que “el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden ‘civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene

el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes”⁶³.

Asimismo, la Corte IDH se preocupa por configurar un concepto de libertad sindical. Para ello establece que:

“La libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad”⁶⁴.

En esta línea de desarrollo, la Corte IDH concluye al respecto que

“[l]a libertad de asociación, en materia laboral, en los términos del artículo 16 de la Convención Americana, comprende un derecho y una libertad, a saber: el derecho a formar asociaciones sin restricciones distintas a las permitidas en los incisos 2 y 3 de aquel precepto convencional y la libertad de toda persona de no ser compelida u obligada a asociarse. El Protocolo de San Salvador de 17 de noviembre de 1988, en su artículo 8.3, recoge la misma idea y precisa que, en materia sindical, “[n]adie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato”⁶⁵.

63 Corte IDH. *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 2 de febrero de 2001, párr. 125.

64 *Ibid.*, párr. 156.

65 *Ibid.*, párr. 159.

Conclusiones

1. El problema principal de los derechos económicos, sociales y culturales estriba en el tratamiento distinto que se les dispensa con relación a los derechos civiles y políticos. Sin embargo, se debe puntualizar que tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales se originan en el siglo XVIII. En el caso de los últimos mencionados, asistimos a un proceso largo de maduración que se inicia en el siglo XVIII y culmina con la consolidación positiva a mediados del siglo XX, con las declaraciones internacionales de derechos.
2. El profesor Cançado Trindade es muy claro al especificar que el problema de la consideración de dos “categorías” de derechos humanos, se origina a partir de la fase legislativa de elaboración de los instrumentos de protección internacional de los derechos humanos, principalmente –precisa este autor– con la decisión tomada por la Asamblea General de la ONU en 1951 de elaborar dos pactos internacionales de derechos humanos y no uno solo. Esta forma de afrontar los derechos humanos, ha sido revertida luego a partir de la I Conferencia Mundial de Derechos Humanos de la ONU, realizada en Teherán en 1968. En esta, como advierte Cançado, se proclamó la indivisibilidad de los derechos humanos afirmando que la realización plena de los derechos civiles y políticos sería imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales.
3. Para fortalecer al sistema de protección interamericano de derechos humanos, por lo menos en un primer momento no se requiere un cambio en el componente normativo sino –sobre todo– en el elemento institucional el cual debe auspiciar una transformación cualitativa. Es lo que ha ocurrido con la Corte IDH.

Esta última ha iniciado primero, frente a la desaparición forzada de dirigentes sindicales y atentados contra su vida, una lectura en “clave social” –como la llama Urquilla Bonilla– de los derechos civiles y políticos para que a través de estos se pueda proteger los económicos sociales y culturales. Los hechos graves con relación a los dirigentes sindicales fueron interpretados como vulneración de derechos civiles y políticos, para así proteger finalmente los derechos humanos laborales. En la misma línea se ha observado plantear la protección de los derechos laborales, a través de la calificación a los hechos de la violentación de las garantías procesales y –en definitiva– del debido proceso para, asimismo, entrar a tratar de proteger directamente un derecho humano laboral como la libertad sindical.

En la tarea de asumir con un enfoque social los derechos civiles y políticos para contar con una protección indirecta a los derechos sociales, se “amplió” el concepto de derecho de propiedad privada; ello ha servido para proteger el derecho a las pensiones contra su disminución así como las remuneraciones, como se ha visto en las sentencias de la Corte IDH atrás reseñadas.

4. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido aceptada al ser controlada su efectividad a través de órganos jurisdiccionales. Es cierto que aún con un margen muy pequeño de dicha justiciabilidad –si no recordemos el caso de Acevedo Jaramillo, en el cual finalmente no hubo fundabilidad en el pronunciamiento– pero en definitiva es un gran paso ante la absolutamente negada justiciabilidad en momentos anteriores.

El derecho de acceso a la justicia y la garantía del debido proceso de las personas migrantes en Argentina*

*Santiago Roca***

Objeto del trabajo

El fenómeno migratorio es cada vez más amplio, profundizando la contradicción intrínseca que trajo aparejada la globalización en virtud de la cual los Estados nación han abierto los mercados pero no las fronteras; han derrumbado las barreras a la libre circulación de la información y de los capitales, pero no

* Se debe reconocer la labor de todo el equipo de trabajo de la Defensoría Pública Oficial con competencia en la representación judicial de las personas migrantes, en especial al doctor Hernán de Llano, así como a las doctoras María Carolina Acuña Serry y Marina Salmain; también a quienes integran la Comisión del Migrante, por su invaluable aporte en la creación de la jurisprudencia dictada en la materia.

** Abogado con diploma de honor por la Universidad de Buenos Aires, Argentina; magíster en abogacía del Estado, por la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Realizó el programa de posgrado en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Palermo, Argentina, y el programa avanzado de derechos humanos y derecho internacional humanitario, American University, Estados Unidos de América. Defensor público oficial federal, en uso de licencia y desde 2014, secretario general de la Defensoría General de la Nación, en el Ministerio Público de la Defensa de la República de Argentina. Profesor adjunto de la materia Principios de Derechos Humanos y Derechos Constitucional en la Universidad de Buenos Aires. Autor de diversos artículos relacionados con derecho constitucional, derechos humanos y derecho administrativo. Participante en conferenciastanto como expositor, coordinador o asistente.

lo han hecho en la misma medida con las de la libre circulación de las personas. Sin embargo, ningún Estado puede sustraerse de las consecuencias de alguna forma de migración, profundizada –entre otras razones– por el aumento de las desigualdades entre los países, así como por la proliferación de conflictos y guerras civiles, entre otros factores.

Estas corrientes migratorias producen, –a menudo–, innumerables desazones y sufrimientos a las personas que se movilizan. De forma especial, dicho sufrimiento alcanza a la migración de los núcleos familiares y a la femenina, siempre más numerosa. Contratadas con frecuencia como trabajadoras no calificadas (trabajadoras domésticas) y empleadas en el trabajo irregular, las mujeres se ven –a menudo– despojadas de los derechos humanos y sindicales más elementales, cuando no caen víctimas del triste fenómeno conocido como “tráfico humano” que ya no exime ni siquiera a la niñez.

Los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y su interpretación por parte de los distintos órganos, tanto del sistema internacional como del interamericano han fijado estándares de protección de estos grupos vulnerables que han impulsado cambios normativos dentro de los Estados, acordes con dichos parámetros.

Sin embargo, se observa con angustia y desazón que –a pesar de existir normas protectoras– siguen vigentes criterios y prácticas que contradicen estos estándares y violan profundamente los derechos más elementales de las personas migrantes.

El objeto de este trabajo no es analizar todos los derechos reconocidos a las personas que migran, sino abordar la problemática del acceso a la justicia y el debido proceso del extranjero en la cuestión migratoria. Posibilitar el derecho de defensa de la persona migrante a través del acceso a la justicia

y el debido proceso, es la piedra basal para poder garantizar y hacer efectivos todos los derechos que le reconocen las normas nacionales e internacionales.

Comenzaré describiendo, brevemente, el fenómeno de las migraciones en nuestro tiempo y cuáles son los derechos y las obligaciones de los Estados en el marco de la movilidad humana. Concluida esa descripción global, me adentraré en el análisis de la cuestión migratoria en la República Argentina, donde se efectuará una crítica razonada de las distintas normas que regularon y regulan en la actualidad la materia.

En el marco de esta descripción se enumerarán y analizarán los distintos problemas que se suscitan en la ejecución de las normas vigentes que impactan y, en algunas ocasiones, vedan a las personas migrantes la posibilidad de acceder a la justicia y defender correctamente sus derechos. Para ello, se efectuará una descripción pormenorizada de la jurisprudencia lograda frente a cada uno de los obstáculos que fueron y van apareciendo, cuando se intenta defender a este colectivo de personas en situación de vulnerabilidad.

Introducción

Según el diccionario de la Real Academia Española, migrante es toda persona que se traslada desde el lugar en que habita a otro diferente.

La movilidad es una característica inherente a los seres humanos, que ha sido constante a lo largo de la historia. Pero fue con la creación del Estado nación, a partir de los tratados de Westfalia de 1648, lo que trajo consigo el fenómeno que hoy se conoce como migración internacional.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha definido la migración internacional como el cruce de una persona o grupo de personas de una frontera estatal internacionalmente reconocida de su país de origen, con el propósito de establecerse por un período de tiempo o de manera permanente en otro país del cual no es nacional¹.

Estos movimientos, reconoce el citado órgano regional, responden a un fenómeno multicausal que implica que las personas migran por diversas razones; entre estas se encuentran las de índole económica, social, política y ambiental.

Para 2015, se estimaba el número de migrantes internacionales en doscientos cuarenta y cuatro millones de personas a nivel mundial, lo cual representaba un 3.3 % de la población planetaria y se prevé que siga en aumento durante las próximas décadas. Del total de migrantes internacionales en el mundo, en las Américas hay cerca de sesenta y tres millones; alrededor de cincuenta y cuatro se encuentran en Norteamérica, principalmente en los Estados Unidos con cuarenta y siete. En América Latina y el Caribe viven nueve millones de migrantes internacionales. En términos porcentuales, el 26 % de migrantes internacionales a nivel mundial se encuentra en las Américas².

1 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del sistema interamericano de derechos humanos* (en adelante, *Movilidad humana. Estándares interamericanos*), OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, 31/12/2015, párr. 2.

2 Cfr. Organización de las Naciones Unidas. *Trends in International Migration 2015*, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales: División de Población, pp. 1 y 2, disponible en <http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/populationfacts/docs/MigrationPopFacts20154.pdf> (acceso 2/10/2017).

Durante las últimas décadas, se ha evidenciado en el mundo un incremento gradual de la movilidad humana. Como consecuencia de diversos factores se prevé que la migración seguirá en aumento en el continente americano; entre dichos factores se encuentran: 1) las crecientes disparidades socioeconómicas, particularmente en términos de desigualdad, pobreza y necesidades básicas insatisfechas; 2) el auge de la flexibilización y la disminución de garantías y derechos laborales, principalmente respecto de trabajadores de sectores económicos de baja cualificación; 3) el aumento de la violencia criminal en algunos países del continente y el consecuente deterioro progresivo de los niveles de seguridad humana; 4) el deterioro de la situación económica, social y política de diversos países; 5) el impacto generado por la violencia producto de guerras, conflictos armados y el terrorismo; 6) la fragilidad y/o corrupción de instituciones políticas en algunos países de la región; 7) las necesidades de reunificación familiar; 8) el impacto del accionar de empresas nacionales y transnacionales; 9) el cambio climático y los desastres naturales; y 10) el auge de la urbanización a partir de la mejora de las condiciones de vida en las ciudades³.

I. Derechos y obligaciones de los Estados en materia migratoria

Con el reconocimiento de lo que ha sido denominado el derecho humano de toda persona a migrar, tanto interna como internacionalmente, se materializó la importancia de este acuciante tema; también la del derecho a no migrar forzosamente.

Así, podemos observar los artículos VIII y XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,

3 CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos*, párr. 17.

de 1948; 9, 13 y 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, también del mismo año; 2, 3 y 4 del Protocolo N° 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1963; 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966; 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969; 12 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981; 8 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990); y 3.1, a), 4.1, 4.4, 4.5, 7.5, a) y 7.5, d) de la Convención de la Unión Africana para la Protección y Asistencia de los Desplazados Internos en África (Convención de Kampala), de 2009.

La CIDH señala lo siguiente:

“El principio fundacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es que los derechos humanos no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana. En este orden de ideas, las personas en el contexto de la migración, independientemente de que no sean nacionales del Estado en el que se encuentran, tienen derecho al respeto y garantía de sus derechos humanos. A excepción del derecho a entrar, circular y residir en un país, el cual se encuentra restringido a aquellas personas que cuenten con la autorización legal para hacerlo, y de ciertos derechos políticos restringidos a los ciudadanos, los migrantes tienen derecho a que se les respeten y garanticen los demás derechos reconocidos en la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos en igualdad de condiciones con las demás personas”⁴.

Además, sostiene que los

4 CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos*, párr. 80.

“órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han reconocido reiteradamente que, si bien en el marco de sus atribuciones soberanas los Estados tienen el derecho a controlar sus fronteras, definir los requisitos de ingreso, estancia y expulsión de los extranjeros de su territorio y, en general, de establecer sus políticas migratorias; las políticas, leyes y prácticas que implementen en materia migratoria deben respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas migrantes, los cuales son derechos y libertades que se derivan de su dignidad humana y que han sido ampliamente reconocidos por los Estados a partir de las obligaciones internacionales que han contraído en materia de derechos humanos”⁵.

La CIDH también ha determinado que en esta área, ni el ámbito de acción del Estado ni los derechos de una persona que no es nacional son absolutos⁶, al tiempo que

“ha coincidido con otros órganos internacionales en que debe haber un juicio de ponderación, conforme al cual se debe ponderar el interés legítimo del estado de proteger y promover el bienestar general *vis-á-vis* los derechos fundamentales de las personas no nacionales. Cabe recordar, en tal sentido, que la política de inmigración debe garantizar a todos una decisión individual con respeto del debido proceso; del derecho a la vida, a la integridad física y mental, familiar y el derecho de los niños a obtener medios especiales de protección”⁷.

Todo procedimiento judicial o administrativo que pueda afectar los derechos de una persona debe seguirse conforme las

5 *Ibid.*, párr. 6.

6 Cfr. CIDH. *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros*, Estados Unidos, Informe de fondo N° 81/10, Caso 12.562, 12 de julio de 2010, párr. 51.

7 CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos*, párr. 348.

garantías del debido proceso, de forma que las personas puedan defenderse adecuadamente de cualquier acto emanado del Estado.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), en su artículo 8, consagra los lineamientos generales del debido proceso legal al reconocer a toda persona el derecho: a) a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley; b) a que se presuma su inocencia; c) de ser asistido gratuitamente por traductor o intérprete; d) a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada; e) a la concesión del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; f) de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; g) de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, si no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; h) de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; i) de no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; y j) de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y la CIDH han sido enfáticas al señalar que las garantías antes mencionadas son aplicables a toda situación en la que se determinen los derechos de las personas, entre los cuales se encuentran las migrantes, independientemente de su situación migratoria⁸.

⁸ Cfr. Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, Serie A, N° 16, párrs. 127 y 129; Cfr. Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión

Asimismo, las normas y órganos internacionales de protección de derechos humanos coinciden en señalar garantías mínimas aplicables a dicho tipo de procesos. Así, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, su artículo 13 señala lo siguiente:

“El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas”.

El Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, al interpretar dicha norma determinó que “los derechos establecidos en dicho artículo 13 sólo protegen a los extranjeros que se encuentren lícitamente en el territorio de un Estado Parte [...] No obstante, si la cuestión controvertida es la

Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A, N° 18, párrs. 121 y 122; Cfr. Corte IDH. *Vélez Loor vs. Panamá* (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23 de noviembre de 2010, Serie C, N° 218, párr. 143; Cfr. *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 78/10, 30 de diciembre de 2010, párr. 58; Cfr. CIDH. *John Doe y otros*, Canadá, Informe de fondo N° 78/11, Caso 12.586, 21 de julio de 2011, párr. 116; Cfr. CIDH. *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros*, Estados Unidos, Informe de fondo N° 8110/10, Caso 12.562, 12 de julio de 2010, párr. 63; Cfr. CIDH. *Nelson Iván Serrano Sáenz*, Ecuador, Informe de fondo N° 84/09, Caso 12.525, 6 de agosto de 2009, párr. 61; Cfr. CIDH. *Andrea Mortlock*, Estados Unidos, Informe de admisibilidad y fondo N° 63/08, Caso 12.534, 25 de julio de 2008, párrs. 78 y 83; Cfr. CIDH. *Raghda Habbal e hijo*, Argentina, Informe de admisibilidad N° 64/08, Caso 11.691, 25 de julio de 2008, párr. 54; y Cfr. CIDH. *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz v. México*, Informe de fondo N° 49/99, Caso 11.610, 13 de abril de 1999, párr. 46.

licitud de su entrada o permanencia, toda decisión a este respecto que desemboque en su expulsión o deportación debe adoptarse con arreglo a lo previsto en el artículo 13”⁹.

Por su parte, en su “Proyecto de artículo sobre la protección de derechos humanos de las personas expulsadas o en vías de expulsión”, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas “ha expresado que dichas personas deben recibir las siguientes garantías procesales: a) condiciones mínimas de detención durante el procedimiento; b) derecho a ser notificado de la decisión de expulsión; c) derecho a recurrir y a tener acceso a recursos eficaces para recurrir la decisión de expulsión; d) derecho a ser oído por una autoridad competente; e) a estar representado ante dicha autoridad competente; f) derecho a contar con la asistencia gratuita de un intérprete; y g) asistencia consular”¹⁰.

La CIDH analizó, organizó, sistematizó y enumeró todas estas garantías procesales que fueron plasmadas en su informe sobre los estándares interamericanos en el caso de movilidad humana, aprobado en el 2015¹¹. Allí quedó establecido que todos los procesos migratorios deben contar con las siguientes garantías procesales mínimas:

1. Derecho a recibir una comunicación previa y detallada del procedimiento para la determinación de su situación jurídica y, en caso de que la persona sea detenida o retenida, a ser informada de las razones de su detención y notificada sin

9 Comité de Derechos Humanos. *Observación General N° 15 relativa a la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, aprobada en el 27° período de sesiones, 1986, párr. 9.

10 Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. *Expulsión de extranjeros*, texto de los proyectos de artículo 1 a 32 aprobados provisionalmente en primera lectura por el Comité de Redacción en el 64° período de sesiones, A/CN.4/L.797, 24 de mayo de 2012, artículos 19 y 26.

11 Cfr. CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos*, párr. 307 y 308.

demora del cargo o cargos formulados contra ella. La CIDH ha entendido que el hecho de que un migrante no sea notificado acerca de la existencia de un procedimiento administrativo en su contra, podría conllevar la violación de las garantías del debido proceso¹².

2. En caso de ser retenida, la persona tiene derecho a ser llevada –sin demora– ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. Al respecto, la Corte IDH consideró que “debe comparecer personalmente ante la autoridad competente, la cual debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de la libertad”¹³.
3. Derecho a ser oído sin demora, a contar con un tiempo razonable y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a reunirse libremente y en forma privada con su defensor. La CIDH entiende que el derecho de argumentar en contra de una orden de deportación, es incluso anterior al derecho a la revisión del caso; por ello, la persona debe contar con la oportunidad de reunir evidencias u otros materiales para fundar su caso ante la autoridad que lo ha privado de su libertad, o al inicio del procedimiento¹⁴.
4. Derecho a que los procedimientos migratorios sean llevados por un adjudicador competente, independiente e imparcial. Las decisiones en materia migratoria no pueden ser delegadas a funcionarios policiales o administrativos no especializados;

12 Cfr. CIDH. *Elias Gattas Sahih*, Informe de admisibilidad N° 09/05, Petición 1/03, Ecuador, 2 de febrero del 2005.

13 Corte IDH. *Vélez Loor...*, párr. 109.

14 Cfr. CIDH. *Loren Laroye...*, párr. 55.

su nombramiento y ubicación en la estructura administrativa del Estado deben estar rodeados de garantías de imparcialidad y ser inmunes a posibles presiones e influencias, y su actuación debe ajustarse de manera estricta a la ley¹⁵. La Corte IDH determinó que “cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”¹⁶.

5. Derecho a un traductor y/o intérprete libre de cargos. Deben ofrecerse servicios de traducción e interpretación en el idioma que la persona entienda¹⁷.
6. Derecho a representación letrada o legal. Debe garantizarse al migrante inmerso en un proceso migratorio, la posibilidad de ser representado por abogados de su elección o tener a su disposición alguna forma de asesoría especializada sobre los derechos que asisten al migrante¹⁸. La Corte IDH ha señalado que el derecho a las garantías y a la protección judicial, se vulnera por la negativa a la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de los migrantes, lo cual impide que hagan valer sus derechos en juicio¹⁹.
7. Derecho a que la decisión que se adopte sea debidamente motivada. En palabras de la Corte IDH, el “deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los

15 Cfr. CIDH. *Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias*, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000, capítulo VI, Estudios especiales, OEA/Ser./L/V/II.111, doc. 20, 16 de abril de 2001, párr. 99.

16 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de enero de 2001, Serie C N° 71, párr. 104.

17 Cfr. CIDH. *Segundo informe de progreso de la relatoría...*, párr. 99, C.

18 Cfr., *ibid.*, párr. 99, D.

19 Corte IDH. *Condición jurídica y derechos...*, párr. 126.

ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra [...] Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”. Para eso debe demostrar que “han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado”²⁰.

8. Derecho a ser notificado de la decisión que se adopte en el marco del procedimiento. La falta de notificación es en sí misma violatoria del artículo 8 de la CADH, pues coloca a la persona en un estado de incertidumbre respecto de su situación jurídica y torna impracticable el ejercicio del derecho a recurrir del fallo sancionatorio²¹.
9. Derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos. La revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan los derechos fundamentales²². Sin embargo, a efectos de la eficacia del derecho a recurrir y la correspondiente protección judicial, es necesario que el recurso judicial mediante el cual se impugna una decisión en materia migratoria tenga efectos suspensivos. Solo de esa forma se pueden proteger de manera efectiva los derechos de las personas migrantes²³.

20 Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 1/9/2011, Serie C N° 233, párr. 141.

21 Cfr. Corte IDH. *Caso Vélez Loor...*, párr. 180.

22 Cfr., *ibid.*, párr. 126.

23 Cfr. CIDH. *Benito Tide Méndez y otros*. República Dominicana, Informe de fondo N° 64/12, Caso 12.271, 29 de marzo de 2012; y CIDH. *Familia Pacheco Tineo*. Bolivia, Informe 136/11, Caso 12.474, Informe de fondo, 31/10/2011.

10. Derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular. Las personas extranjeras tienen derecho, en las causas penales y administrativas a comunicarse sin dilación alguna con su representante consular conforme lo establecido en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. De acuerdo con la interpretación de la Corte IDH, la notificación consular debe darse en el momento en que el migrante es privado de su libertad y, en todo caso, antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad²⁴.

II. La migración en Argentina

La migración hacia la República Argentina durante el siglo XIX y principios del siglo XX se caracterizó por ser de ultramar y en su mayoría proveniente de Europa, transformándose así en el segundo país receptor de inmigrantes europeos después de Estados Unidos. Dicha inmigración fue esencial en el poblamiento del país aportando, entre 1881 y 1914, alrededor de cuatro millones 200,000 personas. Las corrientes más numerosas se manifestaron antes de la Primera Guerra Mundial y, en 1914, la cantidad de inmigrantes alcanzó su máximo nivel histórico en términos relativos con un impacto del 30 % en el total de la población²⁵.

24 Cfr. Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1/10/1999, Serie A, N° 16, párr. 106.

25 Cfr. Organización de Estados Americanos. *Primer Informe del Sistema Continuo de Reportes sobre Migración Internacional en las Américas (SICREMI-2011)*, Parte III Informe por país, Argentina, disponible en <http://www.migracionoea.org/index.php/es/sicremi-es/17-sicremi/publicacion-2011/paises-es/53-argentina-1-sintesis-historica-de-la-migracion-internacional-en-argentina.html> (acceso 5/10/2017).

Las migraciones masivas desde Europa respondieron, en parte, a la oferta de mejores salarios. En promedio, un trabajador agrícola ganaba en cuatro o cinco meses de cosecha, entre cinco y diez veces más de lo que ganaba en su país de origen. Otro punto de atracción fueron los programas gubernamentales. En 1862, el Congreso autorizó la contratación de inmigrantes para colonizar los territorios nacionales; específicamente, las regiones externas a las provincias constituidas que eran regidas desde Buenos Aires. La Dirección Nacional de Migraciones (en adelante, DNM), establecida en 1869, nombró agentes en Europa para reclutar colonos. Los recién llegados gozaban de alojamiento gratuito, exención del pago de impuestos sobre sus posesiones y, con el tiempo, también traslado gratuito en tren²⁶. Muchos de los primeros inmigrantes lograron una rápida movilidad social, aunque muy pocos pudieron adquirir tierras.

En 1914, la población inmigrante representaba el 30 % de la población total. Las comunidades italianas y españolas continuaron dominando hasta la década de 1940, con un 42 y 38 % respectivamente. En este periodo también se destaca la presencia de inmigrantes rusos (93,000) y del ex Imperio Otomano (65,000)²⁷.

En la década de 1920, la migración a Argentina disminuyó debido a que la política estatal en la materia dificultaba el ingreso de personas extranjeras al país. El temor de las clases gobernantes a una revuelta de inmigrantes, aumentó la seguridad

26 Rock, David. *Argentina 1516-1982 from Spanish colonization to the Falklands War*, University of California Press, Los Ángeles, 1985, p. 141, citado en *Primer Informe del Sistema Continuo...*, p. 5, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7630.pdf> (acceso 27/10/2017).

27 Cfr. Devoto, Fernando. *Historia de la inmigración en Argentina*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2002, págs. 49 y 294, citado en *Primer Informe del Sistema Continuo...*, p. 5, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7630.pdf> (acceso 27/10/2017).

en los puertos de desembarque²⁸. Mientras tanto en Europa la productividad y los salarios se incrementaron, representando ello una fuerte competencia. La crisis de 1929 puso fin a la inmigración masiva desde Europa, que fue prevalente a principios del siglo XX²⁹.

Posteriormente, la migración hacia la República Argentina disminuyó y perdió su peso relativo a partir del Censo Nacional de 1947. El volumen bajó y además hubo cambios en su composición, pasando de un predominio de migración no limítrofe a un incremento sostenido de inmigrantes originarios de la misma región. Hacia comienzos del siglo XXI, dos tercios de los inmigrantes eran provenientes de los países limítrofes³⁰.

La principal causa del aumento de la inmigración regional hacia Argentina y su consolidación como polo de atracción de las migraciones de países limítrofes desde mediados del siglo XX, se explica por el alto estándar de desarrollo humano y económico del país con relación a los países de origen de los migrantes. Esto generó, con el tiempo, cadenas migratorias que facilitaron el proceso y su inserción e integración en las sociedades de acogida. Las migraciones laborales de países limítrofes se concentraron principalmente en actividades estacionales, servicio doméstico, construcción y comercio³¹.

Argentina sigue siendo, a la fecha, el país en Latinoamérica con el nivel de inmigración más elevado. En 2013 recibió casi 140,000 inmigrantes permanentes y aproximadamente el

28 *Cfr. Ibid.*, p. 356.

29 *Cfr.* Organización de Estados Americanos. *Primer Informe del Sistema Continuo...*, p. 5, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7630.pdf>. (acceso 27/10/2017).

30 *Cfr. Ibid.*, p. 4.

31 *Cfr. Ibid.*, p. 6.

mismo número de inmigrantes de carácter temporal. Ese año, la población nacida en el extranjero representó el 4.5 % del total de su población, tendencia que se ha mantenido desde 2010. Esta continúa siendo una de las poblaciones inmigrantes más grandes, en término relativos, de la región latinoamericana³².

III. Desarrollo normativo nacional: del fomento a la restricción

Como describimos en el punto precedente, la República Argentina ha sido un país receptor de migrantes desde su estructuración como Estado nación. Ello ha sido plasmado en la propia Constitución Nacional de 1853, receptando el anhelo de Juan Bautista Alberdi, quien un año antes había hecho célebre su frase: “Gobernar es poblar”³³.

El artículo 25 de la Carta Magna determina lo siguiente: “El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes”.

En este orden de ideas, el preámbulo de la Constitución extiende los derechos de libertad, bienestar general y justicia para “todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”. Es decir que ya desde allí se tiene presente

32 *Cfr.* Organización de Estados Americanos. *Tercer Informe del Sistema Continuo de Reportes sobre Migración Internacional en las Américas (SICREMI-2015)*, OEA/Ser.D/XXVI.2.3, p. 69, disponible en http://www.migracionoea.org/images/sicremi/SICREMI_SPANISH_web.pdf (acceso 5/10/2017).

33 Alberdi, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, La cultura argentina, Buenos Aires, 1915, p. 14.

a las personas migrantes como seres humanos pasibles de adquirir derechos y contraer obligaciones, mientras el Estado será el garante de ello. El texto constitucional, en el artículo 20, declara que el extranjero goza de amplios derechos civiles, como el derecho a ejercer su profesión, a comerciar, a la libertad de expresión y religión, y el de entrar y salir libremente del territorio³⁴.

Como lo señala Lucila Brisnikoff³⁵, la primera Ley inmigratoria de la Argentina se dictó en 1876, N° 817³⁶; fue conocida como Ley Avellaneda y su principal objetivo era atraer migrantes para contribuir a la población de todo el territorio argentino. Esta norma distinguía las categorías de viajero y de migrante, quien venía a establecer su vida de forma permanente en el país. No se consideraba otra alternativa. A su vez, el Estado argentino concedía distintos beneficios para los migrantes ultramarinos, ofreciendo un futuro prometedor.

La citada autora recuerda que a partir de la sanción de la Ley Avellaneda, en contadas oportunidades se discutió el rol de la inmigración en el marco de una sesión parlamentaria. Efectivamente, desde 1902, con la Ley de Residencia se estigmatiza al migrante “indeseable” y se lo condena a la deportación; en 1910, la Ley de Defensa Social, N° 7029³⁷, completa esta sanción y da atribuciones al Poder Ejecutivo para deportarlo sin ninguna intervención judicial.

34 *Cfr.* Brisnikoff, Lucila. “Lineamientos generales de la cuestión migratoria en la Argentina: el derecho humano a migrar”, en *Revista Jurídica UCES* N° 18, Buenos Aires, 2014, p. 187.

35 *Cfr. Ibid.*, p. 187.

36 Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina, el 19 de octubre de 1876.

37 Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina, el 8 de julio de 1910.

Con posterioridad a esta Ley, principalmente a partir de 1960, se dictaron una serie de decretos y resoluciones donde se incluyen distinciones como la ilegalidad por ingreso y la ilegalidad por permanencia, especificando criterios de admisibilidad y fragmentando las categorías de permanencia (transito vecinal, fronterizo, transitorio, precario, temporario y permanente), complejizando los requisitos (más documentación personal con sellados varios y contrato de trabajo celebrado ante escribano público) y estableciendo inhabilidades (relativas a la capacidad laboral y a la capacidad de integración a la sociedad temporaria). Paralelamente a estas restricciones, que obstaculizan la regularización de la residencia de migrantes limítrofes, se observa la creciente delegación del poder policial en las instancias administrativas³⁸.

Llegamos finalmente al año 1981, cuando el entonces presidente de facto – general Jorge Rafael Videla– dicta la Ley General de Migraciones y del Fomento de la Inmigración, N° 22.439³⁹). A pesar de su pomposo y llamativo nombre, esta norma implementó el ejercicio de un control de permanencia de la inmigración en el país, con un rol casi pleno por parte del Poder Ejecutivo a través de la DNM, sin contar con la intervención del Poder Judicial ni con garantías de debido proceso para la persona migrante, colocándola en situación de vulneración social.

Esta norma partía de una concepción del extranjero en general y de las personas migrantes en particular, como una amenaza a la seguridad nacional. Es por ello que imponía restricciones para el ingreso y admisión; además, supeditaba sus derechos a

38 *Cfr.* Pacecca, María Inés y Courtis, Corina. “Inmigración contemporánea en Argentina: dinámicas y políticas”, CEPAL-CELADE, *Serie: Población y Desarrollo*, N° 84, pp. 41 y 42, citado por Brisnikoff, Lucila. “Lineamientos generales de la cuestión migratoria”, p. 188.

39 Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 27 de marzo de 1981.

su situación migratoria. Asimismo, otorgaba amplios márgenes de discrecionalidad a las autoridades migratorias para disponer la expulsión de personas. Eso produjo que un gran número de migrantes se instalaran en el país sin una residencia formal y se multiplicaran los mecanismos de persecución por parte de las distintas agencias gubernamentales.

Como lo señaló el informe elaborado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), al permanecer en situación migratoria irregular las personas migrantes veían restringido el acceso a diversos derechos humanos en razón de las desigualdades que preveía la propia normativa. El derecho a la salud por ejemplo, sin negarse expresamente, en caso de migrantes sin residencia regular en general se limitaba a la atención sanitaria de emergencia. De igual modo, el acceso a la educación de niños y niñas migrantes sin residencia regular se limitaba al nivel de educación primaria; para estudios secundarios, terciarios o universitarios se exigía tener una residencia legal en el país (artículo 102 de la Ley 22.439). Estos derechos a la salud y a la educación, se veían aún más restringidos que otros fundamentalmente por dos circunstancias.

En primer lugar, porque le imponía a los empleados y funcionarios públicos –con especial énfasis en el ámbito de la salud– la obligación de actuar como agentes de control migratorio: debían solicitar el Documento Nacional de Identidad argentino y, en caso de irregularidad, denunciar a la persona ante la DNM; a raíz de estas denuncias se iniciaban procedimientos de expulsión. En segundo término, la irregularidad migratoria de los padres impactaba en el acceso a la educación de sus hijos e hijas; incluso en aquellos casos en que, por haber nacido en el país, tuvieran nacionalidad argentina. Con el argumento

de la irregularidad migratoria de sus padres, en ocasiones se restringía el ingreso a la educación a niños y niñas o se impedía su continuidad una vez habían ingresado ya al sistema⁴⁰.

En cuanto al procedimiento de expulsión, establecido en los artículos 37 a 41, implicaba la prohibición de reingresar al país de manera permanente; en el caso de incumplir con tal orden administrativa el artículo 46 preveía una pena de prisión de tres meses a un año, con la posibilidad de agravarse. Los distintos tipos de migrantes resultaban pasibles de ser expulsados, tanto por una irregularidad administrativa como por contar con una causa penal. La normativa no preveía la posibilidad de acceder a un recurso judicial luego de agotar la vía administrativa, ni el derecho de ser oído y contar con asistencia jurídica⁴¹. Más aún, se asignaba al Poder Ejecutivo la facultad de decretar la expulsión y disponer la detención del migrante, sin intervención alguna de la justicia (artículos 39 y 40).

La Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, en 2001 describía diversos problemas en la tramitación de la residencia ante la DNM: la exigencia de requisitos no incluidos en la legislación migratoria, así como de documentación y certificaciones costosas; las “inhabilidades” migratorias establecidas por vía reglamentaria; la falta de información y asistencia jurídica al migrante; las excesivas e injustificadas demoras en la tramitación de los expedientes; la exigencia de producción de pruebas imposibles; la ausencia de un sistema de exención del pago de tasas migratorias; la falta de información sobre los recursos administrativos; la ausencia de notificación

40 Cfr. Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Niñez, migraciones y derechos humanos en Argentina. Estudio a 10 años de la Ley de Migraciones*, Buenos Aires, 2013, pp.

41 Cfr. Brisnikoff, Lucila. “Lineamientos generales...”, p. 189.

fehaciente; la exigencia de una tasa para la interposición de recursos de reconsideración; y detenciones y expulsiones sin mediar control judicial alguno. Esas eran algunas de las arbitrariedades que por fuera de toda legalidad y con base a una práctica administrativa sistematizada, que funcionaban como mecanismos que reducían a las personas a meros objetos de un procedimiento burocrático que las excluía como sujetos de derecho, mermando sus posibilidades de defenderse frente a las decisiones que recaían sobre ellos⁴².

IV. La sanción de la Ley nacional de migraciones y su reglamentación

Luego de mucha discusión en los ámbitos académicos y de la sociedad civil, junto a un sinnúmero de acciones judiciales con resultados dispares tanto en el ámbito nacional como interamericano⁴³, finalmente –en diciembre de 2003– el Congreso Nacional aprobó la mencionada Ley de Nacional de Migraciones, N° 25.871, la cual entró en vigencia a partir de su publicación el 21 de enero de 2004 y fue reglamentada mediante Decreto PEN N° 616/2010⁴⁴.

En el debate parlamentario en el Senado de la Nación quedó expresado claramente que el objetivo de la ley y, en consecuencia, de la política migratoria que allí se establece es la

42 *Cfr.* Resolución N° 2840/01 de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires.

43 CIDH. *Juan Carlos De la Torre*. Argentina, Informe N° 85/11, Petición N° 12.306, solución amistosa, 21 de julio de 2011.

44 PEN: Poder Ejecutivo Nacional. Publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina el 6 de mayo de 2010.

“integración de los extranjeros en un plano de igualdad con los nacionales y la eliminación de toda forma de discriminación, racismo y xenofobia. En el artículo 4° se establece que el derecho a la migración es esencial e inalienable de las personas y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de la igualdad y diversidad. Y así sucesivamente los distintos artículos vienen a conformar una ley que sustituiría a otra de la dictadura. La última ley que se dictó en la Argentina sobre las migraciones es del año 1981, durante la dictadura militar. Y la ley de un gobierno constitucional civil anterior fue de 1876, en tiempos de Avellaneda. Es decir, con esta nueva legislación nos ponemos a tono con estas demandas que tienden a elaborar una política poblacional en la Argentina, a destruir mitos, xenofobias y prejuicios. La Argentina necesita cubrir sus espacios vacíos. Y esta ley de alguna manera trata de lograrlo”⁴⁵.

Estos objetivos quedaron plasmados en el artículo 3 de la nueva norma que, en lo que acá interesa, establece: a) dar cumplimiento a los compromisos internacionales de la República en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes; b) garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar; c) promover la integración en la sociedad argentina de las personas que hayan sido admitidas como residentes permanentes; d) asegurar a toda persona que solicite ser admitida en la República Argentina de manera permanente o temporaria, el goce de criterios y procedimientos de admisión no discriminatorios en términos de los derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, los convenios bilaterales vigentes y las leyes; y e) promover y difundir las obligaciones, derechos y garantías de los migrantes, conforme a lo establecido en la Constitución Nacional, los compromisos internacionales y las leyes, manteniendo en alto su tradición humanitaria y abierta con relación a los migrantes y sus familias.

45 Intervención del senador Antonio Francisco Cafiero. 41° reunión, 21° sesión ordinaria, Cámara de Senadores de la Nación, versión taquigráfica, 17 de diciembre de 2003, p. 67.

La Ley reafirma también ciertos principios constitucionales y supranacionales, como el carácter “esencial e inalienable” del derecho a la migración y el deber del Estado argentino de garantizarlo sobre la base de los “principios de igualdad y universalidad” (artículo 4); el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social (artículo 6); y el reconocimiento de los derechos a la educación y a la salud para todas las personas, prohibiendo expresamente su negación o restricción por cualquier irregularidad migratoria (artículos 7 y 8).

En el marco procesal de control migratorio, detención y expulsión de migrantes, la norma prevé disposiciones que aseguran las garantías de debido proceso, en especial en materia de expulsión.

La norma prevé, en sus artículos 74 y siguientes, una instancia de revisión administrativa y judicial cuando: a) se deniegue la autorización o la permanencia de un extranjero; b) se cancele la autorización de residencia permanente, temporaria o transitoria; c) se conmine a un extranjero a hacer abandono del país o se decrete su expulsión; y d) se resuelva la aplicación de multas y cauciones o su ejecución. Asimismo, establece que la interposición de recursos administrativos o judiciales suspenderá la ejecución de la medida dictada, hasta tanto la misma quede firme (artículos 82).

El artículo 86 garantiza el derecho de defensa del migrante, al determinar que:

“Los extranjeros que se encuentren en territorio nacional y que carezcan de medios económicos, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos

administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino. Además, tendrán derecho a la asistencia de intérprete/s si no comprenden o hablan el idioma oficial. Las reglamentaciones a la presente, que en su caso se dicten, deberán resguardar el ejercicio del Derecho Constitucional de defensa”.

La reglamentación de la Ley, efectuada mediante Decreto PEN N° 616/2010, profundizó la garantía legal al establecer lo siguiente: “La DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES, ante el planteo que efectúe un extranjero, dará inmediata intervención al MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA, disponiendo la suspensión de cualquier trámite y de los plazos en curso en las actuaciones administrativas, hasta que el referido Ministerio tome intervención o el interesado reciba la asistencia jurídica necesaria para la salvaguarda de sus intereses”.

Finalmente, en materia de retención, la Ley establece que dicha medida cautelar debe ser requerida por el órgano administrativo al juez competente, una vez que se encuentre firme y consentida la expulsión del extranjero (artículo 70).

V. Asistencia jurídica a las personas migrantes

El cambio de paradigma respecto del tratamiento de las personas migrantes fijado en la nueva normativa, impulsaron iniciativas en el Ministerio Público de la Defensa de la Nación. En 2008, a través de la Resolución N° 1858/08, se creó en el ámbito de la Defensoría General de la Nación (en adelante, DGN) la Comisión del Migrante (en adelante, CM), con el objeto de dar respuesta a las problemáticas de esta población; principalmente, aquellas relacionadas con el trámite de expulsión de las personas condenadas, el acceso a un intérprete o traductor, y brindar

asesoramiento en la materia para prevenir situaciones de conflicto con la ley. Ello, basado en los principios del derecho internacional de los derechos humanos, que ha reconocido el derecho de los migrantes a la más amplia protección en pos de evitar todo tipo de discriminación, marginación y vulneración.

Con motivo de la intervención obligatoria del Ministerio Público, dispuesta en el Decreto reglamentario de la nueva norma, la DGN estructuró un sistema de defensa en sede administrativa ante la DNM y judicial ante la justicia federal, donde distribuyó dicha competencia entre la CM y las defensorías públicas oficiales que actúan ante la justicia federal⁴⁶.

Desde el 2008 –cuando se estableció– hasta diciembre de 2016, la CM asistió a un total de 5,181 migrantes; mientras, la Defensoría Pública Oficial que interviene el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, representó a 601 migrantes en los procesos judiciales de impugnación de las órdenes de expulsión y/o retención⁴⁷.

A pesar de contar con un nuevo marco normativo y reglamentario protectorio de los derechos de las personas migrantes, conforme los estándares interamericanos, con el correr del tiempo se fueron observando y denunciando una serie de vacíos legales e interpretaciones, tanto en aspectos procesales como referidos a los propios objetivos de la ley, que resultan restrictivos y vulneran los derechos al acceso a la justicia y al debido proceso de este colectivo de personas vulnerables.

46 Las opiniones consultivas 16/99 y 18/03 de la Corte IDH, fueron el fundamento para el dictado de las resoluciones DGN N° 1336/10, 569/11 y 1246/14.

47 Datos aportados por la CM y por la Defensoría Pública Oficial ante los juzgados federales de Ejecuciones Fiscales Tributarias, en virtud de la competencia asignada por las Resoluciones DGN N° 1336/10, 569/11 y 1246/14, para la elaboración del Informe anual 2016 del Ministerio Público de la Defensa de la Nación en proceso de elaboración.

Muchas de estas cuestiones fueron resueltas jurisprudencialmente y otras se encuentran en estudio por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN). A continuación, se incluye una reseña de los principales cuestionamientos efectuados en materia de acceso a la justicia y del derecho de defensa de los migrantes.

1. Alcance limitado de la revisión judicial de las decisiones administrativas de expulsión

Una de las primeras cuestiones procesales que se objetó judicialmente fue el alcance de la revisión jurisdiccional contemplada en el artículo 84 de la Ley de Migraciones, que establece lo siguiente: “Agotada la vía administrativa a través de los Recursos de Reconsideración, Jerárquico o Alzada, queda expedita la vía recursiva judicial. El plazo para la interposición del respectivo recurso, será de treinta (30) días hábiles a contar desde la notificación fehaciente al interesado”.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (en adelante, CNACAF) consideró –sin señalar norma alguna que expresamente vedara la apelación– que el remedio judicial previsto en la referida Ley 25.871 permitía la revisión de lo actuado en sede administrativa en una única instancia jurisdiccional, que se agotaba con la intervención de los Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo o de los Juzgados Federales del Interior. En ese sentido, aclaró que el término “recurso” revelaba la voluntad del legislador de establecer un sistema de revisión judicial abreviado, limitado a la intervención del Juzgado de Primera Instancia, con exclusión de la competencia revisora atribuida a la Cámara Federal de Apelaciones del Fuero.

La CSJN, a instancia de la defensa pública, dictó sentencia en el caso “Ojeda Hernández”, donde determinó la apelabilidad de la sentencia que controla los actos de la administración pública. Para fundamentar su decisión, el alto tribunal sostuvo que

“el régimen normativo de que se trata solo prevé el criterio de inapelabilidad del fallo de primera instancia –en términos expresos e inequívocos para el supuesto de la resolución que decida un pedido de pronto despacho ante la mora de la administración (art. 85, primer párrafo, *in fine*). En cambio, el ordenamiento no contiene una norma expresamente restrictiva que impida a la cámara conocer, como natural tribunal de alzada, respecto de las sentencias definitivas dictadas por los jueces de primera instancia que llevan a cabo originariamente el control judicial sobre los actos jurisdiccionales cumplidos por la administración en el marco del citado ordenamiento (art. 84) [...] al resolver como lo hizo, la cámara interviniente confirió a las disposiciones de la mentada ley una interpretación que es constitucionalmente insostenible, pues es fruto de una inteligencia del texto normativo que importaría la inconsecuencia o imprevisión del legislador, que no cabe suponer según el conocido principio interpretativo reconocido por esta Corte (Fallos: 330:1910 y sus citas). Además de que desvirtúa y vuelve inoperante la facultad reconocida, en el citado art. 242, a todo sujeto procesal que litiga en condición de parte, de apelar por ante la segunda instancia ordinaria el fallo definitivo dictado por el juez de grado, defecto hermenéutico que equivale a haber decidido en contra o con prescindencia de los términos del texto normativo”.

La CSJN aprovechó la oportunidad para indicar que “los defectos del pronunciamiento que canceló arbitrariamente la apertura de la jurisdicción apelada de la cámara afectan de modo directo e inmediato la garantía constitucional de defensa en juicio

que asiste al recurrente (art. 15 de la ley 48), en la medida en que si bien la doble instancia en procesos como el presente no tiene raigambre constitucional, adquiere esa condición cuando las leyes específicamente la establecen (Fallos: 310:1424; 313:1267; 315:698 y 322:3241)”⁴⁸.

2. Representación de las personas migrantes en sede judicial

Una situación que se plantea habitualmente al momento de interponer la acción de revisión judicial prevista en el artículo 84 de la Ley de Migraciones, es la incomparecencia del migrante y la imposibilidad de dar con su paradero; por ello, a efectos de evitar el vencimiento del plazo con la consiguiente preclusión de la etapa procesal, en diversas ocasiones el defensor público oficial interpone la acción sin la firma de la persona migrante asistida, lo cual es cuestionado por la DNM en el momento procesal de su intervención.

Cabe recordar que la Ley de Migraciones, N° 25.871, en su artículo 86 determina: “Los extranjeros que se encuentren en territorio nacional y que carezcan de medios económicos, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino”. Dicha función se asigna al Ministerio Público de la Defensa (Decreto N° 616/2010).

En otro orden, la reciente Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa, N° 27.149⁴⁹, en su artículo 42, incisos a) y e),

48 CSJN. *Ojeda Hernández, Luis Alberto - Causa N° 2739/12 (O.133 XLVIII)*, sentencia del 10 de julio de 2014.

49 Publicada en el Boletín Oficial, el 18 de agosto del 2015.

establece entre los deberes y las atribuciones de los defensores públicos oficiales el ejercicio del patrocinio y la representación “en juicio como actor o demandado, en los distintos fueros, de quien invoque y justifique limitación de recursos para afrontar los gastos del proceso, situación de vulnerabilidad o cuando estuviere ausente y fuere citado por edictos”, así como arbitrar “los medios para hallar al demandado ausente”.

Puede observarse que conforme la normativa citada, el delegado del Ministerio Público de Defensa se encuentra obligado a ejercer la defensa y la representación de quienes se encuentren ausentes; también debe arbitrar los medios para hallar a los demandados ausentes. Es por ello que la CNACAF, en reiteradas oportunidades ha rechazado la objeción procesal planteada por el Estado.

En tal sentido, este tribunal ha expresado que negarle validez a dichas presentaciones implicaría un excesivo rigor formal que traería como consecuencia un agravio al derecho de defensa, toda vez que se impediría el acceso a un proceso judicial provocando una violación de la garantía del debido proceso legal, consagrada tanto en la Constitución nacional como en los instrumentos internacionales con igual jerarquía (artículo 75 inc. 22 de la CN). Ello es así,

“máxime cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por el riesgo de la persona a ser deportada o privada de su libertad cuando acude a las instancias administrativas o judiciales, y por la negativa de la prestación de un servicio público y gratuito de defensa legal a su favor, se le impide que se hagan valer los derechos en juicio, siendo un deber del Estado garantizar que el acceso a la justicia sea efectivo, no sólo formal sino real (cfr. Corte IDH, OC-18/03,

párr. 126). En el sub lite, si bien el Estado ha arbitrado los medios para que el migrante cuente con asistencia legal, la incorrecta forma de presentación procesal y el excesivo rigorismo formal que se advierte en la resolución apelada traería como consecuencia la frustración de un derecho humano de las personas migrantes⁵⁰.

3. Violación al derecho de defensa, de ser oído y del debido proceso

La falta de información clara sobre el derecho a la asistencia letrada gratuita en la instancia administrativa (artículo 86 Ley de Migraciones y Decreto reglamentario), conlleva la vulneración del derecho de defensa y del debido proceso. La información proporcionada por la DNM en la notificación de la orden de expulsión, no resulta comprensible por aquellas personas que desconocen el articulado legal y no informa sobre la posibilidad de intervención del Ministerio Público de la Defensa.

En este sentido, se objetó el alcance limitado concedido por la DNM a los recursos contra órdenes de expulsión interpuestos extemporáneamente por los migrantes. En estos casos, el órgano administrativo migratorio tramita dichos recursos como denuncias de ilegitimidad cuya consecuencia inmediata es la imposibilidad de revisar judicialmente la decisión que allí se adopte, por no encontrarse habilitada la instancia conforme lo establece la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549.

50 CNACAF. *Diop Matar, Elhadji c/ EN – M. Interior – DNM s/ Recurso directo DNM*, Sala V, expediente N° 30.016/2014, sentencia del 31 de marzo de 2016; y CNACAF. *Chein Alvarado, Errol James c/ EN – M. Interior – DNM s/ Recurso directo DNM*, Sala I, expediente N° 8173/2014, sentencia del 13 de septiembre del 2016.

Se encuentran a estudio de la CSJN, entre otros, el caso “Peralta Valiente”⁵¹ en el cual el procurador fiscal ante el alto tribunal ha dictaminado que “al interpretar el alcance de los requisitos de la habilitación de la instancia judicial para revisar la legalidad y la razonabilidad de actos administrativos en materia migratoria, por las especiales características de los derechos fundamentales en juego, debe partirse de la adecuada ponderación de las exigencias particulares que imponen las garantías constitucionales de debido proceso y protección judicial en este ámbito (arts. 18 y 75, inc. 22, Constitución Nacional y, en especial, arts. 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”.

En cuanto al control judicial de los procedimientos de expulsión de migrantes, el procurador fiscal recuerda que

“la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a cuya jurisprudencia cabe acudir con el objeto de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Fallos: 333: 1657, ‘Videla Jorge’, considerando 8 y su cita), ha reafirmado el derecho de toda persona a recurrir todas las decisiones finales que se adopten en el marco de procesos migratorios, especialmente aquellas que ordenen la expulsión

51 “Peralta Valiente, Mario Raúl c/ EN -M Interior - DNM si Recurso Directo DNM”, Expte. N° CAF 38158/2013/2/RH1, dictamen de fecha 26/4/2016. Ver asimismo “Taboada Ortiz, Víctor c/ EN - M Interior -DNM- Disp 699/12 s/ Recurso Directo DNM”, Expte. N° CAF 1004/2013/1/RH1, dictamen de fecha 18/5/2016; “Torres Miraval, Rolando Francisco c/ EN - M Interior - DNM s/ Recurso Directo DNM”, Expte. N° CAF 37375/2013/2/RH1, dictamen de fecha 27/6/2016; “Mabuza Moses / Estado Nacional – DNM – Disp. 578/12 (Expte. 149957/10) s/ Recurso directo DNM”, Expte. N° CAF 22786/2012/1/RH1, dictamen de fecha 6/9/2016; “Flores Burga, Raúl Eduardo c/ Estado Nacional – Ministerio del Interior - Disp 926/11 (expte. 2399594/07) s/ Recurso directo para juzgados”, Expte. N° CAF 16728/2011/CA2, dictamen de fecha 3/10/2016. Disponibles en <http://www.mpf.gob.ar/#buscador> (acceso 27/10/2017).

o denieguen un permiso de ingreso o permanencia. Destacó que ‘en caso de que la decisión fuera adoptada por la autoridad administrativa, la revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan los derechos fundamentales’ (Opinión Consultiva OC-21114, 19 de agosto de 2014, párrafo 140; ‘Caso Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana’, sentencia de 24 de octubre de 2012, párrafo 175; ‘Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia’, sentencia del 25 de noviembre de 2013, párrafo 133)”.

Y agrega que

“al realizar el control de actos de esa naturaleza, sin perjuicio de que la fijación de plazos para la interposición de recursos administrativos favorece la seguridad jurídica y la estabilidad de las decisiones de los organismos públicos, el juez debe verificar con especial cuidado si la autoridad migratoria ha dado estricto cumplimiento a las garantías mínimas que requiere un procedimiento de esta índole, antes de limitar el alcance de la revisión judicial. Al respecto, la Corte Suprema ha sostenido que el artículo 8, inciso 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagra el derecho a ser oído con las debidas garantías y que el carácter administrativo del procedimiento no puede erigirse como óbice para la aplicación de los citados principios, pues en el Estado de Derecho toda actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal, en tanto ‘es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar soluciones justas, no estando la administración excluida de cumplir con ese deber’ (Fallos: 335:1126, ‘Losicer’, y sus citas)”.

Sobre el contenido de la garantía del debido proceso en la esfera de los procedimientos migratorios,

“la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que ‘en ciertos casos en que las autoridades migratorias toman decisiones que afectan derechos fundamentales, como la libertad personal, en procedimientos tales como los que puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos administrativos o judiciales sancionatorios sin respetar determinadas garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención y son aplicables en lo que corresponda. En este sentido, coinciden órganos internacionales de protección de los derechos humanos’ (‘Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia’, sentencia del 25 de noviembre de 2013, párr. 132; en igual sentido, Opinión Consultiva OC-21114, párr. 112; Fallos: 330:4554, ‘Zhang’, considerando 8°). A su vez, puntualizó que, como consecuencia del desequilibrio procesal en el que se encuentra el migrante ante la autoridad migratoria para desarrollar una defensa adecuada de sus intereses, deben reforzarse ciertas garantías básicas de defensa en juicio (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999, párr. 119; en sentido coincidente, en sentido similar Acordada CSJN 5/2009 del 24 de febrero de 2009, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, capítulo 1, sección 2da, apartado 6)”.

En su dictamen, el procurador fiscal analiza el alcance del derecho a ser oído a la luz de la jurisprudencia nacional e interamericana. Señala que en particular,

“en el marco de un proceso administrativo disciplinario, la Corte Suprema ha señalado que es indispensable que el particular haya sido notificado en sede administrativa de la existencia de las actuaciones iniciadas en su contra y se le brinde la oportunidad de ser oído (dictamen de la Procuración General de la Nación al que remitió la Corte en el precedente registrado en Fallos: 324:3593, ‘Castro Veneroso’, entre otros). Ese derecho a ser oído, conforme lo prevé el artículo 1, inciso f, apartado 1, de la ley 19.549, comprende la posibilidad de hacerse patrocinar y representar profesionalmente en sede administrativa, representación que debe ser letrada cuando se debaten cuestiones jurídicas. Específicamente en materia migratoria, el derecho a ser oído se encuentra consagrado en el artículo 86 de la ley 25.871[...]. En relación con la garantía de defensa en juicio y la asistencia letrada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó que el derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso y no simplemente como objeto del mismo, y que los literales d y e del artículo 8.2 establecen el derecho de ser asistido por un defensor. Además, ha señalado que ‘las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso’ (...) [y] que, en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso’. (‘Caso Vélez Loor vs. Panamá’ cit., párrafos 145 y 146)”.

De este modo, concluye que “la falta de la efectiva asistencia jurídica legalmente prevista implicó que el recurrente quedara

expuesto a una situación de indefensión que la ley especial trata de evitar en una materia tan delicada como la migratoria, en función de los derechos fundamentales comprometidos”.

4. Dictados de órdenes de retención sin observar el carácter suspensivo del recurso contra la orden de expulsión establecido en la norma

La Ley de Migraciones prevé un régimen de recursos, tanto administrativos como judiciales, cuando se deniegue la admisión o la permanencia de un extranjero; se cancele la autorización de reincidencia permanente, temporaria o transitoria; se conmine a un extranjero a hacer abandono del país o se decrete su expulsión; y se resuelva la aplicación de multas y cauciones o su ejecución (artículo 74).

A efectos de evitar que la resolución del recurso por parte de la administración o de la justicia se torne abstracta por extemporánea, la norma establece claramente en su artículo 82 que: “La interposición de recursos, administrativos o judiciales, en los casos previstos en el artículo 74, suspenderá la ejecución de la medida dictada hasta tanto la misma quede firme”.

Es por ello que, para solicitar a la autoridad judicial competente que ordene la retención de un extranjero, se exige que la orden de expulsión dictada por el órgano administrativo se encuentre “firme y consentida” (artículo 70, primer párrafo); ello significa que deben haberse resuelto todos los planteos y recursos, tanto administrativos como judiciales, que se hubiesen interpuesto. Solo en casos excepcionales y “cuando las características del caso lo justificare”, la DNM podrá solicitar a la justicia la retención del extranjero cuando la orden de expulsión no se encuentre firme (artículo 70, segundo párrafo).

Como puede observarse, existen dos procesos paralelos diferenciados: por un lado, tramita la orden de expulsión y los recursos administrativos y judiciales que se interpongan contra esta; y por otro, el requerimiento de retención formulado a la autoridad judicial. Esta duplicidad procesal permite que, en reiteradas ocasiones, la DNM requiera a la justicia el dictado de una orden de retención sin advertir al juzgador la existencia de recursos administrativos o judiciales pendientes de resolución. Tampoco se observa, en estas actuaciones, que las autoridades judiciales certifiquen la inexistencia de otros expedientes donde tramiten impugnaciones o recursos a dicha orden de expulsión.

En virtud de esta desinteligencia del sistema, es que en la mayoría de los casos –por no afirmar que en su totalidad– es el propio extranjero o su defensa quien pone en conocimiento del juez que dicta la orden de retención, la existencia del trámite recursivo con su correspondiente efecto suspensivo. Lo que agrava el cuadro de situación es que, en reiteradas ocasiones, el migrante toma conocimiento de la orden emitida por el juez cuando es efectivamente retenido a pesar de no encontrarse firme la orden de expulsión, lo cual vulnera su derecho a transitar el derrotero del trámite recursivo en libertad.

Son muchos los planteos judiciales que se han efectuado al respecto, que llevaron a que tres de las cinco salas de la CNACAF fallaran suspendiendo la orden de retención por entender que los recursos administrativos –incluso los interpuestos extemporáneamente (denuncia de ilegitimidad)– y los recursos judiciales suspenden las órdenes de expulsión hasta tanto se dicte sentencia firme.

En la CSJN se encuentra a estudio el caso “Peralta Valiente”, en el cual ha dictaminado el procurador fiscal ante el alto tribunal en igual sentido que la CNACAF, sosteniendo que

“Ante todo, corresponde señalar que el artículo 82 de la ley 25.871 dispone que la interposición de recursos, administrativos o judiciales, en los casos previstos en el artículo 74, tiene por efecto directo la suspensión de la ejecución de la medida dictada hasta tanto la misma quede firme. En ese contexto, cabe recordar que ‘la circunstancia de que se encuentre por ante el Máximo Tribunal el recurso de queja por apelación extraordinaria denegada, aun cuando éste se halle suspendido, impide considerar que se encuentre firme la decisión cuestionada en aquella oportunidad’ (apartado III del dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte, al que remitió la Corte en Fallos: 330:4103, ‘García’). El citado dictamen explicó, en aquél (sic) caso, que la adjudicación del carácter firme al pronunciamiento impugnado sólo se alcanza una vez que se arriba a la decisión final de la causa, esto es, con la actuación de la Corte Suprema (Fallos: 330:4103, ‘García’, cit.)”⁵².

5. Omisión de considerar el derecho a la reunificación familiar

La práctica de expulsiones o deportaciones de personas con vínculos familiares en el país de destino, es una de las situaciones que plantea con mayor claridad la tensión entre el poder soberano para determinar quiénes pueden ingresar o permanecer en su territorio, y las obligaciones de los Estados a proteger a la familia y a la niñez. La protección del derecho a la vida familiar y del interés superior del niño y la niña requieren de los Estados la realización de un balance entre el ejercicio de las potestades antes mencionadas, con el derecho a respetar y proteger la vida familiar; en particular, en las situaciones en que los

52 *EN -DNM- Disp. 40387/07 (expte. 198258/88) en Peralta Valiente Mario Raúl s/ recurso directo para juzgados*, expediente N° 8965/2008/2/RH2, dictamen del 26/4/2016.

procedimientos de expulsión o deportación pueden representar una injerencia arbitraria al respecto de la vida familiar y al interés superior del niño y la niña⁵³.

Se destaca la necesidad de garantizar la primacía del instituto de la reunificación familiar en un sentido amplio y no formalista, de modo de hacer efectiva la dispensa prevista en la propia Ley de Migraciones.

En el párrafo final del artículo 29 de la misma se establece que la DNM, “previa intervención del Ministerio del Interior, podrá admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, en el país den las categorías de residentes permanentes o temporarios, mediante resolución fundada en cada caso particular, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo”.

Así, en diversos casos se insistió en la necesidad de valorar los preceptos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, para evitar la desmembración familiar y garantizar el principio de no separación del niño y la niña de sus padres, en contra de su voluntad.

Recientemente, la CNACAF falló en los casos “Barrios Rojas”, “Da Vitoria” y “Céspedes Cruz”, donde por primera vez aborda el derecho a la reunificación familiar en procesos que pudieran culminar con la expulsión de extranjeros, expidiéndose en forma favorable a la pretensión de la actora.

En ese sentido, el tribunal entendió que en estos procesos de expulsión debe realizarse un test de razonabilidad de la medida dispuesta valorando para ello la fecha de llegada del migrante al país, el tiempo transcurrido desde la actividad delictiva, su reinserción en la sociedad a través del trabajo y la constitución de su grupo familiar, entre otros factores. Finalmente, una vez

53 *Cfr. CIDH. Movilidad humana. Estándares interamericanos*, párr. 346.

efectuado dicho test de razonabilidad entre el derecho humano a la unidad familiar con la norma que ordena la expulsión del país a quien ha cometido un delito, la CNACAF entendió y de ese modo falló –previo dictamen favorable del fiscal general– que no resultaba razonable la solución adoptada por la autoridad administrativa y en consecuencia revocó la sentencia de la instancia anterior, anulando la resolución del Ministerio del Interior que declaró irregular la permanencia y ordenó la expulsión de la actora del país⁵⁴.

Asimismo, el tribunal aclaró que “el término ‘podrá’ expresado en la norma; respecto de la autoridad administrativa debe entenderse como una facultad discrecional sin que se pueda asimilar discrecionalidad a irrazonabilidad. En otras palabras, lo discrecional debe ser razonable, y en el caso de autos, no lo es”⁵⁵.

6. Falta de motivación suficiente en los actos administrativos que disponen la expulsión del extranjero

Como se señaló en el punto anterior, la Ley de Migraciones –en su artículo 29, *in fine*– faculta a la autoridad administrativa

54 CNACAF, Sala I. *Céspedes Cruz Raquel c/ EN – M. Interior - Resol 715-11-DNM (Expte 808848/08) s/ Recurso directo para juzgados*, Expte. N° 43.01/2011, sentencia de fecha 1/9/2016. CNACAF, Sala V, *Barrios Rojas Zoyla Cristina c/ EN – DNM Resol 561/11 (Exp 2091169/06 (805462/95) y otro s/ Recurso directo para juzgados*, Sala V, Expte. N° 31968/2011, sentencia del 31 de marzo del 2015; y *Da Vitoria Rosicleia c/EN- DNM - Resol 1707 – (Expte. 215280/1998 y N° 211.489/00) s/ Recuso directo para juzgados*, Expte. N° 8075/2012, sentencia de fecha 10/3/2016. Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 8, *Benavides Aguilar Mabel Leidy C/EN – M° Interior- Resol 1072/11- DNM- Resol 87560/09 (Exp 242169/08) s/Recurso Directo DNM*, Expte N° 2728/12, sentencia dictada el 2/5/2016.

55 CNACAF. *Barrios Rojas*, Considerando X.

a hacer una excepción al impedimento de permanencia en el país por razones humanitarias o de reunificación familiar. En igual sentido, en el segundo párrafo del artículo 34 se establece lo siguiente: “Se podrá autorizar la entrada al país de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en la ley y su reglamentación, cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por la Argentina”.

El término “podrá” incluido en dichos artículos debe entenderse como una facultad discrecional de la DNM, sin que pueda asimilarse discrecionalidad a irrazonabilidad. Al igual que sucede con la dispensa con fundamento en la reunificación familiar, la DNM debe exponer los argumentos por los cuales rechaza las peticiones basadas en razones humanitarias, de interés público u otras.

Así lo ha determinado la jurisprudencia en reiteradas oportunidades, al ponderar que los actos administrativos dictados por la administración presentaban vicios en su causa y motivación, cuando las decisiones adoptadas no se basaron en los hechos y antecedentes expuestos en las actuaciones administrativas ni en el derecho aplicable y, por ende, no se expresaron en forma concreta las razones que indujeron a la autoridad de aplicación para emitir esas decisiones⁵⁶.

La justicia ha sido enfática en este punto, al determinar que

“la dispensa prevista en el artículo 29, última parte, de la ley 25.871 ‘es una facultad propia y discrecional de la administración, derivada de la reconocida soberanía del Estado

56 *Cfr.* CNACAF. Sala I, “*Rodríguez Buena, Raúl c/ EN- M° Interior- DNM S/ Recurso Directo DNM*”, Expte. N° 22.428/2012, sentencia del 9/6/2016.

Nacional’, que –en términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos– ‘debe ser efectuada de conformidad con las leyes reglamentarias de cada Estado’ y debe ser ‘compatible con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana’. Por tanto, la administración debe realizar un juicio de ponderación razonable entre los intereses involucrados (causa ‘Velito Castillo’, sentencia del 13 de noviembre de 2014). Desde esa perspectiva, la interpretación que propone la Dirección Nacional de Migraciones acerca del artículo 29 de la ley, sosteniendo que ‘la simple constatación de cualquiera de los impedimentos prescriptos en el art. 29 de la ley 25.871 es suficiente para rechazar la solicitud del beneficio de residencia de los extranjeros’ (fs. 268), desprovista de mayores consideraciones, es inconsistente y no resulta apta para refutar adecuadamente la sentencia apelada dado que se funda en una exégesis desnaturalizadora de la norma que no armoniza con los principios diseñados por la ley migratoria. Dicha postura prescinde de la posibilidad de otorgar la dispensa ministerial consagrada en la última parte de la norma, tornándola totalmente inoperante y, en definitiva, negando al extranjero un derecho que, aunque revista carácter excepcional, la propia ley reconoce⁵⁷.

En este aspecto debe recordarse que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, a la hora de ponderar el derecho de una persona a permanecer en un Estado del que no es nacional con la facultad de un Estado a expulsarla, ha considerado los siguientes elementos: la edad que tenía el inmigrante no nacional cuando emigró al Estado recipiente; el tiempo de residencia en el país recipiente del inmigrante no nacional; los vínculos familiares del no nacional en el Estado recipiente; el alcance de las penurias que constituye

57 CNACAF. Sala I en autos “*Céspedes Cruz Raquel c/ EN – M. Interior - Resol 715-11-DNM (Expte. 808848/08) s/ Recurso directo para juzgados*”, Expediente. N° 43.01/2011, sentencia de fecha 1/9/2016.

la deportación del no nacional para su familia en el Estado recipiente; las contribuciones sociales del no nacional; el alcance de los vínculos del no nacional en su país de origen; el carácter y severidad del delito o delitos cometidos por el no nacional; la edad del no nacional en el momento que cometió el delito; el período transcurrido desde que el no nacional tuvo actividad delincuencia; pruebas de la rehabilitación del no nacional, con respecto a su actividad criminal; y los esfuerzos realizados por el no nacional para obtener la nacionalidad en el Estado recipiente⁵⁸.

7. Interpretación de las causas impedientes del ingreso y permanencia de extranjeros fijadas en el artículo 29 de la Ley de Migraciones

a. Presunción de inocencia en el caso de presentación de documentación presuntamente falsa (artículo 29, inciso a)

La Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, en el caso “Zhang, Peili”, resolvió revocar la sentencia de primera instancia, hacer lugar a la acción de amparo promovida y –en consecuencia– le otorgó la residencia permanente a la actora, por considerar que “el fundamento del rechazo no ostentaba entidad ni veracidad”⁵⁹.

58 *Berrehab vs. Países Bajos*, sentencia del 21/6/1988, N° 10730/84, párr. 23; TEDH. *Moustaquim vs. Bélgica*, sentencia del 19/2/1991, N° 12313/86; TEDH. *Nasri vs. Francia*, sentencia del 13/7/1995, N° 19465/92; TEDH. *Boughanemi vs. Francia*, sentencia del 24/4/1996, N° 22070/93, Rep. 1996-II, Fasc. 8, párr. 32; TEDH. *Bouchelkia vs. Francia*, sentencia del 1/1/1997, N° 230078/93; Comité de Derechos Humanos. *Stewart vs. Canadá*, N° 538/1993, párr. 12.10; Comité de Derechos Humanos. *Winata vs. Australia*, 16/8/2001, N° 930/00, entre otros, citado en CIDH. “*Movilidad humana. Estándares interamericanos*”, op. cit., párr. 364.

59 CFAMar del Plata, *Zhang Peili c/ Dirección Nacional de Migraciones s/ amparo ley 16.986*, Expediente N° FMP 081048271/2009, sentencia del 21 de septiembre

En el caso, la DNM había rechazado la solicitud de residencia permanente argumentando que la actora se encontraba comprendida en el impedimento establecido en el artículo 29, inciso a), de la Ley 25.871, por haber presentado documentación apócrifa; por ello canceló su residencia precaria, declaró irregular su permanencia en el país, ordenó su expulsión del territorio nacional y prohibió su reingreso por un plazo de ocho años. Sin embargo, del expediente administrativo surge que el ente correspondiente no tenía la certeza de que la documentación presentada por la actora fuera apócrifa, sino tan solo una mera presunción.

Llegado el caso a la CSJN se dispuso su remisión a la Procuración General de la Nación a efectos de que se sirviera emitir el respectivo dictamen, previo a la decisión del tribunal.

Así, el procurador fiscal ante la CSJN sostuvo que

“para tener por configurado el impedimento de permanencia previsto en el artículo 29, inciso a, se requiere la acreditación –en sede administrativa o judicial– del presupuesto fáctico que habilita su aplicación y no basta la existencia de meras presunciones [...] Cabe resaltar que, al tratarse de un documento público emitido por las autoridades consulares, es el propio Estado quien tiene dominio de la información y la posibilidad de acreditar la falsedad o veracidad de la documentación. Este criterio en materia probatoria adquiere mayor relevancia en el ámbito del procedimiento migratorio que puede derivar en la expulsión de una persona del país, desde que se ponen en juego derechos fundamentales de la persona tales como el derecho a la circulación y residencia y el derecho a la libertad personal (arts. 14 y 20, Constitución Nacional; y 7 y 22, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”.

El procurador fiscal recuerda que

“ya en 1967, la Corte Suprema ha sostenido, en el marco del rechazo de una solicitud de residencia permanente por configuración de un impedimento de permanencia, que para justificar una medida de tanta gravedad las decisiones administrativas no pueden basarse en meras afirmaciones o presunciones emanadas de datos poco concretos. Manifestó, además, que ‘el ejercicio de la atribución administrativa de permitir la radicación definitiva de extranjeros en el país no es absoluto y discrecional, al punto que pueda lesionar derechos amparados por la Constitución, y si ello ocurre es misión de los jueces acordar a esos derechos la tutela requerida por el interesado’ (Fallos: 268:393, considerando 60, ‘Argüello’)”.

Finalmente, concluye que

“la naturaleza de los derechos involucrados demanda que en procedimientos de esta índole deban respetarse las garantías del debido proceso, en especial, la presunción de inocencia (arts. 18, Constitución Nacional, y 8, inc. 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos). A su vez, deben reforzarse ciertas garantías básicas de defensa en juicio como consecuencia del desequilibrio procesal en el que se encuentra el migrante ante la autoridad migratoria para desarrollar una defensa adecuada de sus intereses (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999, párr. 119; acordada CSJN 5/2009 del 24 de febrero de 2009, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, capítulo 1, sección 2da, apartado 6)”⁶⁰.

60 “Zhang, Peili c/ Dirección Nacional de Migraciones si amparo ley 16.986», Expediente. N° FMP 81048271/2009/CS1, dictamen de fecha 27/4/2016.

b. Proporcionalidad de la pena o antecedente penal (artículo 29 inc. c)

El artículo 29 de la Ley N° 25.871 establece: “Serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional: c) Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más”.

Si bien la redacción del artículo parece clara a simple vista, la DNM y algunos tribunales federales realizan una interpretación literal y concluyen que el referido inciso regula un doble supuesto de extrañamiento por actividad delictiva. Por un lado, haber sido condenado o estar cumpliendo condena en Argentina o en el exterior, sin importar en este caso por qué monto o pena se haya verificado esa condena. Por el otro, tener antecedentes por los delitos allí referidos que merezcan para la legislación argentina una pena privativa de libertad de tres o más años; según este criterio, el legislador no ha establecido un piso mínimo de penalidades para quienes hubieran sido condenados en el país o en el exterior.

La CSJN, en el 2012 tuvo la oportunidad de resolver la cuestión en el caso “Granados Poma”⁶¹. Allí, el máximo tribunal hizo suyos los argumentos de la procuradora fiscal ante el mismo y, si bien rechazó la acción de amparo, realizó una interpretación del artículo 29, c). Así, luego de transcribir parcialmente el texto

61 CSJN. *Granados Poma, Héctor c/EN –DNM- Resol. 104.574/09 (Expte 2293077/07) s/amparo Ley 16.986, expte. N° G.206.XLVII.REX*, sentencia del 28 de agosto de 2012. Dictamen PGN de fecha 23/3/2012. (PGN: Procurador General de la Nación).

de esa norma al referirse a las causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al territorio nacional, la procuradora fiscal destacó expresamente como impedimento aplicable al caso resuelto por la CSJN “haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, [...] por delitos que merezca para la legislación argentina pena privativa de tres (3) años o más”.

En esta línea, entendió que el impedimento de permanencia en el país debía sustentarse en la condena por un delito de tres o más años de pena privativa de libertad. Ello así, por cuanto si fuera otra la interpretación propiciada directamente se habría transcrito la primera parte del artículo 29, c) de la Ley 25.871 –que señala “haber sido condenado o estar cumpliendo condena en la Argentina o en el exterior”– sin necesidad de agregar luego de los puntos suspensivos la exigencia de los tres años o más. Puede observarse, entonces, que el modo en que en el dictamen en cuestión se transcribe y divide el inciso, claramente fundamenta la interpretación de que el inciso c) de la Ley de Migraciones prevé un solo supuesto: el de los condenados y el de los antecedentes, requiriendo en ambos casos que se trate de delitos cuya pena sea de tres o más años.

En apoyo a esta interpretación se pueden esgrimir una serie de argumentos jurídicos que refuerzan y ratifican la conclusión señalada en el párrafo anterior⁶². En primer lugar, el hecho de que el legislador incluyó en un mismo supuesto los casos de condena y los antecedentes que según la reglamentación alcanza a la condena no firme y al procesamiento firme –artículo 29, primer

62 Los argumentos expuestos se encuentran plasmados en el recurso extraordinario federal interpuesto el 13 de agosto de 2015 por el defensor público oficial doctor Hernán de Llano en autos *Apaza León, Pedro Roberto c/ E.N. – D.N.M. – Disp. 2560/11- Exp. 39845/09 s/ recurso directo para juzgados*, folios 319 a 337 del expediente N° 46527/11.

párrafo del Decreto 616/2010— por lo que necesariamente debió fijar un parámetro general para todos los casos, tal como quedó plasmado en el texto sancionado.

Si según la interpretación que se critica alcanzara con la condena en Argentina sin distinción de pena, parecería entonces innecesaria la inclusión efectuada por el legislador como supuestos especiales de expulsión —entre otros— la condena por uso de documentación falsa del inciso g); la de haber sido condenado en Argentina o tener antecedentes por promover o facilitar, con fines de lucro, el ingreso, la permanencia o el egreso ilegales de extranjeros en el territorio nacional (artículo 29, inciso f); y la causal del inciso h) de haber sido condenado o tener antecedentes —en la Argentina o en el exterior— por haber promovido la prostitución, por lucrar con ella o por desarrollar actividades relacionadas con el tráfico o la explotación sexual de personas. Ello así por cuanto todos esos supuestos, en tanto implican condena o antecedente en suelo argentino por alguno de esos delitos, quedarían automáticamente incluidos en el inciso c).

Asimismo, la falta de conexión de la primera parte con el monto de la pena del final, eliminaría justamente el elemento que permite relacionar el término “condena” con un delito penal. De ese modo, se abriría una puerta a una ampliación irrazonable de la causal de expulsión allí prevista, desde el momento que la “condena” referida aparecería como un concepto procesal a priori no necesariamente vinculado a lo delictivo.

Más aún, afirmar que cualquier condena alcanza para la expulsión de un extranjero llevaría al absurdo de permitir el extrañamiento por la comisión de delitos culposos —por ejemplo, lesiones culposas— ya que la norma no diferencia entre estos y los dolosos. Esta circunstancia es a todas luces irrazonable, atendiendo a parámetros de proporcionalidad entre gravedad

del hecho y la consecuente sanción impuesta. Similar situación se plantea con delitos que, aun siendo dolosos, no contemplan penas privativas de libertad —el delito del artículo 204 quater del Código Penal, que prevé pena de multa— o que de contemplarlas —el delito de daño cuya pena mínima es de quince días— pueden ser insignificantes a la hora de justificar una medida tan extrema como la expulsión.

Por lo demás, una interpretación contraria a lo expuesto implicaría una afectación del principio *pro homine* destacado por la CSJN en numerosos fallos —330:1989 y 331:858, entre otros— y rector en materia de hermenéutica de derechos humanos. En efecto, si de acuerdo al citado principio se impone acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria, pretender aplicar la causal de impedimento prevista en el inciso c) apartándose del monto de la pena allí estipulado resultaría notoriamente más restrictivo de la operatividad de los derechos humanos expresamente propiciada por el artículo 3, a) de la propia Ley de Migraciones.

Desde finales del 2015 se encuentra a estudio del máximo tribunal el caso “Apaza León”⁶³, donde el actor había sido condenado a la pena de un año y seis meses de prisión en suspenso, por lo que conforme a la interpretación efectuada en “Granados Poma”, la orden de expulsión dispuesta a su respecto carecería de fundamento legal y debería ser dejada sin efecto; así fue resuelto por la jueza de Primera Instancia, decisión que fue revocada por la Cámara de Apelaciones. La

63 “Apaza León, Pedro Roberto c/ E.N. – D.N.M. – Disp. 2560/11- Exp. 39845/09 s/ recurso directo para juzgados”, Expte. N° 46527/11. Se encuentra en PGN desde el 8/4/2016.

CSJN tiene la oportunidad, en este expediente, de fijar un criterio de interpretación inequívoco del inciso en cuestión, para evitar la discrecionalidad administrativa y judicial al momento de resolver situaciones migratorias a la luz de lo allí establecido.

VI. Sanción del decreto de necesidad y urgencia N° 70/2017, modificatorio de la Ley de Migraciones N° 25.871

Al día siguiente de haber culminado el presente trabajo, se publicó en el Boletín Oficial el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 70/2017 que entró en vigencia el 31 de enero de 2017, mediante el cual se modificó medularmente la Ley de Migraciones N° 25.871, que fuera objeto de análisis en los puntos precedentes; por ello, es obligatorio incorporar este nuevo acápite para hacer referencia –liminarmente– a los cambios operados a partir de la nueva norma; sino el trabajo quedaría incompleto.

El Decreto referido fue dictado el 27 de enero de ese año, durante el período de receso legislativo, y se utilizó para ello el instituto contemplado en el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional –decreto de necesidad y urgencia– lo que podría generar un cuestionamiento a su validez, toda vez que se modifica una norma emanada del parlamento mediante una herramienta de carácter excepcional⁶⁴.

64 El artículo 99 inc. 3 de la Constitución Nacional determina lo siguiente: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que

El mismo no efectúa cambios “cosméticos” a la normativa, sino que modifica la propia esencia de la misma. Muchas de las cuestiones reseñadas en el punto anterior que generaban problemas de interpretación –por ende, de alcance– y que se encontraban a estudio tanto de la CSJN como de los tribunales inferiores, fueron directamente cambiadas a través del Decreto en cuestión; el Poder Ejecutivo encontró así un atajo y, en lugar de esperar la resolución judicial, optó por fijar sus alcances mediante un acto propio como es el dicho Decreto.

En lo que respecta al derecho de acceso a la justicia y el derecho de defensa del migrante, la nueva norma crea un “procedimiento migratorio especial sumarísimo” que: a) elimina los recursos administrativos de reconsideración y alzada⁶⁵; b) reduce los plazos de interposición del recurso administrativo, judicial, de apelación de la sentencia y del plazo para que el juez resuelva a, solamente, tres días en todos los casos⁶⁶; y c) establece como criterio general la posibilidad de requerir la retención preventiva en cualquier momento del procedimiento administrativo o judicial, y no ya una vez que se encontrase firme y consentida la expulsión⁶⁷.

Asimismo, la norma dispone otras modificaciones procesales: a) limita la facultad jurisdiccional de los jueces al determinar que las dispensas contempladas en los artículos 29 y 62 son

serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.”

65 Artículo 69 decies, incorporado por artículo 19 del Decreto N° 70/2017 y derogación del artículo 90 efectuada por artículo 26 del Decreto.

66 Artículo 69 quinquies, recurso jerárquico; artículo 69 septies, recurso judicial y plazo para dictar sentencia en primera instancia; y artículo 69 nonies, recurso de apelación contra sentencia de primera instancia y plazo para dictar sentencia en Cámara, incorporados por los artículos 14, 16 y 18 del Decreto N° 70/2017.

67 Artículo 69 bis, incorporado por artículo 11 del Decreto N° 70/2017.

facultad exclusiva de la DNM, “no pudiendo ser otorgada judicialmente”⁶⁸; b) tiene por desistido el recurso interpuesto –administrativo o judicial– cuando se comprobare que el extranjero se encontrare fuera del territorio nacional por un plazo mayor a 60 días corridos y continuos⁶⁹; y c) ratifica el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros que carezcan de medios económicos a través de la intervención del Ministerio Público de la Defensa, pero se establece que el migrante deberá requerirlo y acreditarlo ante la autoridad administrativa que tendrá la facultad de evaluar la pertinencia del pedido; en caso de no acreditarse la carencia de medios económicos o no haber sido requerida la asistencia jurídica gratuita, la nueva norma ordena continuar con la tramitación de las actuaciones sin que el extranjero cuente con dicha asistencia⁷⁰.

El Decreto N° 70/2017 sustituyó el artículo 29, modificando e incorporando nuevas causales de impedimento de ingreso y permanencia. Entre los cambios efectuados, se desdobló el anterior inciso c) y se eliminó la mención del monto de la pena, cuya redacción había dado lugar a diversas interpretaciones. Ahora, la norma establece como causas impeditivas el inciso c): “Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme en la República Argentina o en el exterior, por delitos que merezcan según las leyes argentinas penas privativas de libertad”⁷¹; también está el inciso d): “Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme, en la República Argentina o en el exterior, respecto de delitos de tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, de órganos o tejidos, o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas”⁷¹.

68 Artículo 62 bis, incorporado por artículo 7 del Decreto N° 70/2017.

69 Artículo 74 bis, incorporado por artículo 22 del Decreto N° 70/2017.

70 Artículo 86, sustituido por artículo 24 del Decreto N° 70/2017.

71 Artículo 29, incisos c) y d), sustituidos por artículo 4 del Decreto N° 70/2017.

La norma también elimina el último párrafo del referido artículo 29, que posibilitaba la admisión excepcional en el país de personas por razones humanitarias o de reunificación familiar. La nueva redacción prevé que la DNM pueda admitir excepcionalmente por razones humanitarias, de reunificación familiar o de auxilio eficaz a la justicia, a los extranjeros comprendidos en los incisos a) (presentación de documentación falsa), k) (ingreso al país eludiendo los controles migratorios) y m) (incumplimiento de los requisitos exigidos por la ley). También los comprendidos en el inciso c), en caso de que el delito doloso merezca en la legislación nacional pena privativa de la libertad –cuyo monto máximo no exceda de tres años de prisión– o sea de carácter culposos.

Fuera de los supuestos expresamente regulados, no podrá hacerse lugar al trámite excepcional de dispensa. Cuando se invoque el derecho a la reunificación familiar, deberá acreditarse la convivencia del grupo familiar. A dichos fines no se considerará al extranjero de quien se comprobare se hubiera desinteresado afectiva o económicamente de la persona cuyo vínculo familiar invoque⁷².

En este mismo sentido se modificaron también los motivos establecidos en el artículo 62 de la Ley de Migraciones⁷³, por los cuales la DNM puede proceder a cancelar la residencia otorgada y ordenar la expulsión del extranjero. La actual norma vigente prevé nuevos requisitos y exigencias, para la dispensa del cumplimiento de la cancelación de la residencia por razones familiares. Al igual que en el nuevo artículo 29, el Decreto determina que en los casos comprendidos en los incisos a) (fraude a la ley) y e) (desnaturalización de las razones que motivaron

72 Artículo 29, sustituido por artículo 4 del Decreto N° 70/2017.

73 Artículo 62, sustituido por artículo 6 del Decreto N° 70/2017.

el otorgamiento de la residencia), así como en los supuestos del inciso c) (condena no firme) y de cancelación automática, si el delito doloso mereciera para la legislación nacional pena privativa de la libertad cuyo monto máximo no exceda de tres años de prisión o cuando sea de carácter culposo, la DNM podrá dispensar la cancelación de la residencia si el extranjero invocare reunificación familiar respecto de progenitor, hijo o cónyuge ciudadano argentino. Asimismo, establece que se tendrá especialmente en consideración el tiempo que la persona lleve residiendo legalmente en el territorio nacional.

La norma es imperativa en cuanto a que, fuera de los supuestos expresamente enumerados, no podrá hacerse lugar al trámite excepcional regulado en dicho artículo y que cuando se invoque el derecho a la reunificación familiar deberá acreditarse la convivencia, para lo cual no se considerará al extranjero de quien se comprobare que se hubiera desinteresado afectiva o económicamente de la persona cuyo vínculo familiar invoque.

VII. Cuestionamientos a las modificaciones dispuestas a la Ley de Migraciones por decreto de necesidad y urgencia N° 70/2017

La norma en cuestión, por la cual se modificó la Ley de Migraciones, ha desatado polémica entre los sectores políticos y académicos en Argentina. Amén de ello, a pocos días de haber entrado en vigencia, ha sido objeto de cuestionamientos tanto en sede judicial nacional como interamericana.

En primer lugar, se debe recordar que en 2003 la República Argentina suscribió una solución amistosa homologada por la propia CIDH en 2011, a raíz de la detención y expulsión en 1996 –mediante un procedimiento sumarísimo– del uruguayo Juan Carlos de la Torre, quien tenía antecedentes penales y llevaba veintidós años viviendo en Argentina. El caso se había iniciado

en 1999 y para llegar al acuerdo de solución amistosa, el Estado argentino se comprometió ante la CIDH en 2003 a modificar la Ley de Migraciones “como parte de una reparación a violaciones de derechos humanos de los inmigrantes”⁷⁴.

La Ley 25.871 fue sancionada por el Congreso en diciembre de 2003 y en su reglamentación, en 2010, se incorporaron todos los debates dados durante la discusión sobre la solución amistosa.

Por considerar que el Decreto en cuestión violaba lo establecido en la solución amistosa, el 7 de febrero de 2017 el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL, por sus siglas en inglés) presentaron una denuncia ante la CIDH expresando que esta reforma restringía derechos humanos y contravenía compromisos internacionales –sin ningún control ni intervención del Congreso Nacional– en materias en las que su participación resultaba obligatoria; también solicitaban considerar que se convocara “en su próximo período de sesiones una audiencia pública sobre la situación de los derechos humanos de los migrantes en la Argentina”⁷⁵.

En otro orden, en el ámbito interno la defensa pública ha interpuesto recientemente una acción de revisión judicial en la cual solicitan la declaración de inconstitucionalidad del artículo 4, modificatorio del artículo 29, inciso c) *in fine*–; del artículo 7; de los artículos 9 y siguientes, que establecen el procedimiento migratorio especial sumarísimo; y del Decreto 70/2017⁷⁶ el cual,

74 CIDH. Juan Carlos De la Torre.

75 Sputnik. *Denuncian reforma migratoria de Argentina ante CIDH*, Buenos Aires, 9 de febrero de 2017, disponible en <https://mundo.sputniknews.com/americalatina/201702091066812919-Macri-Ley-Migraciones/> (acceso 27/10/2017).

76 Acción de revisión judicial suscripta por el defensor público oficial, doctor Mariano La Rosa, contra la RESOL-2017-37-APN-SECI#MI dictada el 11

a la fecha de culminación del presente trabajo, no había sido resuelto.

El citado defensor público en su presentación argumentó, en primer lugar, que a través de la creación del proceso migratorio especial sumarísimo el Poder Ejecutivo modificó el establecido por ley y creó un procedimiento completamente distinto al determinado por la Ley No. 25.871, invadiendo –de esa forma– las atribuciones y competencias del Poder Legislativo, lo que constituye a su juicio una gravísima violación a la división de poderes y al principio republicano de gobierno, intolerable en un sistema democrático como el establecido por la Constitución Nacional argentina. Asimismo, plantea que dicho procedimiento sumarísimo no respeta las garantías del debido proceso legal conforme a los artículos 8 y 25 de la CADH, así como al amplio análisis de la CIDH y la abundante jurisprudencia de la Corte IDH con relación al alcance de las garantías del “debido proceso”.

En este punto, ambas entidades han desarrollado el alcance de las garantías del debido proceso legal. Así, para que este exista es preciso que el justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia⁷⁷.

El procedimiento sumarísimo dispuesto por el reciente Decreto, implica una alteración unilateral de las reglas de juego y significa una reducción sustancial de los plazos procesales –de 30 días se pasó a tres días hábiles para el supuesto de interposición de recursos– que perjudica notablemente a la persona que debe ejercer en tan exiguo tiempo su defensa y en la práctica imposibilita al migrante su derecho a ser oído con las debidas

de enero de 2017, la disposición SDX N° 028273 del 13 de febrero del 2014 y la disposición SDX N° 12336 del 16 de enero del 2012, correspondientes al expediente del registro de la DNM, identificado bajo el N° 2309135/2007.

77 Cfr. Corte IDH. *Condición jurídica y derechos...*, párr. 121.

garantías constitucionales, ofrecer y producir la totalidad de prueba que hace a su derecho y que, en líneas generales, implica un menoscabo de su derecho a la defensa en juicio.

En ese sentido, limitar los plazos de interposición de recursos así como de resolución de los mismos imposibilita y vulnera el derecho de todo migrante a entrevistarse con su abogado defensor, a ser oído, a recoger la prueba que intenta hacer valer, a formular los alegatos pertinentes y a obtener por parte de la autoridad competente una decisión debidamente motivada.

El derecho de todo migrante a ser oído y a contar con un tiempo razonable junto a los medios adecuados para la preparación de su defensa, requiere que el Estado trate al migrante en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo⁷⁸. En razón de ello, la CIDH se ha referido a la necesidad de asegurar que las personas puedan preparar su defensa, formular alegatos y promover las pruebas pertinentes, garantías que resulta imposible ejercer cuando el plazo de ejecución de la decisión gubernamental resulta irrazonablemente breve⁷⁹; a su vez, este derecho incluye que la defensa interroge a los testigos y obtenga la comparecencia de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, como testigos o peritos.

Como lo sostuvo la Corte IDH, el “elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Esto revela que el debido proceso incide sobre todos estos órdenes y no sólo sobre el penal”⁸⁰.

78 Cfr. Corte IDH. *Caso Vélez Loor...*, párr. 145.

79 Cfr. Corte IDH. *Caso Loren Laroye...*, párr. 60.

80 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 6 de febrero de 2001, Serie C, N° 74, párr. 103; y Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú* (Competencia), sentencia del 24 de septiembre de 1999, Serie C, N° 55, párr. 70.

Más aún, “es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con ese deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”⁸¹. Así lo ha reconocido también la CSJN al sostener que “todo procedimiento, tanto administrativo como judicial, debe responder al imperativo del debido proceso, conforme a su índole particular”⁸².

Según la Corte IDH, contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa constituye uno de los derechos fundamentales de la persona humana⁸³.

Sobre la base de una interpretación armónica de las disposiciones contenidas en los artículos 8, 22 y 25 de la CADH y de conformidad con lo dispuesto por la jurisprudencia interamericana, cabe concluir que los procesos sumarísimos no garantizan el debido proceso legal en palabras de la CIDH y la Corte IDH.

El segundo punto del Decreto que es cuestionado por la defensa pública en el referido recurso judicial es su artículo 4, por el cual se modifica el artículo 29 (impedimentos para el ingreso y permanencia). Se plantea su inconstitucionalidad: a) por tener efectos discriminatorios; b) por desconocer, de manera arbitraria, los alcances de la dispensa de “reunificación familiar o razones humanitarias” para las personas no nacionales que se encuentren comprendidos en el inciso c) que su delito doloso merezca la pena privativa de la libertad mayor a tres años,

81 Corte IDH. *Condición jurídica y derechos...*, párr. 125.

82 CSJN. Fallos 327:1249.

83 *Cfr.* Corte IDH. caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*. (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 17/11/2009, Serie C, N° 206, párrs. 54 y 55.

desoyendo los límites establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos a la facultad del Estado de expulsar migrantes en función de sus vínculos familiares; y c) por desconocer los lineamientos de la Opinión Consultiva OC-21/14 de la Corte IDH, solicitada por la República Argentina.

En el ámbito internacional hay consenso respecto a que la familia constituye el elemento natural y fundamental de la sociedad y que, como tal, debe ser protegida por la sociedad y el Estado. El derecho de los miembros de una familia a la vida familiar se encuentra ampliamente protegido por el derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, en el ámbito local, el derecho a la reunificación familiar está garantizado por los artículos 3 y 10 de la Ley 25.871.

En igual sentido, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que las medidas que impliquen la separación de padres e hijos, deberán ser extremadamente excepcionales y ser sometidas a revisión judicial.

Sostiene el defensor público que convalidar la reforma impugnada, limitando el derecho a la reunificación familiar solo respecto a quienes “hubieren cometido delitos menores a tres años”, importa una revisión formal del acto administrativo que no tutela de modo alguno el alcance del derecho a un recurso efectivo conforme a las señaladas prescripciones de los artículos 25, 1, y 8,1, de la CADH, desoyendo los límites establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos a la facultad del Estado de expulsar migrantes en función de sus vínculos familiares.

En efecto, una de las fases de vigencia plena de los derechos humanos reconocidos en distintos instrumentos de derecho internacional, consiste en que estos actúen como un límite al poder discrecional de los Estados. En este sentido, los derechos

a la protección de la vida familiar y al respeto por la vida privada actúan como límite al momento de considerar la posibilidad de expulsar a una persona⁸⁴.

El citado artículo, sostiene el defensor público, desconoce también el interés superior del niño y de la niña así como los lineamientos de la Opinión Consultiva OC 21/14 del 19/08/2014 de la Corte IDH. De conformidad con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, los Estados tienen la obligación de garantizar que los procedimientos de expulsión de personas no nacionales deben tomar en consideración los mejores intereses de sus hijos e hijas, así como los derechos de la persona a una vida familiar.

En este sentido, la Corte IDH recientemente ha dicho que para evaluar los intereses en conflicto es preciso tener en cuenta que una expulsión puede tener efectos perjudiciales sobre la vida, el bienestar y el desarrollo de la niña y del niño, por lo que su interés superior debe ser una consideración primordial. De este modo, dado que en abstracto la expulsión de uno o de ambos progenitores prácticamente en ninguna circunstancia redundaría en favor de dicho interés superior sino que lo afectaría, se impone al correspondiente Estado la obligación de realizar una adecuada y rigurosa o estricta ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, correspondiendo determinar en el contexto de cada caso concreto que la expulsión de uno ambos progenitores no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño⁸⁵.

84 Cfr. Van Dijk, P. "Protection of integrated aliens against expulsion under The European Convention on Human Rights", en Guild, Elspeth y Minderhoud, Paul (eds.). *Security of residence and expulsion: protection of aliens in Europe*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2001, p. 24; y Comité de Derechos Humanos. *Winata vs. Australia*, CCPR/C/72/D/930/2000, 21/07/2001, párr. 7.

85 Cfr. Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014, párr. 278.

A tal fin, el Estado tendrá que evaluar las circunstancias particulares de las personas concernidas entre las cuales destaca: a) la historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; b) la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende expulsar; c) y el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño así como el tiempo que ha permanecido en esta unidad familiar.

Ahora bien, la limitación impuesta por el nuevo Decreto de necesidad y urgencia de modo alguno permite al Estado realizar la correspondiente ponderación, ni considera que la niña o el niño merezcan protección y cuidado especial.

Por último, en el recurso de revisión judicial analizado se cuestiona la validez del artículo 7, que incorpora el artículo 62 bis mediante el cual se asigna a la DNM la facultad exclusiva de otorgar la dispensa, prohibiendo al Poder Judicial expedirse sobre la misma por entender que dicha norma invade la esfera de este, impidiendo la revisión que debe ejercer sobre los actos de la administración.

En efecto, convalidar dicho articulado implicaría privarle a la justicia del control judicial suficiente impuesto en el sistema jurídico argentino por vía pretoriana, desde el precedente de la CSJN en el caso *Fernández Arias c/ Poggio*⁸⁶, por lo cual no basta con un mero control de legalidad. El artículo 89 de la Ley de Migraciones –el cual no ha sido derogado ni modificado por el Decreto N° 70/2017– determina que el recurso judicial y la consecuente intervención y decisión del Órgano Judicial se limitarán al control de legalidad, del debido proceso y de la razonabilidad del motivo de impugnación.

86 CSJN. Fallo 247:646, sentencia de fecha 19/09/1960.

En el precedente antes citado –el caso Fernández Arias– el máximo tribunal dispuso que:

“Control judicial suficiente quiere decir: a) reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios. b) negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y derechos controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial. La mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en inconstitucionalidad arbitrariedad, no satisface las exigencias que en la especie ha de tenerse por imperativas”.

En ese mismo sentido, existen innumerables fallos posteriores que han confirmado la doctrina emanada de dicho precedente, tales como los casos *Beneduce c/ Casa Auguste*⁸⁷ y *Volcán Cuareta S. A.*⁸⁸, entre otros, en donde la CSJN hizo hincapié en que todas las decisiones adoptados por los órganos administrativos deben quedar sujetos a control judicial.

Por lo demás, no debe soslayarse que la Corte IDH también ha expedido al respecto en el caso *Barbani Duarte*, en donde por primera vez desarrolló estándares específicos en materia de revisión jurisdiccional de actos administrativos, basándose en los estándares previamente desarrollados por el TEDH y destacando que “no hay una revisión judicial si el órgano judicial está impedido de determinar el objeto principal de la controversia, como por ejemplo sucede en casos en que se considera limitado por circunstancias fácticas o jurídicas realizadas por el órgano administrativo que hubieran sido decisivas en la resolución del caso”⁸⁹.

87 CSJN. Fallo 251:472.

88 CSJN. Fallo 261:36.

89 Corte IDH. *Caso Barbani Duarte Vs. Uruguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 13 de octubre de 2011, Serie C, N° 234, párr. 204.

En el citado caso, el TEDH consideró que al evaluar la efectividad de los recursos incoados en la jurisdicción contencioso administrativa nacional, la Corte IDH debe observar si las decisiones tomadas en esta han contribuido efectivamente a poner fin a una situación violatoria de derechos, a asegurar la no repetición de los actos lesivos y a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos por la CADH.

En este sentido, sostiene el recurso judicial analizado, convalidar la constitucionalidad de la reforma efectuada por el Decreto N° 70/2017 implicaría conceder prerrogativas ilimitadas a la administración, criterio que sería contrario a asegurar el respeto de la democracia, y –a través de esta– la efectividad de los derechos humanos. Toda decisión de la administración, por discrecional que sea, es susceptible de control judicial; ese control no es de mera legalidad, sino también de juridicidad y razonabilidad debiendo la administración actuar en sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Conclusiones

En tiempos donde el mundo se debate sobre la movilidad humana en los distintos territorios y los Estados nación tienden a cerrar sus fronteras, abandonando el concepto de solidaridad y asistencia surgido al calor de la posguerra, se debe retomar y defender –desde los distintos espacios de reflexión– la idea humanista.

Cuando se debatió en Argentina la última reforma constitucional en 1994, mediante la cual se le otorgó rango constitucional a diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, todo el espectro político con representación en la Convención Constituyente –excepto algunos grupos

minoritarios— coincidió en que el nuevo texto constitucional debía tener como premisa la supremacía del hombre, la tutela del hombre como centro del ordenamiento jurídico.

Los propios convencionales constituyentes expresaban esta idea,

“teniendo en cuenta cómo han cambiado las relaciones desde 1853 a la fecha, considerando que el derecho internacional de aquel tiempo era el derecho de la guerra —cuando un Estado no conocía mucho al Estado vecino y no existía más que la relación bilateral— hemos diseñado y repensado convertir esa vigencia positiva del derecho internacional a la luz de la evolución y del progreso, a la luz de colocar al ser humano, a la persona humana, en el centro de las actividades, teniendo en cuenta la responsabilidad del Estado frente a esa persona, frenando el poder del Estado en favor de esa persona y en la tutela que la comunidad internacional quiere tener sobre ella [...] Otorgar jerarquía constitucional a estos instrumentos es situar al ser humano —por su sola condición de tal— en el centro de la tutela del orden jurídico”⁹⁰.

Asimismo, se afirmó lo siguiente: “En armonía con el respeto a la dignidad del hombre, y bajo las medidas de protección que deben ser tomadas para proteger [...] —esto me recuerda una afirmación del Papa Juan XXIII en la encíclica *Pacem in Terris*—, debemos tener en cuenta que el hombre es el principio, fundamento y fin de todas las instituciones sociales”⁹¹.

90 Versión taquigráfica de la intervención de Juan Pablo Cañero, convencional constituyente del Frente Grande, en la 22ª reunión, 3ª sesión ordinaria, del 22 de agosto de 1994.

91 Versión taquigráfica de la intervención de Rodolfo Barra, convencional

Argentina cuenta con normas constitucionales y legales que garantizan los derechos de todas las personas por igual, independientemente de su nacionalidad y condición migratoria, en consonancia con los postulados fijados en aquella Convención Constituyente. La propia comunidad internacional, antes de la última modificación decretada, ha reconocido “la avanzada legislación argentina en materia de migración”⁹².

El problema entonces no es normativo sino de aplicación, tanto por parte de los órganos administrativos como del sistema judicial. Se deben evitar interpretaciones y decisiones arbitrarias y discriminatorias; también se deben erradicar prácticas que impliquen el retardo y la consiguiente denegación de justicia. Los actores del sistema no deben olvidar que todas las personas sujetas a los procedimientos migratorios son seres humanos y, como tales, objeto de protección por parte del Estado.

Ello no implica menoscabar las atribuciones soberanas del Estado para determinar su política migratoria y definir los requisitos de ingreso, estancia y expulsión de personas no nacionales de su territorio, ni proteger o amparar a aquellas personas que delinquen o se encuentran en una situación irregular, sino simplemente garantizarles el acceso a la justicia y el debido proceso, que son el umbral mínimo de protección contra la arbitrariedad y la barbarie.

Quiero cerrar este pequeño ensayo con la reflexión que plantea la instrucción papal *Erga Migrantes Caritas Christi* refiriéndose a la necesidad urgente e imperiosa de

constituyente del Partido Justicialista, en la 22ª reunión, 3ª sesión ordinaria, del 22 de agosto de 1994.

92 Organización de las Naciones Unidas. *Observaciones finales sobre los informes periódicos 21º a 23º de la Argentina*, aprobadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su 91º período de sesiones, 9 de diciembre de 2016, CERD/C/ARG/CO/21-23, párr. 33.

“una política que garantice a todos los emigrantes la seguridad del derecho, ‘evitando cuidadosamente toda posible discriminación’, al subrayar una amplia gama de valores y comportamientos (la hospitalidad, la solidaridad, el compartir) y la necesidad de rechazar todo sentimiento y manifestación de xenofobia y racismo por parte de quienes los reciben. Tanto en referencia a la legislación como a la praxis administrativa de los distintos países, se presta una gran atención a la unidad familiar y a la tutela de los menores, tantas veces entorpecida por las migraciones, así como a la formación, por medio de las migraciones, de sociedades multiculturales”⁹³.

93 Pontificio Consejo para la Pastoral de los Emigrantes e Itinerantes, Instrucción *Erga Migrantes Caritas Christi*, párr. 30.

**La consolidación de la jurisdicción
indígena en México, en el siglo XXI.
Interpretación y experiencia judicial,
desde la perspectiva
de los derechos humanos.
Realidad social y filosofía política,
con un enfoque diferenciado.**

*Josué San Miguel Mora**

Hipótesis

Es imprescindible que se reconozca expresamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la jurisdicción indígena y se cree un marco regulatorio que la haga efectiva, para evitar la discriminación de la que son víctimas las personas que pertenecen a estos pueblos por el sistema jurídico estatal, dada la realidad social de los mismos. No ha sido suficiente su interpretación y reformulación judicial, a partir del análisis del artículo 2º constitucional.

* Actualmente se desempeña como secretario de Tribunal del Poder Judicial de la Federación en México, adscrito al Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, con residencia en San Andrés Cholula, Puebla, México; concluyó el doctorado en Derecho en la Escuela Libre de Derecho de Puebla, México; maestro en Derecho Administrativo y Fiscal por la Facultad de Derecho de la Barra Nacional de Abogados, Ciudad de México; estudió la especialidad en Control de Fraude Fiscal y Prevención del Blanqueo de Capitales en la Universidad de Castilla La Mancha, Toledo, España; licenciado en Derecho por la Universidad del Valle de Cuernavaca, Morelos, México.

Delimitación

Este trabajo, en esencia, pretende evidenciar lo imprescindible que resulta dicho reconocimiento y la posibilidad de que esos pueblos asuman el conocimiento y la resolución de los asuntos jurídicos que sean de su competencia, los cuales deben ser analizados de acuerdo a lo establecido en sus sistemas normativos internos y con base en los derechos de los pueblos indígenas reconocidos por la Constitución, la jurisprudencia nacional e internacional, los tratados internacionales en la materia y la doctrina. Esa es una realidad social y no una mera utopía, la cual se apoya en la interpretación que –en determinados asuntos concretos– han efectuado algunos órganos del Poder Judicial federal y local.

Metodología implementada

Método deductivo

Esta investigación infiere un razonamiento que va de lo general –derivado de ciertos antecedentes históricos de los derechos de los pueblos indígenas, el análisis del artículo 2° de la Constitución, armonizado con múltiples tratados internacionales en la materia y de la jurisprudencia nacional e internacional– a lo particular que consiste en desentrañar la esencia, la existencia y el reconocimiento de la jurisdicción indígena.

Teoría implementada

Sociología jurídica y filosofía política

El tema es analizado desde la perspectiva de la experiencia judicial, como observador de la realidad que se vive en los conglomerados indígenas, y la demanda derivada del alejamiento existente entre el derecho estatal y la realidad social en la que se encuentran esos pueblos y esas comunidades, de modo que se describen las circunstancias que acontecen dentro del sistema con un enfoque multidisciplinario pues se acude además a otras disciplinas como la antropología, sociología e historia. Ello ha llevado a efectuar una interpretación judicial transformadora, basada en el respeto individual y colectivo de los derechos humanos de las personas indígenas; de ahí la reformulación de los derechos de los pueblos indígenas en el ámbito judicial y su impacto en otras estructuras sociales que poco a poco inciden – en cierta medida– en una transformación de esa realidad social, como lo señala la filosofía política.

Ámbitos de referencia

Espacial

Este se sustenta en la premisa fundamental sobre la denuncia del alejamiento entre el derecho y la realidad social de las comunidades y los pueblos indígenas en México; también en la forma en que se ha marginado su propio sistema de impartición de justicia. Sin embargo, para tener un panorama más amplio se acude tanto a la doctrina judicial interamericana como a la de otros países; es el caso de Colombia debido a los criterios de avanzada que ha sostenido sobre el tema, sin soslayar los contextos sociales diferenciados.

Temporal

Este es un tema de actualidad. El magistrado Rubén Paulo Ruíz Pérez, titular del Primer Tribunal Unitario del Décimo Tercer Circuito del Poder Judicial de la Federación, con residencia en Oaxaca de Juárez, Oaxaca, México, ha sido considerado pionero en la materia a nivel nacional al resolver el 23 de septiembre de 2013 el Toca Penal 99/2013, referente al recurso de apelación interpuesto contra una sentencia condenatoria por el delito de tráfico de personas indocumentadas. Por primera vez en la historia de México fue el magistrado Ruíz Pérez quien estableció un precedente en el país y, probablemente, en América Latina al efectuar el abordaje del tema determinando revocar la sentencia definitiva recurrida y ordenando al juez del conocimiento que declinara competencia a favor de las autoridades indígenas, pese a que la conducta se desplegó al exterior de la comunidad; este tema de la extraterritorialidad, es el que le da un sentido genuino al citado precedente¹.

Sobre el particular, cabe hacer especial referencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) sostuvo lo siguiente:

“El hecho que algunos miembros individuales del pueblo Saramaka vivan fuera del territorio tradicional Saramaka y en un modo que difiere de otros Saramakas que viven dentro del territorio tradicional y de conformidad con las costumbres Saramaka no afecta la distinción de este grupo tribal ni tampoco el uso y goce comunal de su propiedad. Asimismo, la cuestión de si algunos miembros auto-identificados del pueblo Saramaka pueden afirmar ciertos derechos comunales

1 El texto del citado Toca Penal se encuentra disponible en http://w3.cjf.gob.mx/sevie_page/consulta_siserep/documentos/13-TU01-MX-57043-12957-13218663-201310081230.DOC

en nombre de la personalidad jurídica de dicho pueblo es una cuestión que debe resolver sólo el pueblo Saramaka de conformidad con sus propias costumbres, y no el Estado o esta Corte en el presente caso. Además, la falta de identificación individual respecto de las tradiciones y leyes Saramaka por parte de algunos miembros de la comunidad no puede utilizarse como un pretexto para denegar al pueblo Saramaka el derecho a la personalidad jurídica”².

De lo antes transcrito, se advierte que el aludido tribunal regional consideró que era posible que las personas que vivían fuera de la comunidad y habían cambiado sus formas de vida tradicional ejercieran los mismos derechos que los que habitan dentro, siempre y cuando la propia comunidad lo avalara ya que –de acuerdo con la Corte IDH– la decisión sobre la pertenencia étnica corresponde “sólo al Pueblo Saramaka de conformidad con sus propias costumbres, y no al estado”³.

Planteamiento del problema

El 14 de agosto de 2001, el artículo 2º constitucional fue objeto de una importante reforma; a partir de entonces, el apartado A, fracciones I, II, III y VIII, contiene entre otras prerrogativas el reconocimiento de que la composición de la nación mexicana es pluricultural y está sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales,

2 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. 164.

3 Ruíz Chiriboga, Oswaldo y Donoso, Gina. *Pueblos Indígenas y Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones*, Bélgica, 2010, versión manuscrita, p.15.

económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Asimismo, el precepto constitucional tiene como finalidad el reconocimiento de la autonomía, la libre determinación y la decisión de los pueblos indígenas para resolver los conflictos internos mediante la aplicación de sus propios sistemas normativos, lo que fue interpretado por el Poder Judicial de la Federación y conlleva inmersa la existencia de la jurisdicción indígena como medio para garantizar efectivamente los derechos fundamentales consagrados en el mencionado artículo de la Constitución mexicana.

Las buenas intenciones del poder constituyente sin duda pretenden ser el pilar fundamental en la consolidación del derecho indígena, pero a la vez la experiencia en el ámbito judicial –con base en la observación de la realidad social de los pueblos indígenas– denota que ello ha sido insuficiente para erradicar los problemas de injusticia que viven las personas que pertenecen a dichos pueblos; por tanto, como efecto útil y progresivo, sería deseable dar un paso adelante de manera que la Constitución como norma fundamental debería establecer expresamente el reconocimiento de la jurisdicción indígena, para luego aprobar una legislación secundaria. No debe olvidarse que los pueblos indígenas, desde los compromisos por la paz en 1994 han señalado la necesidad del reconocimiento de su propia jurisdicción, lo que se traduce en la denuncia del alejamiento entre el derecho y la realidad social de los pueblos originarios.

Es pertinente señalar que, en marzo de 2011, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) dio a conocer los resultados definitivos del Censo con datos sobre las características demográficas, sociales y económicas básicas de la población y las viviendas. Entre esta información destaca que en junio de 2010, en México vivían 15.7 millones de personas que podían ser consideradas indígenas; de estas, 6.6 millones de

tres años de edad y más hablaban algún idioma indígena. Los grupos indígenas según datos proporcionados por el INEGI⁴, se distribuyen de la siguiente manera:

Pueblo	Población total	Pueblo	Población total
Nahua	2 587 452	Pame	15 520
Maya	1 500 441	Tepehua	15 506
Zapoteco	771 577	Q'anjob'al	14 508
Mixteco	771 455	Tepehuano del norte	12 125
Otomí	623 121	Chontal de Oaxaca	10 137
Tlapaneco	167 029	Jakateko	1 359
Tarahumara	124 947	Lacandón	1 130
Zoque	100 225	Texistepequeño	1 032
Mayo	98 869	Seri	1 031
Tojolabal	71 424	Kumai	851
Chontal de Tabasco	70 929	K'iche'	699
Amuzgo	67 349	Kickapoo	552
Chatino	63 155	Ixcateco	462
Huichol	59 820	Pápago	426
Popoloca de la Sierra	44 252	Paipai	426
Tepehuano del sur	38 219	Q'ato'ki/Motocinteco	361
Triqui	37 368	Cucapá	353
Popoloca	29 945	Kaqchikel	297
Yaqui	29 815	Ixil	240
Cora	27 712	Teko	149
Mam	27 210	Kiliwa	148
Huave	24 627	Oluteco	144
Cuicateco	22 444	Ayapaneco	57

Las 68 agrupaciones lingüísticas dispuestas en orden alfabético, según el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas⁵, son las siguientes: Akateko, Amuzgo, Awakateko, Ayapaneco, Cora, Cucapá, Cuicateco, Chatino, Chichimeco jonaz, Chinanteco,

4 Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. *Acciones del Gobierno para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas: Informe 2011*, Cuadro 3: Población por pueblo indígena, México, 2011, p. 38, disponible en http://www.cdi.gob.mx/dmdocuments/CDI_informe_2011.pdf (acceso 15/09/2017).

5 Instituto Nacional de Lenguas Indígenas. *CATÁLOGO de las Lenguas Indígenas Nacionales: Variantes Lingüísticas de México con sus autodenominaciones y referencias geoestadísticas*, DIARIO OFICIAL, 14 de enero de 2008, México, pp. 41 y 42, disponible en <http://www.inali.gob.mx/clin-inali/#agrupaciones> (acceso 12/09/2017).

Chocholteco, Chontal de Oaxaca, Chontal de Tabasco, Chuj, Ch'ol, Guarijío, Huasteco, Huave, Huichol, Ixcateco, Ixil, Jakalteco, Kaqchikel, Kickapoo, Kiliwa, Kumiai, Ku'ahl, K'iche', Lacandón, Mam, Matlatzinca, Maya, Mayo, Mazahua, Mazateco, Mixe, Mixteco, Náhuatl, Oluteco, Otomí, Paipai, Pame, Pápago, Pima, Popoloca, Popoluca de la Sierra, Qato'k, Q'anjob'al, Q'eqchi', Sayulteco, Seri, Tarahumara, Tarasco, Teko, Tepehua, Tepehuano del norte, Tepehuano del sur, Texistepequeño, Tojolabal, Tlahuica, Tlapaneco, Totonaco, Triqui, Tseltal, Tsotsil, Yaqui, Zapoteco y Zoque.

Lo antes expuesto adquiere relevancia en la realidad social, ya que en la actualidad existen personas indígenas sometidas a procesos penales sin que el Estado tenga la capacidad de garantizarles sus derechos al debido proceso y a un juicio justo, ante la escasa existencia o incluso la falta de participación de intérpretes que les brinden el apoyo necesario; muestra de ello es que a la fecha, en la vía del indulto se encuentra prevista la posibilidad de que al menos 481 indígenas sean preliberados por delitos menores en la Ciudad de México⁶.

En la actualidad, estadísticamente se dice que de casi 10,000 indígenas en la cárcel solo del 10⁷ al 15 % han tenido asistencia de un intérprete⁸, con lo cual se incurre en una violación masiva

6 Martínez, Marco Antonio. “Contempla Cejur beneficiar con indulto a 481 indígenas”, *QUADRATIN*, Ciudad de México, 28 de julio de 2015, disponible en <https://mexico.quadratin.com.mx/Contempla-Cejur-beneficiar-con-indulto-a-481-indigenas/> (acceso 19/09/2017).

7 Puebla, Carlos. “En la cárcel por falta de un intérprete, cerca de 10 mil indígenas”, *QUADRATIN*, Telenews, Veracruz, Ciudad de México, 13 de julio de 2015, disponible en <https://veracruz.quadratin.com.mx/En-la-carcel-por-falta-de-un-interprete-cerca-de-10-mil-indigenas/> (acceso 28/09/2017). 28 de septiembre de 2017.

8 Juárez, Blanca. “De casi 10 mil indígenas en la cárcel, sólo 15% han tenido asistencia de un traductor”, *La Jornada*, México, 21 de marzo de 2016, p. 15,

de los derechos humanos mencionados al no respetarse las formalidades esenciales del procedimiento. Se corre el riesgo, entonces, de originar un “estado inconstitucional de cosas”, según la doctrina judicial colombiana⁹; a pesar de ello, entidades como el Instituto Federal de Defensoría Pública han negado la prestación del servicio de intérpretes por parte de sus defensores públicos bilingües, bajo el argumento de tener duda en el sentido de estar obligado a brindarla. Actualmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto dicha problemática, al afirmar que dicho ente efectivamente tiene esa obligación; ello una vez que se hubiera solicitado el apoyo a otras instituciones y no se hubiere logrado la designación del personal especializado¹⁰. En otras palabras, la injusticia a que se enfrentan las personas indígenas se ha debido también —en gran medida— a la renuencia de las instituciones encargadas de la defensa pública, lo que incluso podría considerarse como una forma de discriminación sistémica.

Todo lo anterior deriva, fundamentalmente, de que el aludido precepto 2º constitucional, dejó al margen de una respuesta

disponible en <http://www.jornada.unam.mx/2016/03/21/politica/015n1pol> (acceso 1/09/2017).

9 La primera vez que la Corte Constitucional colombiana empleó la figura del “estado de cosas inconstitucional” fue en 1997, en la providencia SU-559, para enfrentar una violación estructural y masiva de los derechos fundamentales individuales de un grupo de personas y de ciertas comunidades. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/su559-97.htm>. El tema ha sido más desarrollado en la sentencia <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm> (acceso 1/09/2017).

10 Campos, Heriberto. *Defensores públicos federales, no están impedidos para fungir como intérpretes o traductores en un proceso penal*, Crónicas del Pleno y las Salas, Sinopsis de asuntos destacados de las Salas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 31 de mayo de 2017, p. 1 a 4, disponible en https://documentop.com/primer-sala-defensores-publicos-federales-no-estan-impedidos-para_5a0cf1931723dd770490fb91.html (acceso 2/10/2017).

íntegra la denuncia social de los pueblos indígenas sobre el tema referente a su propia jurisdicción, pues la constitución no estipula expresamente el sistema de impartición de justicia indígena; si bien pudiera considerarse que su interpretación pro persona revela la existencia y esencia de la misma, cierto es que a pesar de las reformas estructurales en materia de protección de derechos humanos aún existe resistencia a efectuar este tipo de análisis (interpretación conforme). De ahí la necesidad de regular expresamente la jurisdicción indígena en el marco constitucional.

Las problemáticas antes descritas han llevado a algunos órganos del Poder Judicial federal y local a interpretar interculturalmente el derecho, con un enfoque de hermenéutica analógica. Ciertos países como Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia reconocen de manera explícita en sus Constituciones la institución de la jurisdicción indígena.

I. Breve reseña del reconocimiento de la jurisdicción indígena en México, a partir de la interpretación judicial

A fin de conocer las problemáticas suscitadas, es factible reseñar brevemente aquellos asuntos emblemáticos que sobre el tema ha resuelto el Poder Judicial de la Federación en México.:

1. El 12 de julio de 2013, el magistrado Rubén Paulo Ruíz Pérez del Primer Tribunal Unitario del Décimo Tercer Circuito, con sede en Oaxaca de Juárez¹¹, por primera vez en la historia de

¹¹ El criterio se emitió al resolver el Toca Penal 678/2012, referente al delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, disponible en http://w3.cjf.gob.mx/sevie_page/consulta_siserep/documentos/13-TU01-MX-57043-12957-12934271-201307311316.DOC (acceso 16/08/2017).

México efectuó el abordaje del tema de los derechos de los pueblos originarios, como un auténtico sistema de impartición de justicia regido por sistemas normativos internos, con sus propias instituciones jurídico-tradicionales y la existencia de impartidores de justicia indígena como legítimos juzgadores. En dicho asunto estuvo involucrada una persona que se autoadscribió como indígena zapoteca, de la localidad de San Miguel Aloapam, Choapam, Oaxaca, a quien se le instruyó un proceso por el delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

Los hechos consistían en que el sujeto activo, durante el lapso comprendido entre el 1 de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2010, adquirió probablemente bienes muebles; en el caso concreto, un vehículo marca Dodge, modelo dos mil seis, tipo Ram 2500, QC 4X2 4.7, color gris mineral. Además, se le atribuye que en dicho periodo efectuó la administración de recursos económicos mediante diversas cuentas bancarias abiertas a su nombre. Ello a sabiendas de la ilícita procedencia de dichos recursos y bienes, con la finalidad además de impedir a las autoridades conocer su origen lo que correlativamente se estimó que fomenta actividades ilícitas relacionadas con el narcotráfico y la delincuencia organizada.

A pesar de la improcedencia de declinar el conocimiento del asunto en favor de las autoridades tradicionales, debido a que en sus sistemas normativos internos no se contempla la posibilidad de juzgar la conducta de quienes realizan operaciones con recursos de procedencia ilícita, la comunidad rechazó el conocimiento del asunto ya que el individuo había salido de la misma desde muy joven y dejó de participar activamente como miembro de esa colectividad indígena. Pero al margen de lo anterior y de que el delito es considerado grave, ello no fue impedimento para hacer efectivas las

prerrogativas fundamentales y humanas en favor de la persona involucrada como indígena, ya que se ordenó al juzgado que resolvió la preinstrucción realizar las gestiones indispensables para lograr que el individuo estuviera asistido por intérprete o defensor que conociera de la lengua y la cultura de su comunidad, debido a la autoconciencia de pertenencia. Incluso, se ordenó que se recabaran los dictámenes referentes a la especificidad cultural de esa población en relación con el individuo y la conducta que se le atribuyó.

No fue sino el 23 de septiembre de 2013, cuando en diversos asuntos resueltos se declinó competencia en favor de las autoridades indígenas para que –conforme con sus sistemas normativos internos– juzgaran las conductas de las personas involucradas, pues desde el punto de vista del sistema normativo estatal configuraban delitos del orden federal; pero ello no acontecía desde la visión cultural de dichas poblaciones originarias, ya que tales conductas se contemplaban como pauta de comportamiento de acuerdo con sus usos y costumbres.

2. El Toca Penal 99/2013 se inició en contra de un individuo perteneciente a la comunidad zapoteca de Santiago Quiavicuzas, San Carlos Yautepec, Oaxaca¹². Este fue sometido al proceso penal por el delito de Tráfico de Indocumentados previsto en el artículo 159 de la Ley de Migración, ya que transportaba a diez personas de origen guatemalteco y al declarar reconoció haberlas llevado; incluso le iban a pagar por el traslado. La conducta ocurrió fuera

12 *Cfr.* Toca Penal 99/2013 y Toca Penal 142/2013, disponibles en http://w3.cjf.gob.mx/sevie_page/consulta_siserep/documentos/13-TU01-MX-57043-12957-13218663-201310081230.DOC y http://w3.cjf.gob.mx/sevie_page/consulta_siserep/documentos/13-TU01-MX-57043-12957-13307071-201310081156.DOC

de los límites territoriales de la comunidad indígena. Dicho individuo fue sentenciado a ocho años de prisión, a pesar de que en ninguna etapa procesal contó con la asistencia de un defensor público bilingüe o de un intérprete con conocimiento de su lengua y cultura, además de que no se indagó sobre las especificidades culturales del grupo indígena al que pertenecía.

En la apelación se indagó y se tuvo conocimiento sobre la existencia del sistema normativo interno de la comunidad indígena, a través de los dictámenes antropológicos y sociológicos que fueron recabados.

La comunidad aceptó asumir la competencia para la solución del caso concreto y comunicó que dentro de la misma rige el principio filosófico intercultural, por así mencionarlo, denominado “conducta razonablemente esperada”. Esta consiste en brindar un apoyo humanitario y solidario, esperando recibir reciprocidad y no un beneficio económico aunque este último pueda justificarse –dada la situación de pobreza en que viven los pueblos indígenas– en función del derecho al mínimo existencial según las particularidades del caso y el individuo.

De esta forma se estimó que la conducta del acusado obedeció primordialmente a ese principio filosófico, cultural y social de la comunidad indígena; por tanto, se declinó competencia a favor de las autoridades tradicionales, pese a que dicha conducta aconteció fuera del territorio indígena. Fue esa fue la decisión adoptada, en función del principio de conexión territorial y cultural (criterio extraterritorial).

3. El Toca Penal 142/2013 se refiere a una persona perteneciente al grupo indígena Chinanteco –hablante de la lengua en la variante de Santiago Jocotepec Choapam, Oaxaca, del poblado

de Monte Negro— a quien se le dictó auto de formal prisión por el delito de portación de arma de fuego sin licencia. Los hechos que se atribuyeron al encausado concretamente ocurrieron el 13 de diciembre de 2012, aproximadamente a las diecinueve horas, sobre la calle principal de la población de la cual es originario y que se encuentra ubicada en el municipio de Monte Negro, Oaxaca. Se le imputó portar un arma de fuego, tipo rifle, calibre .22 Long Rifle; por tal motivo, agentes policiales lo detuvieron.

Durante el trámite de la segunda instancia, se recabaron múltiples pruebas para conocer si en la comunidad indígena a la que pertenecía el sujeto activo se contaba con un sistema normativo interno vinculado a la conducta que se le atribuía. Así se logró conocer, a través de dictámenes antropológicos e informes de las autoridades indígenas, que efectivamente dicha conducta es parte de un sistema normativo interno que incluso se encuentra protocolizado ante notario público.

En la preinstrucción, la persona involucrada tampoco contó con la asistencia de defensor público bilingüe o intérprete con conocimiento de su lengua y cultura, lo que constituyó una de las principales dificultades para garantizar un debido proceso en esa etapa; durante la tramitación de la segunda instancia no se había logrado la designación de defensor o intérprete con conocimiento de la lengua y cultura del encausado, pues no existía alguno dentro del catálogo de defensores públicos bilingües ni intérpretes de las instituciones respectivas.

Sin embargo, la secuela procesal de la apelación implicó —como una medida funcional y de razones prácticas— que un oficial administrativo del Instituto Federal de Defensoría Pública con esos conocimientos culturales y lingüísticos, quien además contaba con maestría en Derecho Penal y había

fungido ya como defensor, fuera nombrado como defensor público federal bilingüe en el caso; evidentemente, eso redundó en beneficio no solo del imputado sino de las demás personas integrantes de la mencionada comunidad, como clara manifestación del efecto de protección a un derecho individual con incidencia colectiva dentro de un procedimiento judicial.

Así, pues, la comunidad indígena asumió el conocimiento del asunto afirmando que se trataba de un caso que debía ser solucionado por las autoridades tradicionales, de acuerdo con sus instituciones normativas y por el hecho de que la persona involucrada efectivamente pertenecía a ese grupo indígena. Desde luego, antes de declinar competencia a las autoridades indígenas fue necesario consultar la opinión de dicha comunidad.

4. Otro proceso en el cual se abordó el tema de la jurisdicción indígena y ciertos límites sobre su aplicación se ubica en el Toca Penal 388/2013¹³, también del índice del Primer Tribunal Unitario del Décimo Tercer Circuito, con sede en Oaxaca de Juárez, Oaxaca, resuelto el 25 de julio de 2014.
5. Recientemente se resolvió un incidente de incompetencia por declinatoria derivado de la causa penal 85/2013¹⁴, en el que mediante interlocutoria del 15 de marzo de 2017, el juez Pedro Guerrero Trejo, titular del Juzgado Cuarto de Distrito en el Estado de Oaxaca, México, reconoció la competencia de las autoridades tradicionales de la comunidad de San Pedro Yolox, Ixtlán, Oaxaca, México, y declinó la misma a las

13 *Cfr.* Toca Penal 388/2013, disponible en http://w3.cjf.gob.mx/sevie_page/consulta_siserep/documentos/13-TU01-MX-57043-12957-13982351-201407091522.DOC (acceso 16/09/2017).

14 *Cfr.* Causa Penal 85/2013, interlocutoria de 15 de marzo de 2017, incidente de incompetencia por declinatoria, del juzgado Cuarto de Distrito en el Estado de Oaxaca, México.

autoridades indígenas de dicha población para la resolución del asunto.

Se trata de un caso que se instruyó por el delito de contrabando presunto, que es un delito de naturaleza fiscal o tributaria.

Los hechos se hicieron consistir en que el 30 de septiembre de 2011, aproximadamente a las diez horas, el sujeto involucrado tenía en su poder un vehículo de motor que –según el dictamen pericial en materia de identificación vehicular– resultó ser de procedencia extranjera (canadiense), el cual conducía sobre el ramal del aeropuerto de la ciudad de Oaxaca de Juárez sin contar con la documentación correspondiente que acreditara su legal tenencia y estancia en el país; así, se lesionó el bien jurídico protegido por la norma legal que, en este tipo de conductas, se traduce en la evasión o captación de impuestos arancelarios en perjuicio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que es la encargada en el país de recabar este tipo de impuestos.

Este asunto resulta paradigmático pues, por una parte, a través de los dictámenes periciales se conoció la forma en que las autoridades indígenas proceden en este tipo de asuntos; se trata de una especie de sistema tributario tradicional, en cuyo caso se señala que se agotan todos los recursos posibles a efecto de que la persona involucrada cumpla con su obligación, verificando el pago e invitándola a que con esa autoridad acuerde otra forma de pago para dejar a salvo los derechos de la autoridad hacendaria, que mediante el procedimiento correspondiente realiza el cobro coactivo.

Por otra parte, en este caso resulta particularmente trascendente la forma en que reaccionó la autoridad tributaria, ya que la mencionada Secretaría la cual se condujo en los siguientes términos: “En relación con el punto 2 del informe

rendido por el Ayuntamiento Municipal de San Pedro Yolox, Distrito de Ixtlán, en el Estado, tomando en consideración que no se oponen a las facultades recaudadoras del Servicio de Administración Tributaria, y en cambio instan a los miembros de su comunidad al cumplimiento de sus obligaciones la ahora Administración Desconcentrada de Oaxaca ‘1’ en colaboración con esa comunidad continuará con el ejercicio de sus facultades [...]”.

Ello constituye uno de los factores fundamentales que principalmente influyeron para que se declinara la competencia a la jurisdicción indígena en ese asunto específico.

Lo anterior, permite observar que la voluntad institucional tiene efectos pragmáticos y es una clara manifestación de que el ideal al que se aspira, a través del reconocimiento de la jurisdicción indígena, es alcanzable.

6. Un problema serio que se presenta consiste en que los tribunales estatales, no obstante su obligación constitucional de aplicar los sistemas normativos internos en asuntos vinculados con personas indígenas, simplemente no lo hacen o lo hacen de acuerdo a la forma en que los entienden; es decir, desde la perspectiva occidental y no desde la filosófica de los pueblos originarios. Ello representa un gran reto para los juzgadores en los Estados y los jueces federales en lo relativo a la aplicación del derecho indígena, armonizado con el derecho estatal.
7. En el ámbito judicial se suscita otra problemática: múltiples defensores bilingües indígenas existentes, asumen una actitud pasiva al no desplegar eficazmente una defensa “culturalmente adecuada”. Bien podrían alegar en favor de las personas que patrocinan, la aplicación de su derecho indígena; pero no lo hacen y dejan todo en manos del juzgador en la vía de

suplencia de la queja, ya sea ante el desconocimiento de su propia cultura, debido a efectos meramente estadísticos para no generar[se] mayor carga de trabajo o –en el peor de los casos– ante la pérdida de su propia identidad indígena.

En tanto que los juzgadores, como rectores del debido proceso, en muchos asuntos dejan de vigilar que las personas indígenas involucradas cuenten con una defensa “culturalmente adecuada”, estas terminan siendo juzgadas penalmente por conductas que –de acuerdo con la aplicación de su derecho, sus filosofías culturales y sus principios de identidad cultural– podrían considerarse que no constituyen delitos; es más grave la situación cuando terminan siendo sancionadas por delitos que no cometieron, sin que se les haga comprender las causas del procedimiento seguido en su contra y desde luego sin la oportunidad de defenderse debidamente.

Resulta meritorio señalar que para la solución de los asuntos mencionados se acudió a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, la cual “elaboró los ‘mínimos contenidos éticos’ que la administración de justicia indígena no puede desconocer, independientemente de su cultura, pautas o tradiciones, incluyendo: 1) El derecho a la vida (no a la pena de muerte); 2) El derecho a la integridad física (no a la tortura); 3) El derecho a la libertad (no a la esclavitud); y 4) El derecho a un debido proceso, (de acuerdo con las propias reglas establecidas en la comunidad)”¹⁵.

15 Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*, México, 2013, p. 17, disponible en <http://htsjpuebla.gob.mx/app/CPIG/img/ms/pdf/28624.pdf> (acceso 16/09/2017).

II. La interpretación judicial a partir del principio de igualdad, de acuerdo con el análisis de disposiciones convencionales

Para interpretar la jurisdicción indígena a partir del análisis de las disposiciones constitucionales ya invocadas conforme al principio de igualdad, se acudió a diversas fuentes de derecho internacional; también a la jurisprudencia y la normativa interamericana y universal de derechos humanos. Se consideraron los artículos I, II, XI, XIII y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; los preceptos 1, 6, 8, 10 y 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los numerales 1 al 7 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; los arábigos 1 y 3.a), e) y f), junto con el 11.f) y el 13.b) así como el 14, el 16, el 18 y el 20 de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social; el normativo 5.d) de la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales; los artículos 1, 2, 13 y 18 de la Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidas; el artículo 2, parte II, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 1 al 4 y el 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; los artículos 1, 8, 11, 12 y 24 al 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 8, numerales del 1 al 3 junto al 9 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; el 1 y el 2 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, así como el 1, el 9, del 11 al 13 y del 29 al 31 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

No obstante lo anterior, a pesar del esfuerzo que se ha llevado a cabo en la solución de algunos casos concretos que resultan

emblemáticos, al interpretar con amplitud los derechos de los pueblos indígenas en función del principio *pro persona*, no debe perderse de vista que se trata solo de asuntos excepcionales; eso es revelador en lo relativo a que tal interpretación judicial no ha sido suficiente para consolidar la eficacia del derecho indígena y sirve para advertir lo imprescindible que resulta que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconozca expresamente, el derecho de los pueblos indígenas a ejercer su propia jurisdicción como medida funcional y progresiva, además de programar las directrices para implementar una legislación secundaria.

De otro modo, se podría llegar al caso de que las personas indígenas depositen sus expectativas en un solo tribunal nacional que es el único o uno de los pocos que, con una visión amplia en favor de sus derechos, se ha dado a la tarea de reconocer los verdaderos alcances de los sistemas normativos internos como auténticos mecanismos para impartir justicia, ante la falta de participación y la resistencia de muchos operadores jurídicos para interpretar los derechos de los pueblos indígenas en el sentido anteriormente mencionado. En otras palabras, se estaría a expensas de que un magistrado, o alguna otra autoridad, con mucha visión sea quien resuelva los asuntos de las personas indígenas con la esperanza de que se reconozca caso por caso la jurisdicción indígena.

La experiencia judicial también ha demostrado que el problema no radica únicamente en el pluralismo lingüístico, sino fundamentalmente en la resistencia a respetar la multiculturalidad; ello subraya las dificultades por parte de los operadores jurídicos para entender y comprender interculturalmente el derecho así como para dimensionar los verdaderos alcances de los sistemas normativos indígenas, lo que paralelamente plantea la necesidad de implementar medidas

funcionales que reconozcan mayor eficacia y eficiencia al sistema de impartición de justicia indígena.

Todo ello, derivado de la resolución de ciertos asuntos específicos y la interpretación de las disposiciones jurídicas aplicables para consolidar la esencia, el reconocimiento y la existencia de la jurisdicción indígena, lo que en cierta medida ha tenido efectos transformadores en el ámbito social, como lo señala la filosofía política, pero a la vez ha sido insuficiente al tergiversarse en muchas ocasiones los verdaderos alcances del derecho y –concretamente– la jurisdicción indígena ante la inexistencia expresa de su regulación constitucional debido a ideas monistas que no tienen cabida en una nación pluricultural.

Lo anterior desemboca en el desconocimiento de la multiculturalidad, la exclusión social y la discriminación sistémica, así como en la desigualdad estructural de las personas y las comunidades indígenas; además, transversalmente se afecta la tutela efectiva de los derechos humanos, el acceso a la justicia, la defensa adecuada, la presunción de inocencia, el juicio justo y el debido proceso, lo que incluso podría confluir en que esas personas tengan que emigrar a otros países en busca de nuevas oportunidades o –en el peor de los casos– llegar a formar parte de grupos delictivos ante la penuria que se vive en sus comunidades y debido a la falta de participación del Estado en superar esas situaciones.

Así, pues, el problema que se plantea fundamentalmente consiste en determinar si de acuerdo con todas las problemáticas mencionadas suscitadas en la realidad social, es posible plantear la necesidad de que la jurisdicción indígena se encuentre prevista expresamente en la Constitución; también la de crear un marco normativo que haga efectivo ese derecho, con la finalidad de que dicha regulación no quede como un derecho “de papel”.

III. La jurisdicción indígena y su visión. Principios que sustentan la necesidad de implementarla constitucionalmente en el sistema jurídico mexicano

Desde el punto de vista teórico se justifica hablar del tema, ya que las tendencias actuales en la actividad legislativa apuntan a la universalidad; ello, como si los sistemas jurídicos estuvieran dirigidos a un solo sujeto sin advertir las diferencias sociales, culturales, económicas y estructurales de ciertos sectores de la población —como en el caso del indígena— de modo que no se toman en cuenta las necesidades y realidades sociales ya que se pretende establecer un modelo estándar. De ahí que la falta de reconocimiento de la jurisdicción indígena transgreda el derecho a la igualdad y no discriminación, selectivamente, en el ámbito penal; muchas de esas personas que son sometidas a los procesos estatales, son discriminadas y criminalizadas injustamente.

Lo anterior tiene cierta implicación, como señala el tratadista Mauricio Beuchot, pues se trata de no incurrir en el exceso del llamado humanismo modernista que lleva a una antropología, la cual desemboca en el capitalismo, inmersa en la idea progresista de la historia y de la acumulación mercantilista; tampoco tiene que ver con la idea de un multiculturalismo radical en que los nacionalismos reclaman reconocimiento de identidad y dignidad, reconocimiento de igualdad y diferencial, de modo que el Estado sea solo el espacio de convivencia de las naciones.

De esa forma, a través de diversos medios como el jurídico en este caso, se trata de resolver de la mejor manera posible, la natural e inevitable tensión y el conflicto —que suele acompañar a la multiculturalidad— entre los derechos individuales que tienden a la universalidad y los derechos colectivos que

correlativamente se orientan a la particularidad; así se busca armonizar la identidad, lo político y la cultura. Puede tomarse en cuenta un multiculturalismo liberal si privilegia derechos individuales, comunitarista si privilegia los comunitarios o pluralista si hace justicia a ambos derechos, todos ellos como modelos que se han teorizado para el multiculturalismo¹⁶.

Lo antes expuesto también se justifica teóricamente con base en las premisas fundamentales que informan el principio de igualdad, para lo cual es necesario tener en cuenta que el principio de igualdad jurídica constituye uno de los logros principales de la Revolución francesa, que en su sentido castizo consiste en que el poder político no haría distinción alguna entre las personas al aplicar la ley, como señala Paolo Biscaretti di Ruffia¹⁷.

Dicho principio impone, a las distintas autoridades del Estado, la obligación de llevar a cabo ciertos actos orientados a obtener una correspondencia de oportunidades entre distintos grupos sociales con sus integrantes y el resto de la población, que desde un punto de vista pueden verse reflejadas en ciertas políticas públicas que tengan como sujetos a los miembros de un grupo social relevante, para que alcancen un mismo grado de oportunidades para el ejercicio de sus derechos¹⁸.

16 Beuchot, Mauricio. *Interculturalidad y Derechos Humanos*, Editorial Siglo XXI y Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Facultad de Filosofía y Letras, México, 1ª reimpresión, 2009, pp. 9 a 16.

17 Biscaretti di Ruffia, Paolo. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1975, traducción de Héctor Fix-Zamudio, p. 295.

18 Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Derecho humano a la igualdad jurídica. Contenido y alcances de su dimensión sustantiva o de hecho*, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 3, Tomo I, febrero de 2014, p. 64.

El principio de igualdad también implica el reconocimiento de la diversidad cultural. En este sentido, Teresa Valdivia Dounce señala que este es el fundamento constitucional –funcional– en un Estado plural de derecho; se trata de un Estado –como sociedad pluricultural políticamente organizada– que coordina las relaciones entre sistemas jurídicos diferentes. Desde el enfoque pluralista, es factible afirmar que las concepciones y prácticas jurídicas de los pueblos originarios de México, constituyen derecho; es decir, un sistema jurídico porque existe un orden comunitario, que es una característica inherente a cualquier *ethnos*, *etnia* o pueblo¹⁹. En congruencia con lo anterior, Carlo Galli sostiene que:

“de hecho la cultura atraviesa el Estado y sus lógicas unitarias: una cultura, un pueblo, un Estado. La modernidad espera que la humanidad universal sea, en realidad, resultado del diálogo histórico entre los universales determinados –entre las culturas y los estados nacionales internamente homogéneos–, un resultado eminentemente cultural (y no inicio natural) de un proceso articulado: la humanidad como universal se hace posible por la presencia conjunta de parejas de categorías opuestas –particular– universal, lejano-cercano, homogéneo-heterogéneo, próximo-extraño, similar-diferente- que no pueden ser disueltas, superadas, simplificadas, que no pueden perder ninguno de los dos extremos, y que no los pueden siquiera confundir ni mezclar. Es un universal que exige particularidades, es un espacio que exige articulaciones, un cosmos que exige la pluralidad de las etnicidades, una fraternidad de distintas identidades”²⁰.

19 Cfr. Valdivia Dounce, Teresa. *Panorama de las investigaciones sobre derechos indígenas en México: problemas de antropología jurídica*, Boletín de Ciencias Antropológicas de la Universidad de Yucatán, 116, Universidad de Yucatán, Mérida, septiembre-octubre 1994.

20 Galli, Carlo. *La humanidad multicultural*, Katz editores, Madrid, España, 2010, p. 32.

Por su parte, Dieter Grimm y Erhard Denninger señalan que “en el preámbulo del proyecto de Tratado sobre una Constitución para Europa, se establece como origen o fuentes de ese proyecto, las herencias culturales, religiosas y humanistas de Europa, cuyos valores, aún presentes en su patrimonio, han hecho arraigar en la vida de la sociedad el lugar primordial de la persona y de sus derechos inviolables e inalienables, así como el respeto al Derecho”. También aclaran que los valores son comunes a los Estados miembros, en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la no discriminación²¹.

Maurizio Fioravanti refiere que, en cierta forma, el equilibrio en la tensión entre el multiculturalismo y el Estado implica armonizar los distintos temas sociales que en la misma se involucran. Textualmente sostiene: “En este contexto de crisis y replanteamiento, de balance y valoración de los tiempos de la triunfante forma de gobierno democrático, toma cuerpo con firmeza un uso concreto del concepto *politeía*, que los modernos traducen habitualmente en el sentido de constitución”. El aludido autor señala que:

“para aspirar a una verdadera constitución que represente auténticamente de manera estable la unidad política, lo que el mismo Platón llama ‘una buena constitución política’, es necesario plantear de manera distinta su origen. La máxima fundamental para ello puede formularse del siguiente modo: la constitución, a la que se debe tender, no es jamás la constitución de los vencedores, no puede y no debe tener un origen violento. Aquí exactamente se produce la extraordinaria invención del mito de la patrios *politeía* de la constitución

21 Dieter Grimm y Erhard Denninger, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, traducción de Ignacio Gutiérrez, Editorial Trotta, Madrid, España, 1ª. ed., 2007, p. 30.

de los antepasados. Esta constitución no tiene un origen violento ni unilateral, sino compositivo y plural. No nace de la imposición de un principio político vencedor, por ejemplo el democrático, sino de la pacífica y progresiva formación de una pluralidad de fuerzas y de tendencias. Es significativo cómo en este distinto contexto argumentativo Platón recupera la tan detestada democracia, ya que ahora ella es sólo una de las componentes de la constitución, llamada a conciliarse con las otras, regia y aristocrática. Aquí dentro de la naciente fórmula, que tendrá gran fortuna, de la constitución mixta, se comienza a dar respuesta a la crisis, a la necesidad de seguridad y de estabilidad, a indicar la prospectiva constitucional de la conciliación”²².

En cuanto al tema de la jurisdicción indígena que está en ciernes, al menos en México, se puede acudir a lo expresado por el ministro José Ramón Cossío Díaz en relación con la definición del concepto “normas y procedimientos de resolución de conflictos internos”; este sostiene que el mismo se expresa de la siguiente manera: “Los conflictos de convivencia interna de los pueblos y comunidades, para aplicar justicia sobre la base de sus sistemas normativos internos y, que mediante procedimientos simples, sus juicios y decisiones sean convalidados por las autoridades jurisdiccionales del Estado”²³.

Asimismo, el citado ministro y tratadista señala que se trata de las vías y normas para solucionar conflictos internos de las comunidades y los municipios; es decir, de aquellos que aludan a la población de esos órdenes normativos. Además, expone que la aplicación de un derecho tradicional, en principio se supone que ha venido haciéndose solo por los indígenas al punto que

22 Fioravanti, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Editorial Trotta, Madrid España, traducción de Manuel Martínez Neira, pp. 18, 19 y 21.

23 Cossío Díaz, José Ramón, *Los problemas del derecho indígena en México*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2002, pp.121 y 122.

estos lo han generado y conservado, por lo que la aplicación del mismo solo puede hacerse respecto de indígenas²⁴.

Óscar Correas, por su parte, señala que el objetivo es “alinearse la justicia ordinaria con la justicia indígena a fin de generar un marco normativo que evite los solapamientos entre ambas jurisdicciones, es decir que, a pesar de que puedan considerarse coexistentes, ello no implica que una misma conducta deba ser juzgada y sancionada por las dos, sino que precisamente, dada la autonomía reconocida, debe proscribirse el doble enjuiciamiento y optar por una u otra vía, vistos como sistemas normativos alternativos”²⁵.

Eso también “ocurre entre las autoridades del fuero común y las del fuero federal y además, ese marco normativo proporcione algunas reglas básicas de cómo debe ser la relación, cuáles son los límites de la jurisdicción indígena, cuál es la competencia que le corresponde a cada una de ellas y cuál debe ser la regla a aplicar si un asunto o conflicto es asumido por una jurisdicción cuando le corresponde a otra”²⁶.

Esto da sentido a lo que en su momento señaló el ilustre estadista don Benito Juárez en el Estado de Oaxaca, México; él sostenía lo siguiente: “Restablecida la Federación, los pueblos indígenas no sólo han recobrado sus ayuntamientos y repúblicas, sino el derecho de elegirlos conforme a sus antiguas costumbres, quedando así organizada la administración de las municipalidades, de manera que, lejos de obstruir, expedita la marcha de la administración general del Estado”²⁷.

24 *Cfr. Ibid.*

25 Toca Penal 142/2013, número 72, p. 48.

26 *Ibid.*

27 Alarcón Hernández, Juan. *Palabra y tiempo de los derechos humanos*, Comisión de Defensa de los Derechos Humanos del Estado de Guerrero, p. 103, disponible en <http://www.coddehumgro.org.mx/sitio/libros/Libros/Palabra-tiempodh.pdf> (acceso 17/09/2017).

Es pertinente mencionar que en la actualidad, los pueblos indígenas son definidos y así se identifican a sí mismos, en referencia a identidades anteriores a las invasiones históricas de otros grupos y a las historias que acompañaron a estas; historias que generaron y continúan generando, formas de opresión que ponen en peligro su supervivencia cultural y su autodeterminación como pueblos diferenciados²⁸.

De esta forma, se justifica teóricamente la necesidad de que exista una regulación constitucional y secundaria específica sobre la jurisdicción indígena en México; ello sería deseable también en aquellos países en los que existe presencia de poblaciones indígenas y que aún no han reconocido dichos sistemas de impartición de justicia tradicional en sus constituciones, a fin de evitar interpretaciones ambiguas o vagas que eventualmente puedan llegar a efectuar tergiversadamente y con perspectivas monistas –que no tienen cabida en un Estado pluralista como lo es el de la nación mexicana– los opositores al derecho indígena y el pluralismo cultural.

Lo anterior está orientado a transformar la realidad social, como lo señala la filosofía política, pues de acuerdo con el tratadista Mauricio Beuchot se considera que interpretar la realidad ha sido considerado como necesario pero insuficiente; transformar la realidad es lo que más se requiere, pero hay ocasiones en que interpretar y transformar pueden alcanzar a tocarse. En esa línea, hay que hacer pues una interpretación que sea transformadora; por lo menos, que ayude a transformar como lo hace la utopía. Inclusive, ya en eso la interpretación es transformadora de la realidad porque busca cauces de cambio; exige y se procura caminos para desembocar en lo real, para

28 Anaya, S. James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, traducción de la segunda edición de *Indigenous peoples in international law*, Editorial Trotta, Universidad Internacional de Andalucía, España, p. 27.

materializar lo que ha ideado y en esto la analogía tiene un papel importante. Estas premisas se sustentan a partir de la onceava tesis de Marx sobre Feuerbach, que textualmente dice: “Hasta ahora la filosofía se ha dedicado a interpretar la realidad; de lo que se trata es de transformarla”²⁹.

No se inadvierte que la recién aprobada Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su artículo XXII, número uno, se refiere al derecho y la jurisdicción indígena en los siguientes términos: “Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

El número dos señala: “El derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional”; mientras que el tres estipula: “Los asuntos referidos a personas indígenas o a sus derechos o intereses en la jurisdicción de cada Estado, serán conducidos de manera tal de proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección y beneficio de la ley, incluso, al uso de intérpretes lingüísticos y culturales”. Asimismo, en el número cuatro, se determina que los Estados deberán tomar “medidas eficaces, en conjunto con los pueblos indígenas, para asegurar la implementación de este artículo”.

29 Beuchot, Mauricio, *Hermenéutica del conflicto*, en *Filosofía Política*, Editorial Torres Asociados, México, 2006, pp. 196 y 197.

Sin embargo, dichas disposiciones parecen tener la misma privación que las contenidas en la Constitución mexicana pues se alejan del verdadero reconocimiento expreso, explícito y que no deje lugar a dudas ni margen de interpretaciones erróneas sobre la verdadera esencia de la jurisdicción indígena, ya que en el número tres del citado artículo se somete el conocimiento de los asuntos y se depositan sus derechos o intereses en la jurisdicción de cada Estado, lo que podría cuestionar la verdadera legitimidad de la autonomía de los sistemas normativos de los grupos indígenas que –valga decir– son originarios, autóctonos y no impuestos por poderes autoritarios.

Ello, a fin de atender aquel principio elemental del derecho romano, algo que a veces parece olvidarse pero que –como profesionales del derecho– no se debe dejar de lado: “*in legis claris non fit interpretatio*; es decir, en leyes claras no hay interpretación”³⁰.

IV. Experiencia judicial. La problematización de la jurisdicción indígena y su realidad social en México

Desde el punto de vista práctico, esta investigación se justifica por varias razones. En principio, el tema fue sometido en México en el marco de las demandas presentadas en la mesa de diálogo durante las “Jornadas por la paz y la reconciliación en Chiapas”; fue una iniciativa del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN)³¹. La décimo sexta de estas, literalmente

30 Cfr. Hernández Apodaca, Javier. *La utilidad de la filosofía del derecho en el derecho tributario*, Iusfilosofando, 1 de diciembre de 2009, disponible en <http://iusfilosofo.blogspot.mx/2009/12/la-utilidad-de-la-filosofia-del-derecho.html> (acceso 17/09/2017).

31 Ejército Zapatista de Liberación Nacional. Sureste mexicano, 1 de marzo de 1994,

decía: “Como pueblo indígena que somos, que nos dejen organizarnos y gobernarnos con autonomía propia, porque ya no queremos ser sometidos a la voluntad de los poderosos nacionales y extranjeros”. Y en la siguiente se exigía que la justicia fuera “administrada por los propios pueblos indígenas, según sus costumbres y tradiciones, sin intervención de gobiernos ilegítimos y corruptos”. De esta manera la presente investigación se justifica en la denuncia del alejamiento del derecho a la realidad social de esas comunidades y esos pueblos, pues sobre dicho tema no existió una solución concreta, clara y específica.

Además, recurrentemente los derechos fundamentales y humanos de las personas indígenas son violados en el ámbito de la justicia estatal, sobre todo el derecho al debido proceso, lo que transversalmente incide en el derecho a la libertad personal pues en múltiples casos esos ciudadanos son sometidos a juicios en los cuales no se toma en consideración sus usos, costumbres y especificidades culturales –los sistemas normativos internos– ni se les designan defensores, intérpretes o traductores con conocimiento de su lengua y cultura. Muestra de ello es que, a la fecha, en la vía del indulto se encuentra prevista la posibilidad de que al menos 481 indígenas –acusados por delitos menores– sean preliberados en la Ciudad de México³².

De modo que cuando las personas indígenas son sometidas a la jurisdicción del Estado no van a otra cosa más que a perder, ya que las discriminan y excluyen al negarles la posibilidad de un juicio justo, una adecuada defensa y un debido proceso, lo que en muchos casos desemboca en que sean criminalizadas injustamente.

disponible en http://palabra.ezln.org.mx/comunicados/1994/1994_03_01_a.htm (acceso 17/09/2017).

32 Martínez, Marco Antonio. “Contempla Cejur beneficiar...”.

De ahí que otra de las justificaciones de la presente investigación consiste en erradicar esas prácticas que confluyen en la violación del derecho humano a un juicio justo, en detrimento de múltiples ciudadanos indígenas, así como erradicar las violaciones al debido proceso y permitir que las autoridades indígenas impartan justicia para la resolución de sus conflictos internos, lo que converge en la implementación de un mecanismo adecuado para salvaguardar el derecho de acceso a la justicia de las personas indígenas, individual y colectivamente.

Otra justificación que se presenta es que los órganos del Estado, al resolver determinados asuntos, dejan de observar el contenido de los sistemas normativos internos pues no los aplican y privilegian la aplicación de las normas estatales; pero aún en el supuesto de que se proceda a la aplicación de aquellos, se corre el riesgo de que los mismos no sean debidamente entendidos o modulados pues los jueces del Estado desconocen la verdadera cosmovisión y filosofía de los pueblos y las comunidades indígenas; por ello, es indispensable que su aplicación opere de manera intercultural ya que dichos pueblos han sido un ejemplo a seguir, en cuanto a la interpretación y aplicación de sus sistemas normativos internos.

En la práctica algunos órganos del Poder Judicial se han dado a la tarea de interpretar y reformular los derechos de los pueblos indígenas, con perspectiva pluricultural y de derechos humanos, para desentrañar la existencia y la esencia de la jurisdicción indígena al resolver determinados asuntos específicos.

La realidad social de los pueblos y las comunidades indígenas así como la experiencia judicial, han demostrado materialmente que las autoridades indígenas despliegan funciones de auténticos juzgadores.

Con base en ello, se justifica lo imprescindible que resulta interpretar interculturalmente la disposición constitucional en consulta, armonizada con múltiples tratados internacionales en la materia, con jurisprudencia de la Corte IDH o de tribunales constitucionales de otros países como fuentes de derecho orientadoras, como es el caso de Colombia. No debe olvidarse que esas interpretaciones, además de ser estructuradas precisamente desde una perspectiva cultural, crean derecho. En congruencia con ello, sería indispensable que el reconocimiento de la jurisdicción indígena quede establecido de manera expresa en el texto constitucional, como ocurre con el colombiano en su artículo 246³³; ello, sin soslayar que en México no existe algún ordenamiento que regule en los detalles el procedimiento a seguir, cuando se trata de casos en los que se deba resolver sobre dicho tema.

Transversalmente se justifica analizar cómo el hecho de que determinada comunidad indígena asuma el conocimiento y la resolución de un asunto, podría salvaguardar el derecho al mínimo vital de una persona³⁴ y evitar, prevenir o intentar evitar que ocurra un “estado de cosas inconstitucional”, tema desarrollado por la doctrina constitucional colombiana a fin de impedir una violación masiva de derechos humanos; correlativamente y de manera preponderante, se salvaguarda toda una gama de derechos en favor de las comunidades y los

33 Artículo 246, Constitución colombiana. “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

34 Cfr. Lefranc Weegan, Federico César. *SOBRE LA DIGNIDAD HUMANA. Los tribunales, la filosofía, la experiencia atroz*, Editorial UBIJUS, 2011, pp. 63 a 66.

pueblos indígenas, pero de manera fundamental se atiende a una pretensión concreta que formularon desde los compromisos por la paz en 1994.

El artículo 13 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, establece que los Estados deberán respetar “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”. Asimismo, determina que “la utilización del término ‘tierras’ en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

De acuerdo con la interpretación de dicho precepto, en el sistema interamericano se ha adoptado el criterio de que la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados con su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados en los términos establecidos en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte IDH ha considerado que el término “bienes” utilizado en dicho artículo 21, contempla tanto aquellas cosas materiales apropiables así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona, en tanto que dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor.

De esa manera, el tribunal regional aseguró que “la garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas

debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores”³⁵. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y los grupos indígenas³⁶.

En México, como ya se dijo, se han realizado esfuerzos que han servido para enfrentar el tema y hacer de ello una realidad gracias a la participación integral de las comunidades indígenas, en conjunto con entidades tanto privadas como públicas³⁷, a través del diálogo y la coordinación, como manifestación de la lucha contra ideologías preconcebidas sobre la conceptualización y las capacidades de las comunidades y los pueblos indígenas y como manifestación de una verdadera democracia.

35 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 154.

36 *Cfr.* Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). *Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial*, artículo 2, número 1, París, 17 de octubre de 2003, disponible en http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=17716&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (acceso 18/09/2017).

37 Participaron fundamentalmente las propias comunidades indígenas involucradas e instituciones privadas como el Centro Profesional Indígena de Asesoría Defensa y Traducción (CEPIADET), el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS) junto a entidades estatales como el Poder Judicial de la Federación, el Consejo de la Judicatura Federal, el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas y la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, entre otras.

De lo anteriormente expuesto, se puede observar que la presente investigación se justifica en la práctica debido a que las personas indígenas son excluidas en la jurisdicción estatal, al no tomarse en cuenta los contrastes culturales ni sociales existentes además de no hacerse efectivos sus derechos fundamentales y humanos, ante la incapacidad estatal de proporcionarles las herramientas necesarias para que cuenten con una defensa culturalmente adecuada, ya sea ante el escaso capital humano o ante la falta de participación institucional.

Es pertinente mencionar que otro caso paradigmático, que surgió con posterioridad a la emisión de los criterios mencionados, fue resuelto por el juez Jorge Arturo Gutiérrez Ortiz en Ciudad Juárez, Chihuahua, siendo este titular de un tribunal del fuero común; él declinó la competencia a un tribunal indígena para que juzgara a un menor de edad acusado del delito de lesiones calificadas, conforme sus usos y costumbres. Los hechos son los siguientes.

El 30 de octubre de 2014, un adolescente de dieciséis años presuntamente utilizó un arma blanca para lesionar a un hombre de 22. Ese hecho ocurrió en un rancho ubicado en Nuevo Casas Grandes, región que pertenece al Distrito Judicial Galeana; debido a que los jueces especializados en Justicia para Menores Infractores con sede en Ciudad Juárez tienen jurisdicción en aquella ciudad, el caso fue turnado a un juzgador que despacha en esa localidad fronteriza.

El juez Gutiérrez Ortiz hizo entrega del procesado a las siguientes autoridades indígenas: Gregorio Aro Segura, gobernador de Baquiriachi, municipio de Balleza; Arnulfo Bustillos Molina, tercer gobernador de la comunidad de Santa Rita, en Guachochi; y Albino Cruz Bustillos primer gobernador de la comunidad Rocherachic.

Después de los hechos, la víctima regresó a la sierra. Para que el presunto responsable fuera juzgado –de acuerdo con los usos y las costumbres de la comunidad Tarahumara– se requería de la realización de un dictamen antropológico, tanto a la víctima como al acusado. Por ello, personal de la Comisión Estatal de Derechos Humanos y de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, en coordinación con el Instituto Nacional de Antropología e Historia, localizaron a la víctima.

Una vez que el estudio arrojó que ambos involucrados eran indígenas, los tres gobernadores viajaron a Ciudad Juárez. Primero estuvieron presentes en una audiencia a cargo del juez Gutiérrez Ortiz –en la cual este declinó la competencia– y luego se trasladaron a la colonia Tarahumara en Ciudad Juárez, donde también fue llevado el acusado por parte de miembros de la Policía Procesal.

En el salón de actos de la colonia Tarahumara los tres gobernadores –auxiliados por capitanes que hacen una función similar a la de los agentes de la Policía Procesal, al portar lanzas y colocarse a un lado de los líderes tarahumaras– juzgaron al adolescente imputado. Se le sentenció a pagar mil pesos por concepto de traslado de la víctima y al final ambos involucrados se estrecharon la mano.

Posteriormente, el tribunal del fuero común se volvió a constituir y los gobernadores le informaron lo que resolvieron; eso permitió que el juez Gutiérrez Ortiz decretara el sobreseimiento del proceso penal a favor del imputado, quien por tanto obtuvo su libertad. En una entrevista, dicho funcionario señaló que este es el primer juicio indígena que se lleva a cabo luego de que una autoridad judicial remite a un tribunal originario el asunto, tras la realización de un dictamen antropológico. “Este ejercicio se llama inter-legalidad. Dos sistemas normativos distintos que

se coordinan para resolver un determinado problema jurídico”, apuntó³⁸.

Los efectos de las sentencias mencionadas, que han impactado otros ámbitos institucionales, reiteran la necesidad de hacer efectivo el sistema de justicia impartido por las comunidades y los pueblos indígenas con un enfoque multidisciplinario³⁹, que incluso permite evidenciar que las comunidades indígenas aspiran a ser el nuevo paradigma en el sistema de impartición de justicia tradicional en función de la aplicación de sus sistemas normativos internos, cuya independencia y libre solución de sus conflictos deriva de una reformulación judicial; además se denota la voluntad de coordinación de estos con el sistema jurisdiccional estatal⁴⁰ y, sobre todo, con la transformación profunda que parece tener el tema en la realidad social. Ya no solo se trata de una interpretación jurídica, sino que se traduce en la efectividad sobre el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y la transformación que la sociedad mexicana, en general, ha asumido sobre el tema.

38 Carmona, Blanca Elizabeth. “Declina juez de Garantía caso; lo envía por primera vez a tribunal indígena”. *El Diario*, 10 de mayo de 2015, disponible en http://diario.mx/Local/2015-05-10_0f0a019c/declina-juez-de-garantia-caso-lo-envia-por-primera-vez-a-tribunal-indigena (acceso 17/09/2017).

39 Cfr. Ruiz Hernández, Elisa. “No me arrepiento: Magistrado en Paulo Pérez Ruíz”, *Enfoque Oaxaca*, 1 de septiembre de 2015, disponible en <http://enfoqueoaxaca.com/aqui-y-ahora/no-me-arrepiento-magistrado-ruben-paulo-perez-ruiz/> (acceso 17/09/2017).

40 Cfr. López, Valery. “JUSTICIA: ‘Es fundamental el reconocimiento de las funciones de las autoridades indígenas’; Delia Lara”, *El Oriente*, 5 de diciembre de 2015, disponible en <http://www.eloriente.net/home/2015/12/05/justicia-es-fundamental-el-reconocimiento-de-las-funciones-de-las-autoridades-indigenas-delia-lara/> (acceso 17/09/2017).

V. La reformulación del derecho indígena en México, retos y perspectivas sobre la jurisdicción de los pueblos originarios

Los asuntos emblemáticos que han sido resueltos por el Primer Tribunal Unitario del Décimo Tercer Circuito, ubicado en Oaxaca de Juárez, con un enfoque multidisciplinario-institucional junto a otros diligenciados por diversos órganos judiciales ponen en claro la forma en que –en la práctica– desde la perspectiva y la experiencia judicial como observador del sistema jurídico indígena y de la realidad social que viven dichos pueblos, se ha concebido la esencia y los alcances de su propio derecho como auténtico sistema de impartición justicia que adquiere realidad social, cultural y jurídica con fundamento en la esencia de un contexto pluralista.

De ese modo se da una respuesta plausible a la denuncia del alejamiento del derecho estatal a la realidad social indígena, ante la resistencia de reconocer la existencia de su propia jurisdicción, lo que correlativamente converge como efecto útil⁴¹ en el acercamiento del derecho a la realidad y la efectividad de ese sistema que se había mantenido al margen del reconocimiento interpretativo, constitucional y legal.

Lo anterior, dado que las demandas sociales de los pueblos indígenas y su realidad han orientado a efectuar una reformulación sobre todos esos temas en el ámbito judicial para consolidar la esencia, el reconocimiento y la existencia

41 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin”.

de la jurisdicción indígena, lo que en cierta medida ha tenido efectos transformadores socialmente hablando –como lo señala la filosofía política– pero a la vez ha sido insuficiente al tergiversarse en muchas ocasiones los verdaderos alcances del derecho y la jurisdicción indígenas, ante la inexistencia expresa de su regulación constitucional debido a ideas monistas que no tienen cabida en una nación pluricultural.

De esta manera, el reconocimiento expreso de la jurisdicción indígena en el texto constitucional así como la implementación de una legislación secundaria como marco regulatorio para hacerla efectiva, encuentran justificación práctica ya que así se consolida la eficacia de los sistemas normativos internos indígenas para la solución de asuntos jurisdiccionales, que resultan válidos sin necesidad de acudir al consenso del Estado, salvo evidencia manifiesta de violación de derechos humanos en grado predominante de las personas involucradas, en cuyo caso sería pertinente la coordinación entre las autoridades jurisdiccionales tradicionales y estatales para modular, atenuar o erradicar los efectos perjudiciales que ello pudiera implicar, sin anular la aplicación de la mencionada jurisdicción indígena.

En ese tenor, práctica y funcionalmente, es claro que el reconocimiento de la jurisdicción indígena atiende a la constante demanda sobre la pugna entre el poder –derecho del Estado– y el derecho indígena ante el reconocimiento de un sistema de impartición de justicia tradicional que sea la regla general, lo que conlleva impactos favorables en las comunidades y pueblos indígenas tanto individual como colectivamente, ya que se dota de una explicación satisfactoria sobre la esencia, la eficacia y la aplicación de los sistemas normativos internos, con la finalidad de superar o por lo menos satisfacer en cierta medida las expectativas sociales en torno a los derechos de los pueblos indígenas.

Ello pone de relieve que las instituciones indígenas son los entes aptos e idóneos, capaces de comprender el verdadero sentido de sus sistemas de justicia tradicional, pues conocen la realidad social de su comunidad en función de sus necesidades materiales y de hecho, de acuerdo con su propia cosmovisión. De esa forma cuentan con la sensibilidad, la razonabilidad y la racionalidad para aplicar sus propios sistemas tradicionales en la resolución de asuntos jurisdiccionales; esos son retos a los que difícilmente podría hacer frente un órgano del Estado que no esté más aproximado a esa realidad social.

En la realidad social se ha demostrado que las autoridades indígenas cuentan con la experiencia y el conocimiento profundo sobre la aplicación efectiva de sus sistemas normativos internos, a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de los operadores jurídicos no indígenas, cuesta trabajo comprender o incluso aceptar, aun tratándose de algunos defensores quienes en teoría deberían ser las personas más sensibles a esos temas; pero tal sensibilización es difícil de alcanzar, ante la resistencia y el evidente desconocimiento sobre los alcances de ese derecho indígena, incluso ante la eventual renuencia de los propios defensores bilingües o del Instituto Federal de la Defensoría Pública, que podrían negarse a prestar algún auxilio requerido a sus conciudadanos indígenas⁴².

Lo anterior justifica en mayor medida la necesidad de implementar un sistema de justicia propio de las comunidades

42 Como ejemplo de ello se puede citar el Juicio de Amparo 105/1014 del índice del Primer Tribunal Unitario del Décimo Tercer Circuito, en Oaxaca de Juárez, promovido por la delegada en Oaxaca del Instituto Federal de Defensoría Pública, en contra de una determinación en la que se designó a un defensor público federal bilingüe como intérprete, en conjunto con un defensor particular. La sentencia se encuentra disponible en http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=272/02720000163309940009009002.docx_1&sec=Josué_San_Miguel_Mora&svp=1 (acceso 17/09/2017).

indígenas, pues la eventual negativa antes mencionada por parte de las instituciones del Estado puede desembocar en la falta de participación de las propias instituciones, creadas precisamente para la defensa de las personas indígenas, al hacer nugatorio el derecho a un juicio justo y a una defensa adecuada correlativamente a un debido proceso, lo que a su vez puede converger en un “estado de cosas inconstitucional” al incurrirse en una discriminación y exclusión sistémica.

Es pertinente indicar que incluso se ha recomendado que el defensor lleve a cabo ambos cargos –traductor y defensor– lo que obedece no solo a la necesidad de que obre como traductor, sino además para aplicar sus conocimientos de derecho correlacionándolos específicamente con las experiencias empíricas y las técnicas sobre los usos, las costumbres y las especificidades; debe circunscribirse a la cultura indígena respectiva como experto y conocedor de ambos aspectos –de hecho, debido a su injerencia en dicha cultura, y de derecho como perito en la materia– para lo cual se debe estar en aptitud de hacer uso de los medios legales necesarios y posibles, con la finalidad de garantizar la adecuada defensa de la persona indígena involucrada.

En este esquema, la recomendación que se ha dado es en el sentido de que el defensor –quien se encuentra más cercano a los inculpados– es el que debe esforzarse por superar las lógicas jurídicas que impiden el ejercicio de los derechos de los indígenas tutelados por la ley fundamental; también para erradicar las barreras lingüísticas, de cultura, de concepción e inclusive de distancias físicas y de tiempo que obstaculizan la adecuada defensa de dicho grupo social ante el sistema estatal de justicia penal.

Ello, además, para que se ofrezca al inculpado la posibilidad de que comprenda y haga comprender las circunstancias del caso en la comunicación libre y privada con su defensor en cada etapa del proceso penal, con la finalidad de que pueda comunicar su versión de los hechos desde la perspectiva de su contexto cultural diferenciado y –de esa manera– asegurar su plena comprensión de lo que sucede en el procedimiento.

Los postulados expuestos se encuentran en el “Informe del Diagnóstico sobre el Acceso a la Justicia para los Indígenas en México. Estudio de Caso en Oaxaca”, publicado por la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en 2007⁴³.

Se ha identificado que es una práctica común hacer declarar a los indígenas que saben hablar, incluso leer y escribir en español, pero en realidad no entienden los términos legales utilizados en las diligencias judiciales; eso los sitúa en una evidente desventaja a la hora de defender sus derechos. La persona que va a realizar la interpretación del idioma indígena, debe ser alguien profesional que entienda bien los términos legales así como el idioma y el contexto cultural indígena, para que sea efectiva la interpretación del lenguaje jurídico y el idioma indígena; de esa forma se garantizaría un verdadero acceso a la justicia⁴⁴.

43 Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Informe del Diagnóstico sobre el Acceso a la Justicia para los Indígenas en México. Estudio de Caso en Oaxaca*, México, 2007, pp. 158 a 163, disponible en http://www.google.com.mx/url?url=http://recomendacionesdh.mx/recomendaciones/descargar/OACNUDH_Acceso_Just_Ind_Oaxaca/pdf&ret=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKewil7Mv5pvjMAhVSIKHSsbARMQFggTMAA&usg=AFQjCNHVVT-5UbPWzxfW_xlCjA-sUyFMKQ (acceso 17/09/2017).

44 Cfr. Martínez, Juan Carlos y otros (coordinadores). *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. “Manual para operadores de justicia”*. Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Grupo de Pluralismo Jurídico en Latinoamérica (PRUJULA), México, pp. 64 y 65.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁴⁵ también ha dado paso a los demás órganos judiciales para abordar el tema de la defensa “culturalmente adecuada”⁴⁶.

Así también, es pertinente señalar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha dado a la exhaustiva labor de interpretar los derechos humanos de los pueblos indígenas y ha dejado la puerta abierta a los demás órganos del Poder Judicial para que puedan interpretar y desarrollar el tema de la jurisdicción indígena.

En ese sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la sesión del 4 de noviembre de 2009, al resolver el Juicio de Amparo Directo 33/2008 relacionado con la solicitud de ejercicio de la facultad de atracción 30/2008-PS, determinó entre otras cosas que el acceso a la justicia por parte de los pueblos indígenas incluye el acceso a su propia justicia o derecho consuetudinario, así como a la justicia estatal en condiciones de respeto del multilingüismo y la diversidad cultural.

45 Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Personas indígenas. Interpretación del derecho fundamental de ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura*, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 1, Tomo I, diciembre de 2013, p. 283.

46 Tema que ha sido abordado también por el magistrado Rubén Paulo Ruiz Pérez en diversos asuntos, entre estos el Juicio de Amparo Indirecto 130/2015 del índice del Primer Tribunal Unitario, del Décimo Tercer Circuito ubicado en Oaxaca de Juárez, Oaxaca, que fue resuelto el 24 de febrero de 2016, disponible en <http://www.dgepj.cjf.gob.mx/internet/expedientes/ExpedienteyTipo.asp?TipoAsunto=1&TipoProcedimiento=979&Expediente=130%2F2015&Buscar=Buscar&Circuito=46&CircuitoName=D%C9CIMO+TERCER+CIRCUITO&Organismo=272&OrgName=Primer+Tribunal+Unitario+del+D%E9cimo+Tercer+Circuito&TipoOrganismo=0&Accion=1> (acceso 18/09/2017).

La experiencia judicial y la realidad social a que se enfrentan las personas pertenecientes a los pueblos indígenas, justifican y demuestran que no ha sido suficiente una interpretación conforme en sentido amplio del artículo 2° constitucional, para dar una respuesta plausible a la demanda que formulan dichos pueblos sobre el reconocimiento de su propio sistema de impartición de justicia.

PorellosubrayalaimportanciadequelaConstituciónPolítica de los Estados Unidos Mexicanos reconozca expresamente la jurisdicción indígena y de ahí se programen las directrices para la implementación de una codificación regulatoria secundaria específica, tanto procesal como sustantiva, que la haga efectiva; por ejemplo, una Ley General sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, para que dicha aspiración legítima no se quede como un derecho “de papel” o uno meramente simbólico.

De dejar únicamente el texto constitucional, se corre el riesgo de que se malinterprete o tergiversarse el sentido fundamental de la sustancia y la esencia de la jurisdicción indígena; en el peor de los casos, que no se aplique ante la inexistencia de una legislación que regule en los detalles el tema mencionado y quede en desuso, de modo que la creación de una legislación secundaria favorece y permite hacer operativo ese derecho constitucional.

Conclusiones

1. La jurisdicción indígena es posible en México, ya que es una medida constitucionalmente legitimada y ahora también en el ámbito interamericano de derechos humanos, que se traduce en la denuncia del alejamiento de dicho sistema tradicional a la realidad social y confluye en la transformación de diversas

estructuras del sistema que se proyecta desde los ámbitos natural, social, educativo, hasta el político y jurídico.

2. A pesar del reconocimiento implícito constitucional y convencionalmente establecido sobre la jurisdicción indígena, es indispensable una regulación constitucional específica, como paradigmáticamente se establece en la Constitución colombiana, pues es innegable la resistencia de diversos operadores jurídicos (abogados, defensores, fiscales y juzgadores), al reconocimiento de la existencia de los derechos de las personas indígenas y mayormente sobre la jurisdicción indígena.
3. Los elementos característicos del sistema de justicia indígena es el ser preexistente, coexistente, autónomo, independiente y alternativo. Esas deben ser las reglas, desde luego debidamente coordinadas con el Estado, cuyas autoridades judiciales deben observar que la aplicación de dicho sistema jurídico tradicional no vulnere derechos humanos; en caso de que ello ocurra, no es necesario anular la jurisdicción indígena sino coordinarse con sus autoridades, a fin de adoptar las mejores decisiones para atenuar esas disposiciones que eventualmente pudieran vulnerar los derechos fundamentales.
4. La jurisdicción indígena no requiere el reconocimiento de los órganos del Estado para su existencia; sin embargo, es necesario que los juzgadores estatales tengan conocimiento sobre el funcionamiento del sistema normativo interno, a fin de verificar que en la aplicación del mismo se modulen y, en su caso, se prescinda de medidas de mayor magnitud y trascendencia en la incidencia de los derechos humanos de las personas involucradas en esa jurisdicción tradicional, sin que ello implique que se deban restar atribuciones para juzgar conforme con los sistemas normativos internos, pues esta

medida lo que pretende es que se apliquen sin una afectación superlativa de los derechos humanos y erradicar esas prácticas que eventualmente pudieran transgredir los mismos.

5. Es necesario que el Estado otorgue partidas presupuestales para satisfacer las necesidades básicas mínimas para la implementación de la jurisdicción indígena, a fin de apoyar la infraestructura y los recursos humanos indispensables para lograr su objetivo, así como favorecer las labores de las autoridades tradicionales.
6. La jurisdicción indígena permite el acceso a la verdadera justicia en favor de los miembros de los pueblos y las comunidades indígenas; rompe las barreras de espacio, tiempo, distancia, lingüísticas y culturales que existen en la realidad de los grupos indígenas con los órganos judiciales del Estado, a fin de evitar la homologación de dichos grupos humanos a la realidad social y de esa forma preservar su identidad cultural, y todos aquellos bienes inmateriales, lo cual atenúa los impactos negativos de la globalización en un espacio geográfico, social y cultural determinado.

Me es grato externar un agradecimiento especial al Magistrado Rubén Paulo Ruiz Pérez, como titular del órgano jurisdiccional que emitió los criterios sobre la jurisdicción indígena que sentaron precedente en México, ya que este trabajo también ha sido posible a sus valiosas aportaciones y apoyo

El proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: breve recorrido por las resoluciones emitidas entre 2013 y 2016

*Natalia Urbina**

Introducción

La supervisión del cumplimiento de los pronunciamientos de los órganos internacionales que integran los sistemas de protección de derechos humanos constituye un tema de interés y de vigencia a la hora de estudiar cómo los mismos afrontan esta tarea tan importante tanto en el universal como en los diferentes regímenes regionales, a fin de poder cotejar cuáles han sido las medidas y los mecanismos que han ido implementando con el transcurso del tiempo para dar seguimiento a la multiplicidad de aspectos contenidos al interior de sus pronunciamientos.

Asimismo, resulta interesante constatar cómo dichos órganos han ido avanzando en pos de hacer cumplir sus decisiones en interacción con los Estados que son parte de los diferentes instrumentos internacionales, a partir de los cuales se generaron procedimientos de supervisión de cumplimiento por los comités de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) –en aplicación de los dos pactos internacionales así como de las siete convenciones, y sus respectivos protocolos facultativos.

* Abogada, maestranda en Derechos Humanos. Integrante del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Argentina.

En lo que respecta al sistema universal de protección de derechos humanos, algunos comités tienen sus propios procedimientos de seguimiento¹ (follow up), delegando en la figura de relatores esta tarea: uno para observaciones finales y otro para casos individuales. Dichos relatores periódicamente dan cuenta, en sesión pública de esos órganos, de la labor que han desarrollado y de la información que les han proporcionado los Estados concernidos.

En el sistema europeo, el proceso de seguimiento de las sentencias emitidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se delega en un órgano político –el Comité de Ministros del Consejo de Europa– el cual se encarga de supervisar la ejecución de las mismas; por su parte, en la Organización de los Estados Americanos (en adelante, OEA) la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) cumple esa tarea. Consecuentemente, como lo expusiera Salvioli², mientras que en el sistema europeo la supervisión asume una perspectiva política en el sistema interamericano “se revela un abordaje puramente jurisdiccional”.

En el sistema africano, el seguimiento de los fallos es competencia del Consejo Ejecutivo de la Unión Africana que está integrado por el conjunto de los ministros de Relaciones Exteriores de los Estados miembros de la misma; así también,

1 Los que cuentan con procedimientos previstos para el seguimiento son el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, el Comité contra la Tortura, el Comité contra las Desapariciones Forzadas y el Comité para la protección de las Personas con Discapacidad.

2 *Cfr.* Salvioli, Fabián. *Convergencias y divergencias de las jurisdicciones contenciosas en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos, en Jurisprudencia regional comparada de derechos humanos. El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, páginas 67 y siguientes.

en caso de incumplimiento, está previsto que la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos informe a la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno, órgano supremo de la Organización de la Unión Africana.

El presente trabajo aborda los extremos del procedimiento de supervisión de cumplimiento de las sentencias emanadas de la Corte IDH.

I. Justificación del tema elegido

El seguimiento de las decisiones de la Corte IDH constituye un tema pertinente, puesto que integra desde una perspectiva dogmática el concepto de justicia eficaz. Así, la eficacia de la justicia debe evaluarse más allá de la mera emisión de la sentencia de la Corte IDH, puesto que el impacto de la misma no debe medirse exclusivamente desde el valor reparatorio que *per se* constituye, sino que debe meritarse particularmente el nivel de cumplimiento que se observa por parte del Estado cuya responsabilidad internacional fue determinada.

Es por ello que el abordaje del seguimiento se hará puntualizando el enfoque en subtemas tales como la justicia eficaz, el efecto útil, la impunidad, la OEA (en lo atinente al artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), el control de convencionalidad, las reparaciones y el financiamiento de la Corte IDH para llevar adelante la profusa tarea de supervisión.

II. Universo de resoluciones de supervisión de cumplimiento alcanzadas

Las resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencias relevadas en el período 2013 a 2016, alcanzan a veinte Estados que han aceptado oportunamente la competencia de la Corte IDH; estos son Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, El Salvador, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Trinidad y Tobago³, Uruguay, Venezuela⁴. Barbados y República Dominicana, que también han aceptado la competencia del tribunal, han quedado fuera del relevamiento efectuado por no contar con las resoluciones de referencia en el período bajo estudio.

El número de resoluciones emitidas por el mismo durante ese período asciende a 117⁵; en este trabajo se procurará esbozar algunas conclusiones que pueden desprenderse de la lectura de las mismas.

Como dato de interés, solamente existen dos resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencia con votos separados emitidos por sus jueces. Uno de ellos concurrente, el del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, relativa al caso Gelman

3 Trinidad y Tobago denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 26 de mayo de 1998, operándose la misma un año después conforme lo estipula el artículo 78 de la misma, disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Trinidad_y_Tobago (acceso 9/10/2017).

4 Venezuela denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 10 de septiembre de 2012, disponible en http://www.oas.org/dil/esp/Nota_Republica_Bolivariana_de_Venezuela_al_SG_OEA.PDF (acceso 9/10/2017).

5 Corte IDH. *Casos en etapa de supervisión*, disponible en http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/casos_en_etapa_de_supervision.cfm (acceso 21/09/2017).

(Uruguay); otro disidente, del juez Eduardo Vio Grossi en la correspondiente al caso Artavia Murillo y otros (Costa Rica).

La Corte IDH, en sus informes anuales ante la Asamblea General de la OEA, da cuenta de su tarea de supervisión. En consonancia con el período de referencia se han cotejado aquellos correspondientes al 2013⁶, 2014⁷, 2015⁸ y 2016⁹, en los cuales el tribunal elabora un repaso de lo realizado durante dicha fase.

III. Marco legal del proceso de seguimiento en el sistema interamericano

La Corte IDH en cada resolución de supervisión de cumplimiento, expresa que la misma se realiza “en el ejercicio de sus atribuciones de supervisión del cumplimiento y de conformidad con los artículos 33, 62.1, 62.3, 67 y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 24 y 30 del Estatuto, y 31.2 y 69 de su Reglamento”.

La competencia sobre la supervisión le es entonces propia¹⁰; no obstante, a pesar de la claridad de la norma, en múltiples ocasiones el tribunal regional ha debido justificar la “competencia de la competencia” en esta materia.

6 Corte IDH. *Informe anual 2013*, disponible en http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2013.pdf (acceso 21/09/2017).

7 Corte IDH. *Informe anual 2014*, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/ia2014/espanol.pdf> (acceso 21/09/2017).

8 Corte IDH. *Informe anual 2015*, disponible en http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2015.pdf (acceso 21/09/2017).

9 Corte IDH. *Informe anual 2016*, disponible en http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2016.pdf (acceso 21/09/2017).

10 Cfr. Gialdino, Rolando E. *Derecho internacional de los derechos humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 603.

Hasta el 2015, la Corte IDH o su Presidencia efectuaban la supervisión del cumplimiento de las sentencias tanto a través de la emisión de resoluciones, la realización de audiencias y la labor diaria por medio de notas de su Secretaría. Esa tarea, hasta ese entonces, se encontraba repartida entre los diferentes equipos de trabajo del área legal de la Secretaría de la Corte.

Pero desde ese año entró en funcionamiento la Unidad de Supervisión de Cumplimiento de Sentencias, con el fin de dar un mayor seguimiento al grado de acatamiento –por parte de los Estados– de las diversas medidas de reparación que les son ordenadas.

Así la Corte desarrolla la fase de supervisión sobre el cumplimiento de las sentencias, la cual implica entre otras acciones las siguientes:

- a. Solicitar periódicamente al Estado información sobre las actividades realizadas en pos de cumplimentar lo ordenado.
- b. Recabar las observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) y de las víctimas o sus representantes.
- c. Evaluar, si es que el Estado informó, si hubo cumplimiento de lo resuelto.
- d. Orientar las acciones del Estado para que logre lo dispuesto por el tribunal regional en la sentencia.
- e. Convocar a una audiencia de supervisión.

En el supuesto de que los Estados incumplan el deber de informar –lo cual conlleva la inobservancia de los artículos 67

y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH)– ello puede derivar, de persistir el silencio estatal, en que la Corte IDH haga uso de la herramienta prevista en el artículo 65 del mismo instrumento.

Así también y de conformidad al artículo 69.2 de su Reglamento, desde 2015 solicita informes a otras fuentes diferentes a las partes¹¹ para poder evaluar de esta manera el cumplimiento de lo ordenado; por ejemplo, el tribunal regional requirió información a la fiscal general del Ministerio Público de Guatemala¹² al Juzgado Especializado en Ejecución de Sentencias Supranacionales de la Corte Superior de Justicia de Lima¹³, a la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica¹⁴ y al Instituto de Derechos Humanos de Chile¹⁵, entre otros.

Con el objeto de facilitar la sistematización y el agrupamiento, se transcribe en los próximos cuatro subpuntos la normativa aplicable a la fase de supervisión de cumplimiento de sentencia de la función contenciosa que lleva adelante la Corte IDH, puesto que representan la base normativa sobre la que esta se asienta para su tarea de supervisión.

11 Si bien la parte demandada en el proceso ante la Corte IDH es el Estado, nos referimos a la consulta a fuentes oficiales diferentes del Poder Ejecutivo.

12 Corte IDH. *12 casos guatemaltecos vs. Guatemala*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 24 de noviembre de 2015.

13 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 17 de abril de 2015.

14 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 26 de febrero de 2016.

15 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 1 de septiembre de 2016.

1. Seguimiento en el articulado de la CADH

Artículo 33

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:

- a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y
- b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

Artículo 62

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Artículo 65

La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

Artículo 67

El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo 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.

Artículo 68

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

2. Seguimiento en el Estatuto de la Corte IDH

Artículo 24

Audiencias, Deliberaciones y Decisiones

1. Las audiencias serán públicas, a menos que la Corte, en casos excepcionales, decida lo contrario.

2. La Corte deliberará en privado. Sus deliberaciones permanecerán secretas, a menos que la Corte decida lo contrario.

3. Las decisiones, juicios y opiniones de la Corte se comunicarán en sesiones públicas y se notificarán por escrito a las partes. Además, se publicarán conjuntamente con los votos y opiniones separados de los jueces y con cualesquiera otros datos o antecedentes que la Corte considere conveniente.

Artículo 30

Informe a la Asamblea General de la OEA

La Corte someterá a la Asamblea General de la OEA, en cada período ordinario de sesiones, un informe de su labor en el año anterior. Señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos. Podrá también someter a la Asamblea General de la OEA proposiciones o recomendaciones para el mejoramiento del sistema interamericano de derechos humanos, en lo relacionado con el trabajo de la Corte.

3. Seguimiento en el Reglamento de la Corte IDH¹⁶

Artículo 17

Continuación de los Jueces en sus funciones

2. Todo lo relativo a las reparaciones y costas, así como a la supervisión del cumplimiento de las sentencias de la Corte, compete a los Jueces que la integren en este estado del proceso, salvo que ya hubiere tenido lugar una audiencia pública y en tal caso conocerán los Jueces que hubieren estado presentes en esa audiencia.

Artículo 30

Acumulación de casos y de autos

5. La Corte podrá acumular la supervisión del cumplimiento de dos o más sentencias dictadas respecto de un mismo Estado,

16 El reglamento vigente de la Corte IDH data del 2009 y es el primero en el que se incluye un apartado sobre “Supervisión de cumplimiento de sentencias y otras decisiones del Tribunal”. En las anteriores versiones (1980, 1991, 1996, 2000 y 2003), el tema objeto de este trabajo no tenía un específico tratamiento reglamentario.

si considera que las órdenes proferidas en cada sentencia guardan estrecha relación entre sí. En tales circunstancias, las víctimas de dichos casos o sus representantes deberán designar un interviniente común, conforme a lo expuesto en el artículo 25 de este Reglamento.

Artículo 31

Resoluciones

1. Las sentencias y las resoluciones que pongan término al proceso son de la competencia exclusiva de la Corte.

2. Las demás resoluciones serán dictadas por la Corte, si estuviere reunida; si no lo estuviere, por la Presidencia, salvo disposición en contrario. Toda decisión de la Presidencia, que no sea de mero trámite, es recurrible ante la Corte.

Artículo 44

Planteamientos de *amicus curiae*

4. En los procedimientos de supervisión de cumplimiento de sentencias y de medidas provisionales, podrán presentarse escritos del *amicus curiae*.

Artículo 69

Supervisión de cumplimiento de sentencias y otras decisiones del Tribunal.

1. La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes.

2. La Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos.

3. Cuando lo considere pertinente, el Tribunal podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en ésta escuchará el parecer de la Comisión.

4. Una vez que el Tribunal cuente con la información pertinente, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes.

5. Estas disposiciones se aplican también para casos no sometidos por la Comisión.

4. Resolución de la Corte IDH sobre la aplicabilidad del artículo 65

Ante la necesidad de otorgarle aplicabilidad al artículo 65 de la CADH y al artículo 30 de su Estatuto, la Corte IDH dictó –el 29 de junio del 2005¹⁷– una resolución en la que expuso cómo obraría ante los Estados que incumplieran su deber de informar de las medidas adoptadas para cumplimentar las reparaciones ordenadas en la sentencia.

Allí resolvió –fundándose en que la supervisión es inherente a su función jurisdiccional– sobre el carácter definitivo e inapelable

17 Corte IIDH. *Supervisión de cumplimiento de sentencias. (Aplicabilidad del artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, resolución del 29 de junio de 2005, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/general_29_06_05.pdf (acceso 22/09/2017).

de sus sentencias, la obligatoriedad del cumplimiento de las mismas, el principio *pacta sunt servanda*, la imposibilidad de alegar razones de índole interna para no asumir la responsabilidad internacional y que –en los casos en que la Corte IDH haya dispuesto aplicar el artículo 65 de la CADH y el artículo 30 de su Estatuto– no continuará requiriendo a los Estados que presenten la información relativa al cumplimiento de su sentencia. Ahora bien, si el Estado sigue sin dar cuenta de los puntos pendientes, el tribunal regional continuará incorporando año a año su incumplimiento en el Informe anual ante la Asamblea General de la OEA.

IV. Fundamentos teóricos del proceso de seguimiento

Para García Ramírez, la supervisión se basa en tres principios: la irrecurribilidad del fallo de la Corte IDH, el *pacta sunt servanda* y el hecho de que la conclusión del fallo tendrá lugar cuando el Estado cumple íntegramente lo dispuesto por la misma. Su “observancia es verdaderamente indispensable para sustentar la pertinencia y la eficacia de la jurisdicción internacional, a tal punto que sin ella esta jurisdicción carecería de sentido y declinaría muy pronto”¹⁸.

Es por ello que el tribunal regional en cada una de las resoluciones de supervisión de cumplimiento, en pos de fundamentar el deber del Estado de cumplimentar lo ordenado en la sentencia condenatoria por su responsabilidad en el cometimiento de violaciones de derechos humanos, manifiesta que

18 Cfr. García Ramírez, Sergio. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte IDH, Costa Rica, 2005, p. 82, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuarto-siglo.pdf> (acceso 22/09/2017).

“la obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecidas. Las obligaciones convencionales de los Estados Partes vinculan a todos los poderes y órganos del Estado”¹⁹.

Así también, la propia Corte IDH ha dicho en el caso *Mack Chang* que Guatemala

“no se ha abstenido de formular condena dejando al sistema interno la adopción de tan relevante consecuencia de la violación cometida. Por el contrario, ha dispuesto claramente la condena, cuando ello ha sido pertinente, como corresponde a su deber jurisdiccional, pero al mismo tiempo ha reconocido que algunos aspectos de esa decisión pueden ser precisados adecuadamente al amparo de la ley nacional y por parte de las autoridades internas, como ha ocurrido en asuntos que involucran indemnizaciones laborales, estimaciones mercantiles, precisiones sobre posesión o dominio, etcétera, sin que esto implique, obviamente, dejar en terceras manos la definición de puntos esenciales de la condena o renunciar a la facultad de supervisión sobre el cumplimiento de sus resoluciones, que es inherente a su misión jurisdiccional y sin

¹⁹ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 26 de noviembre de 2013.

la cual no podría cumplir las atribuciones y los deberes que le asignan los artículos 33.b, 62.1, 63.1 y 65 de la Convención”²⁰.

V. La supervisión de las sentencias de la Corte IDH en interacción con temáticas conexas

1. Seguimiento y justicia eficaz

La eficacia de la justicia en el sistema interamericano puede meritarse también con relación al cumplimiento de las decisiones y es allí donde juegan un rol importante las medidas de seguimiento, a través de las cuales la Corte IDH continúa la supervisión de las sentencias dictadas.

Así, entonces, son de importancia en esta etapa y tenidas en cuenta por la misma –para emitir sus resoluciones– las informaciones y observaciones que recibe de la CIDH, del Estado obligado a reparar en la sentencia, de la representación de las víctimas y de lo expuesto en las audiencias públicas o privadas, convocadas al efecto de hacer del seguimiento un mecanismo aún más efectivo.

De manera indudable, todo lo anterior presupone el cumplimiento por parte del Estado de lo establecido en la sentencia y –más allá de la precisión del artículo 68.1 de la CADH al respecto– es claro Rodríguez Rescia cuando sostiene que “la verdadera fuerza conminatoria de los fallos de la Corte debe radicar en el mismo compromiso de los Estados parte en la Convención, de cumplir con la decisión de la Corte. Ese “compromiso” no puede utilizarse para disminuirle fuerza

²⁰ Corte IDH. *Caso Mack Chang vs. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, Serie C, n° 115, sentencia del 25 de noviembre de 2003, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 73.

coercitiva a los fallos, ya que por el contrario, es una obligación que tienen los Estados Parte de respetar los derechos y libertades contemplados en la Convención, de conformidad con el art.1.1 de la misma”²¹.

En este sentido, en el seguimiento al caso *Fontevecchia y D’Amico* el tribunal regional sostuvo que

“la facultad de la Corte de supervisar sus Sentencias es inherente al ejercicio de sus facultades jurisdiccionales y tiene por objetivo que las reparaciones ordenadas por este Tribunal para el caso en concreto efectivamente se cumplan o implementen. Asimismo, cabe resaltar que la facultad de la Corte de realizar la supervisión de sus Sentencias y demás decisiones es una de las atribuciones más relevantes de este Tribunal para la protección de los derechos humanos, ya que la implementación efectiva de las decisiones de la Corte es la pieza clave de la verdadera vigencia y eficacia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”²².

De igual modo, en otra de las resoluciones de supervisión de cumplimiento del período *sub examine* para el caso *Yatama* la Corte IDH sostuvo que

“considera pertinente referirse a la inobservancia por parte del Estado de la obligación de informar al Tribunal sobre el cumplimiento de la Sentencia. Tal como la Corte ha informado a la Asamblea General de la OEA, la facultad de supervisar sus sentencias es inherente al ejercicio de sus facultades jurisdiccionales y tiene por objetivo que las

21 *Cfr.* Rodríguez Rescia. Víctor. “Las reparaciones en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista IIDH*, Vol. 23, 1996, pág. 149.

22 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D’amico vs. Argentina*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 1 de septiembre de 2015, párr. 7.

reparaciones ordenadas por este Tribunal para el caso en concreto efectivamente se implementen y se cumplan. Para lograr este objetivo, el Tribunal solicita información al Estado periódicamente sobre las actividades desarrolladas para los efectos de dicho cumplimiento y recaba las observaciones de la Comisión y de los representantes de las víctimas. Además, cuando lo considera pertinente emite resoluciones o convoca al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en ésta escucha el parecer de la Comisión. En esta línea, el procedimiento sobre la supervisión del cumplimiento de sus propias Sentencias y otras decisiones, regulado en el artículo 69 de su Reglamento, es una de las atribuciones más relevantes de la Corte para la protección de los derechos humanos, ya que “[l]a implementación efectiva de las decisiones de la Corte es la pieza clave de la verdadera vigencia y eficacia del Sistema Interamericano, sin la cual se hace ilusorio el propósito que determinó su establecimiento”²³.

2. Seguimiento y efecto útil

El no cumplimiento de lo dispuesto en las sentencias de la Corte IDH por los Estados parte en la CADH que aceptaron su competencia, “despoja” –retomando la palabra utilizada por esta– de eficacia a sus resoluciones y se constata que las posiciones de los Estados frente al incumplimiento, con los matices de cada caso; estas van desde el silencio y su consecuente omisión del deber de informar al tribunal regional sobre los avances en las reparaciones ordenadas, hasta el desacato.

23 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 22 de agosto de 2013, párr. 11.

El efecto útil de la CADH y su contenido se tornan algo ilusorio, como también lo ha afirmado la Corte IDH en las resoluciones de supervisión de cumplimiento de los casos *Apitz Barbera y otros*²⁴ y *López Mendoza*²⁵; en ambas, el tribunal regional sostuvo lo siguiente:

“El incumplimiento manifiesto expresado por medio de la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia impide el efecto útil de la Convención y su aplicación en el caso concreto por su intérprete último. Del mismo modo, desconoce el principio de cosa juzgada internacional sobre una materia que ya ha sido decidida, y deja sin efecto y hace ilusorio el derecho al acceso a la justicia interamericana de las víctimas de violaciones de derechos humanos, lo cual perpetúa en el tiempo las violaciones de derechos humanos que fueron constatadas en la Sentencia. Por tanto, conforme al Derecho Internacional que ha sido democrática y soberanamente aceptado por el Estado venezolano, es inaceptable, que una vez que la Corte Interamericana haya emitido una Sentencia el derecho interno o sus autoridades pretendan dejarla sin efectos”.

Asimismo, en la casi totalidad de las resoluciones de supervisión de cumplimiento relevadas para el objeto de este trabajo y en pos de darle fundamento al estrechísimo vínculo existente entre el cumplimiento de lo ordenado por la Corte IDH y el principio de efecto útil, esta considera lo siguiente:

“De conformidad con lo establecido en el artículo 68.1 de la Convención Americana, “[l]os Estados Partes en la Convención se

24 Corte IDH. *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 23 de noviembre de 2012, párr. 39.

25 Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de noviembre de 2015, párr. 11.

comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes’. Asimismo, deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos”²⁶.

3. Seguimiento y OEA (Artículo 65)

El sistema interamericano de protección de derechos humanos contempla una herramienta de garantía colectiva –de última *ratio*– para aquellos casos en los que la Corte IDH constata no solamente que un Estado no ha dado cabal cumplimiento a sus fallos, sino que con su actitud (faltar al deber de informar, manifestaciones públicas de representantes estatales y otras) da cuenta de que la misma no variará en un futuro inmediato.

La crítica efectuada a la falta de implementación de un mecanismo para darle mayor efectividad al artículo 65 de la CADH representa una carencia, ya que la sola inclusión en el Informe anual a la Asamblea General de la OEA no tiene mayor impacto para el Estado que incumple; a esto se suma el hecho de que en dicho órgano no se debaten ni analizan las razones que llevan a tal desacato, aunado a la carencia de intervención en el procedimiento de órganos políticos tales como la Comisión

26 Corte IDH. *Caso de la masacre de La Rochela vs. Colombia*, resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia del 31 de agosto de 2015, párr. 2.

de Asuntos Jurídicos y Políticos y el Consejo Permanente. En palabras de Manuel Ventura Robles, si ello aconteciera “se tendría una instancia internacional adicional, que sería una importante herramienta en la lucha contra la impunidad²⁷.”

Este exjuez de la Corte IDH emitió un voto razonado²⁸ en el que expuso, de manera acabada, una propuesta a la luz de algunos pronunciamientos estatales –como el reciente de la Corte Suprema de Justicia argentina²⁹– que va claramente en retroceso de lo sostenido por ese mismo órgano hasta hace un tiempo y merecería ser objeto de un trabajo aparte. A ello se suma la denuncia a la CADH por parte de Venezuela, que en su conjunto da cuenta de la necesidad de establecer efectivamente mecanismos tendientes a asegurar el cumplimiento de lo ordenado por el tribunal regional, en pos del tan mentado fortalecimiento del sistema.

Así también, la Corte IDH ha indicado que “la labor de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, cuando se le presenta un incumplimiento manifiesto por parte de uno de los Estados de una Sentencia emitida por la Corte Interamericana, es precisamente la de proteger el efecto útil de la Convención Americana y evitar que la justicia interamericana se torne ilusoria al quedar al arbitrio de las decisiones internas de un Estado”³⁰.

27 Ventura Robles, Manuel. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad, en *Estudios sobre el sistema interamericano de derechos humanos*, p. 363, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31036.pdf> (acceso 23/09/2017).

28 Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago* (Fondo, Reparaciones y Costas), voto razonado del juez Manuel Ventura Robles, sentencia del 11 de marzo de 2005.

29 Corte Suprema de Justicia de la Nación. 368/1998 (34-M)/CS1 Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte IDH.

30 Ver nota 25.

a. Casos en los que la Corte IDH ha hecho uso del artículo 65 de la CADH

Estas resoluciones corresponden a casos en los que los Estados o bien han hecho caso omiso a lo dispuesto por el tribunal regional o en los cuales la situación constatada oportunamente no ha variado con el transcurso del tiempo. Los casos correspondientes al período 2013-2016 ascienden a trece, perteneciendo los mismos a los siguientes Estados: Haití, Nicaragua, Trinidad y Tobago y Venezuela.

El caso haitiano en el que la Corte IDH decide informar a la Asamblea General de la OEA es el de Yvon Neptune³¹, con sentencia del 6 de mayo de 2008 y resolución de supervisión que dispone el uso del artículo 65, del 20 de noviembre de 2015. El caso nicaragüense en el que se decide informar a dicha Asamblea General es el de Yatama³², con sentencia del 23 de junio de 2005 y resolución de supervisión emitida el 20 de noviembre de 2015, disponiendo lo mismo. El Estado venezolano es el que tiene más casos en este supuesto; en el presente estudio se han detectado nueve y son los siguientes:

- El Amparo, con sentencia del 14 de septiembre de 1996 y resolución de supervisión del 20 de noviembre de 2015³³.
- Blanco Romero y otros, con sentencia del 28 de noviembre de 2005 y resolución de supervisión del 20 de noviembre de 2015³⁴.

31 Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haití*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de noviembre de 2015.

32 Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua* resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 20 de noviembre de 2015.

33 Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 20 de noviembre de 2015.

34 Corte IDH. *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de noviembre de 2015.

- Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), con sentencia del 5 de julio de 2006 y resolución de supervisión del 20 de noviembre de 2015³⁵.
- Ríos y otros, con sentencia del 28 de enero de 2009 y resolución de supervisión del 20 de noviembre de 2015³⁶.
- Perozo y otros, con sentencia del 28 de enero de 2009 y resolución de supervisión del 20 de noviembre de 2015³⁷.
- Reverón Trujillo, con sentencia del 30 de junio de 2009 y resolución de supervisión del 20 de noviembre de 2015³⁸.
- Barreto Leiva, con sentencia del 17 de noviembre de 2009 y resolución de supervisión del 20 de noviembre de 2015³⁹.
- Usón Ramírez, con sentencia de fecha 20 de noviembre de 2009 y resolución de supervisión del 20 de noviembre de 2015⁴⁰.
- López Mendoza, con sentencia de fecha 1 de septiembre de 2011 y resolución de supervisión del 20 de noviembre de 2015⁴¹.

35 Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de noviembre de 2015.

36 Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de noviembre de 2015.

37 Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de noviembre de 2015.

38 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de noviembre de 2015.

39 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de noviembre de 2015.

40 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de noviembre de 2015.

41 Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de noviembre de 2015.

Así también, son dos los casos de Trinidad y Tobago en los que la Corte IDH dispuso poner en funcionamiento la garantía colectiva prevista en el artículo 65 de la CADH:

- Hilaire, Constantine, Benjamin y otros, con sentencia del 21 de junio de 2002 y resolución de supervisión del 20 de noviembre de 2015⁴².
- Caesar, con sentencia del 11 de marzo de 2005 y resolución de supervisión del 20 de noviembre de 2015⁴³.

Se citan acá algunos de los extractos considerados más relevantes, expuestos por el tribunal regional en las resoluciones antedichas.

En Ríos y otros, Perozo y otros y Reverón Trujillo, la Corte IDH sostuvo en el párrafo diez lo siguiente: “Los incumplimientos constatados por este Tribunal del deber de informar y de la obligación de ejecutar las medidas pendientes dispuestas por la Corte, resultan particularmente graves tomando en consideración no solo el prolongado tiempo transcurrido desde la emisión de las respectivas Sentencias, sino que ello pareciera ser una posición generalizada de Venezuela con respecto a estos casos en etapa de supervisión de cumplimiento ante la Corte, fundamentalmente a partir del 2010”⁴⁴.

Tres párrafos después, en la misma resolución y tomado de la de Apitz Barbera, la Corte IDH –en lo que pudiera interpretarse como un pedido de auxilio a los Estados parte en la CADH– afirmó lo siguiente: “Ante esta situación los Estados Americanos

42 Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs Venezuela*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de noviembre de 2015.

43 Corte IDH. *Casos Caesar vs. Trinidad y Tobago*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de noviembre de 2015.

44 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de noviembre de 2015, párr. 10.

han dispuesto un sistema de garantía colectiva en donde todos los Estados Parte deben realizar todos los esfuerzos para que no haya un evidente abandono por parte de los Estados de su obligación de cumplir y acatar las Sentencias de la Corte”.

En López Mendoza, el tribunal regional –frente a una decisión de la Sala Constitucional venezolana de declarar “inejecutable” su pronunciamiento– expuso: “Esa posición estatal evidencia una actuación contraria al principio internacional de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones que inspira el sistema de protección de derechos humanos”⁴⁵; además, señaló que dicho “curso de acción resulta necesario en casos como el presente, donde existe un pronunciamiento del más alto Tribunal del Estado en el que se manifiesta el objetivo de incumplir de manera frontal con la obligación de acatar una Sentencia de la Corte”⁴⁶.

Asimismo, en la resolución correspondiente al caso Yvon Neptune la Corte sostuvo:

“En cuanto al cumplimiento de la Sentencia, el Tribunal estima inaceptable que Haití pretenda reabrir debates que no corresponden a esta etapa del proceso internacional. La postura adoptada por el Estado en la etapa de supervisión de cumplimiento constituye un cuestionamiento a lo decidido por la Corte en dicha Sentencia, lo cual resulta inadmisibles de conformidad con el artículo 67 de la Convención Americana [...] Dicha posición constituye un acto de evidente desacato de la obligatoriedad de las Sentencias de esta Corte, contrario al principio internacional de acatar sus obligaciones convencionales de buena fe y un incumplimiento al deber de informar al Tribunal”⁴⁷.

45 Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de noviembre de 2015, párr. 9.

46 *Ibid.*, párr. 13.

47 Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs Haití*, resolución de supervisión de cumplimiento de 20 de noviembre de 2015.

Cabe destacar que solo dos de los casos relevados, Yatama e Yvon Neptune, no pertenecen a Estados que han denunciado a la fecha la Convención.

Algunas de las consideraciones vertidas en el primer caso venezolano en llegar a este extremo, Apitz Barbera⁴⁸, integran este punto y han servido de precedente para el resto de los asuntos incluidos en este supuesto. El caso de Consuelo Benavides Cevallos de Ecuador, cuya resolución de supervisión de cumplimiento data del 27 de noviembre de 2003, fue el primero en el que el tribunal regional aplicó el artículo 65 de la CADH.

No sería alentador pensar en una proyección de este número de casos, pero tal vez la cantidad ya existente en este “segundo envío” –puesto que los trece casos relevados corresponden a una misma fecha– podría a su vez constituir un llamado de atención a la OEA para efectivizar de una vez por todas el mecanismo previsto en el artículo 65 de la CADH y en el artículo 30 del Estatuto de la Corte IDH.

La reflexión sobre este asunto recobra plena actualidad ya que, como lo asevera Salvioli, “en ambos sistemas (haciendo alusión al sistema universal y al interamericano) hay un proceso de discusión respecto a la necesidad de involucrar de mejor manera a los órganos políticos de las respectivas Organizaciones en el procedimiento de supervisión”⁴⁹.

48 Ver nota 26.

49 Cfr. Salvioli, Fabián. *Diálogo entre mecanismos convencionales de protección de derechos humanos en los sistemas de Naciones Unidas e Interamericano*, documento base para la discusión del panel realizado en el marco de la 27ª Reunión anual de presidentes de los órganos de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas, San José, Costa Rica, 23 de junio de 2015.

4. Seguimiento e impunidad

Este punto en particular no deja de resultar preocupante en el sistema interamericano de derechos humanos, puesto que en algunos casos se vincula con el anterior. Ventura Robles expuso cierta crítica en el 2005, haciendo alusión al cumplimiento por parte de los Estados, señalando que “se progresa muy lentamente o no se progresa del todo, en la investigación de los hechos y el enjuiciamiento y sanción de los responsables”⁵⁰. Eso continúa siendo así, un decenio después.

En este apartado, como paradigmático de hasta dónde se puede debilitar y socavar el intento de la justicia interamericana en pos de asegurar, proteger y promover los derechos humanos, cabe observar lo que sucede cuando el sistema se topa con casos de impunidad que se sostienen por más de 35 años⁵¹, donde las implicancias colocan a quienes fueron y siguen siendo víctimas de violaciones a derechos humanos en un perpetuo círculo vicioso y perverso.

El sistema y la comunidad de derechos humanos se frustra, frente a la evidencia que surge de la lectura de las resoluciones de supervisión conjunta de cumplimiento de sentencias sobre los siguientes casos de Guatemala: Blake; “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros); Bámaca Velásquez; Myrna Mack Chang; Maritza Urrutia; Molina Theissen; masacre Plan de Sánchez; Carpio Nicolle y otros; Tiu Tojín; masacre de las Dos Erres; y Chitay Nech y otros, conocido como “11

50 Ventura Robles, Manuel. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana...*, pág.362.

51 Tanto las desapariciones del niño Molina Theissen como la de Florencio Chitay Nech en Guatemala, ocurrieron en 1981 y continúan sin ser esclarecidas a la fecha.

casos guatemaltecos”⁵² que al año siguiente dio lugar a otra⁵³, incorporando la Corte IDH en esa resolución al caso de la Panel Blanca (Paniagua Morales y otros).

Es en este seguimiento, en el cual el tribunal regional actúa unificando casos contra ese Estado, que este ciñe su supervisión específicamente a la “obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar a los responsables de violaciones a derechos humanos”, ya que en dichos asuntos constata que los procesos penales se encuentran en la misma etapa que al inicio o presentan dificultades similares, permaneciendo sin avances. Consecuentemente, la Corte IDH desgana los obstáculos estructurales y comunes existentes en dicho Estado para cumplir con lo ordenado en las sentencias oportunamente dictadas.

Eso ocurrió en los casos de Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña en Bolivia, cuyo seguimiento fue objeto de análisis por datar de mayo de 2013; en el de Rainer Ibsen Cárdenas su ejecución extrajudicial se remonta a 1972, mientras que la desaparición forzada de su hijo José Luis –a manos de agentes de seguridad del Estado boliviano– tuvo lugar en 1973. La impunidad prevaleciente ha provocado que la Corte IDH recuerde “que en

52 Las sentencias emitidas por la Corte IDH que fueron objeto de la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia son las siguientes: el 22 de enero de 1999 en el caso Blake, el 25 de mayo de 2001 en el caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros), el 26 de mayo de 2001 en el caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), el 22 de febrero de 2002 en el caso Bámaca Velásquez, el 25 de noviembre de 2003 en el caso Myrna Mack Chang, el 27 de noviembre de 2003 en el caso Maritza Urrutia, el 3 de julio de 2004 en el caso Molina Theissen, el 19 de noviembre de 2004 en el caso masacre Plan de Sánchez, el 22 de noviembre de 2004 en el caso Carpio Nicolle y otros, el 26 de noviembre de 2008 en el caso Tiu Tojín, el 24 de noviembre de 2009 en el caso de la masacre de las Dos Erres, y el 25 de mayo de 2010 en el caso Chitay Nech y otros.

53 Corte IDH. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencias respecto de la obligación de investigar, juzgar, y de ser el caso, sancionar a los responsable de violaciones a los derechos humanos, de 24 de noviembre de 2015.

la Sentencia se ordenó al Estado remover todos los obstáculos, *de facto y de jure*, que mantienen la impunidad en este caso, y dirigir y concluir las investigaciones y procesos pertinentes *ex officio*, en un plazo razonable, y con el fin de establecer toda la verdad de los hechos”⁵⁴.

Esta problemática no es exclusiva de uno o dos Estados; la Corte IDH lo ha constatado –con sus matices– en casos de masacres en Colombia⁵⁵ y El Salvador⁵⁶, o en el caso de García Lucero⁵⁷. Ello da cuenta de un estado de cosas estructuralmente nocivo, asociado de manera ineludible a dos tópicos: la democracia, en términos de calidad institucional, y la corrupción incrustada en las diferentes esferas estatales, que operan como óbice para el aseguramiento del pleno disfrute de los derechos humanos contemplados en la CADH.

5. Seguimiento y control de convencionalidad

Otro tema que no puede desvincularse del objeto de este trabajo es el del control de convencionalidad, puesto que está ínsito en el resultado concreto que puedan tener los fallos de la Corte IDH dentro del Estado que resulte señalado como responsable por violaciones a lo establecido en la CADH y otros instrumentos interamericanos, e incluso frente al resto de los

54 Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 14 de mayo de 2013, párr. 12.

55 Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela...*; Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, resolución de supervisión de sentencia del 21 de mayo de 2013.

56 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 3 de mayo de 2016.

57 Corte IDH. *Caso García Lucero y otras vs. Chile*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 17 de abril de 2015.

Estados parte en la CADH por el concepto de garantía colectiva y la expresa obligación que surge de la misma, en cuanto a ser notificados de las sentencias que emite.

Por ello, en este punto expondremos algunos de los extractos de las resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencias en los que el tribunal regional abordó el tema en cuestión, entre las que surge la del caso Gelman donde el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot desarrolló un voto razonado de lectura ineludible para el tema que nos ocupa.

Esto último, ha tenido igualmente su desarrollo cuando dicho magistrado expresa que “se explicita la obligación de los Estados Parte de la Convención Americana sobre la vinculación de la ‘norma convencional interpretada’ (*res interpretata*) como una de las manifestaciones en que puede desplegarse el ‘control de convencionalidad’ en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte material en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia interamericana”⁵⁸.

Así también, la tarea interpretativa que surge del control de convencionalidad no debe ser desdeñada; la misma Corte IDH entiende que de ser efectuada de manera errónea o incorrecta la obligación que tienen los Estados en torno a cómo ejercerlo, puede tornarla ilusoria u obstaculizar su cumplimiento.

Del mismo modo, en la supervisión a dos casos guatemaltecos –masacres de Río Negro y Gudiel Álvarez– afirmó el tribunal regional que

58 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*, voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de marzo de 2013, párr. 56.

“cuando existe cosa juzgada internacional el ‘control de convencionalidad’ posee un importante rol en el cumplimiento o implementación de la Sentencia de la Corte Interamericana, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces nacionales. El órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”⁵⁹.

Y agregó en la resolución referida que

“cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. El control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional”⁶⁰.

59 Corte IDH. *Casos Masacres de Río Negro y Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 21 de agosto de 2014.

60 *Ibid.*

La Corte IDH reconoció al Estado mexicano –en ocasión del seguimiento efectuado al caso Radilla Pacheco– que “la decisión de la SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación) de 14 de junio de 2011 [...] contribuye de manera positiva a la protección y promoción de los derechos humanos dentro del Estado mexicano, entre otros, al exigir la realización, por parte de todos los miembros del poder judicial, de un control de convencionalidad *ex officio* en los términos establecidos en la Sentencia emitida por la Corte Interamericana en este caso”⁶¹.

6. Seguimiento y reparaciones

Claramente, este acápite es casi la razón de ser del seguimiento y su objetivo primordial: acaecida la violación de un derecho humano consagrado en la CADH o en aquellos otros instrumentos que la Corte IDH también es llamada a aplicar, una vez establecida la responsabilidad internacional del Estado en cuestión surge la obligación de reparar –de manera integral– los daños causados a las víctimas de esas violaciones y, de corresponder, también a sus familiares.

Tal como lo ha dicho Krsticevic, resulta que la “reparación de las violaciones de derechos humanos en virtud de una resolución internacional hace realidad la tutela comprometida por las naciones de la región al ratificar la Convención Americana y otros tratados interamericanos; por esto, sin ejecución de las sentencias en la esfera local, no es posible hablar de verdadera tutela regional. Su incumplimiento erosiona la autoridad de las decisiones de la Comisión y la Corte y desprotege a quienes acuden a este ámbito en búsqueda de amparo”⁶².

61 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 14 de mayo de 2013.

62 Cfr. Krsticevic, Viviana. Reflexiones sobre la ejecución de las decisiones del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, en *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos: Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Centro por la Justicia y

Así, la Corte IDH ha reiterado en gran parte de las resoluciones de supervisión analizadas ante casos de incumplimiento estatal de la obligación de reparar, lo siguiente:

“Al respecto, es menester añadir que siempre, según el derecho internacional consuetudinario y lo afirmado por la Corte, al producirse un hecho ilícito atribuible a un Estado, surge la responsabilidad internacional de éste por violación de una norma internacional, dándose así origen a una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de reparar. Tal como ha indicado la Corte, el artículo 63.1 de la Convención reproduce el texto de una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados. La falta de la ejecución de las reparaciones en el ámbito interno implica la negación al derecho de acceso a la justicia internacional”⁶³.

La misma Corte IDH realiza un agrupamiento de seis tipos de medidas de reparación para llevar adelante su tarea de supervisión, a saber: restitución; rehabilitación; satisfacción; garantías de no repetición; obligación de investigar, juzgar y, su caso, sancionar; e indemnizaciones con reintegro de costas y gastos.

Así en cada una de las resoluciones relevadas el tribunal declara dar por concluido el caso, por constatar que la totalidad de las reparaciones ordenadas en la sentencia han sido cumplidas por el Estado; o dar por satisfechas en su totalidad algunas cuyo cumplimiento ha sido verificado, pero mantener abierto el proceso de supervisión frente a otras que aún no han sido cumplidas. Inclusive, a veces da cuenta de cumplimientos

el Derecho Internacional, Buenos Aires, 2007, p. 15

63 Corte IDH. *Caso Fleury y otros vs. Haití*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 22 de noviembre de 2016.

parciales de las reparaciones ordenadas; por ejemplo, al tratarse de una reparación pecuniaria en la cual el Estado efectivamente realizó el depósito de una suma de dinero en concepto de indemnización, ya sea a una víctima o sus familiares conforme lo ordenó la Corte IDH en su sentencia, pero aún adeuda lo correspondiente a intereses moratorios o su actualización.

Es interesante poder extraer conclusiones concretas sobre qué tipo de reparaciones han sido cumplidas efectivamente por los Estados responsables⁶⁴, durante el período de referencia; a simple vista se observa que las reparaciones pecuniarias, salvo caso particulares asociados a conceptos por actualizaciones o intereses moratorios, son aquellas que los Estados en líneas generales cumplen.

Sobre este punto, vale destacar que en lo que respecta a la ejecución del cumplimiento de reparaciones consistentes en indemnizaciones pecuniarias, la existencia o no de una norma interna específica en el Estado no debería servir de argumento para implicar dilaciones en el pago a las víctimas ni brindar la posibilidad a las autoridades de cuestionar su contenido⁶⁵.

Y en segundo orden de cumplimiento aparecen las reparaciones no pecuniarias, particularmente las llamadas medidas de satisfacción.

Para graficar lo dicho, si tomásemos la imagen de una pirámide, lamentablemente quedarían en su base —es decir, en la

64 Rey, Sebastián (director). El nivel de cumplimiento estatal de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, en *Los desafíos del sistema interamericano de protección de derechos humanos en el siglo XXI*, capítulo 8, Universidad Nacional de Lanús, Argentina, 2015.

65 *Cfr.* Correa, Cristián. Comentario al artículo 63. Reparaciones y medidas provisionales, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentada*, Fundación Konrad Adenauer, 2014, pág. 845.

parte de mayor volumen de la pirámide— aquellas asociadas a las obligaciones estatales de garantía con relación a la investigación, el juzgamiento y —si correspondiera— la sanción a los responsables de violaciones de derechos humanos consagrados en la CADH.

7. Seguimiento y financiamiento

El problema del financiamiento de los órganos de protección de derechos humanos, como es sabido, no escapa a la Corte IDH y también se vincula con el objeto de este trabajo⁶⁶. Solamente focalizaremos aquí en lo que refiere la Corte IDH al reintegro de costas y gastos para su Fondo de Asistencia Legal para las Víctimas (en adelante, FALV).

a. El caso del FALV

Entre las resoluciones relevadas, aparecen aquellas en las que la Corte IDH solamente constata el cumplimiento de lo ordenado al Estado de reintegrar al FALV. Este, tal como se encarga de explicitarlo el tribunal regional en las resoluciones de referencia, fue aprobado en 2008 por la Asamblea General de la OEA con el “objeto [de] facilitar acceso al sistema interamericano de derechos humanos a aquellas personas que actualmente no tienen los recursos necesarios para llevar su caso al sistema”⁶⁷; asimismo, se aprobó que tuviera dos cuentas separadas: una para

66 Rey, Sebastián (director). El (des)financiamiento de los órganos de protección del sistema interamericano de derechos humanos: La madre de todas las batallas, en *Los desafíos del sistema interamericano de protección de derechos humanos en el siglo XXI*, Universidad Nacional de Lanús, Argentina, 2015, capítulo 8.

67 OEA. *Creación del Fondo de Asistencia Legal del sistema interamericano de derechos humanos*, Asamblea General, período ordinario de sesiones, cuarta sesión plenaria, 3 de junio de 2008, AG/RES. 2426 (XXXVIII-O/08), párrafo dispositivo 2.a.).

la CIDH y otra para la Corte IDH. El artículo 2.1 del Reglamento del FALV estipula que este se financia por medio de los “[a]portes de capital voluntarios de los Estados miembros de la OEA, de los Estados Observadores Permanentes, y de otros Estados y donantes que deseen colaborar”⁶⁸.

“En lo que respecta al financiamiento del Fondo de Asistencia de la Corte, el Tribunal recuerda que desde su funcionamiento a partir del 2010, este ha dependido de los aportes de capital voluntarios de fuentes cooperantes y del aporte de un Estado miembro de la OEA, así como de los reintegros que realicen los Estados responsables, razón por la cual los recursos disponibles en el mismo son limitados. Es por ello que el Tribunal resalta la voluntad de cumplimiento de sus obligaciones internacionales demostrada por el Estado de Panamá al reintegrar los recursos al referido Fondo de Asistencia. El reintegro realizado por Panamá contribuirá a la sostenibilidad de dicho Fondo, el cual está dirigido a brindar asistencia económica a las presuntas víctimas que carecen de recursos económicos suficientes para sufragar los gastos del litigio ante la Corte Interamericana, garantizando su acceso a la justicia en términos igualitarios”⁶⁹.

En este sentido la Corte IDH señala lo siguiente: “El Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana no cuenta con recursos del presupuesto ordinario de la OEA. Hasta la fecha los fondos provienen de proyectos de cooperación firmados por el Tribunal con Noruega y Dinamarca, y del aporte voluntario realizado por Colombia”⁷⁰.

68 OEA. *Reglamento para el funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal del sistema interamericano de derechos humanos*, Consejo Permanente, 11 de noviembre de 2009, CP/RES. 963 (1728/09).

69 Corte IDH. *Caso de los pueblos indígenas kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, reintegro al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, resolución del 28 de agosto de 2015, párr. 4.

70 *Ibid.*, nota 8.

Los casos de resoluciones relevadas en el período 2013-2016, son los siguientes:

- Véliz Franco y otros vs. Guatemala, resolución del 26 de enero de 2015.
- Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, resolución de 26 de enero de 2015.
- Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia; resolución de 26 de enero de 2015. Caso Suárez Peralta vs. Ecuador; resolución de 26 de enero de 2015.
- Torres Millacura y otros, Fornerón e hija, Furlan y Familiares, Mohamed y Mendoza y otros vs. Argentina; resolución de 26 de enero de 2015.
- Rochac Hernández y otros vs. El Salvador; resolución de 23 de junio de 2015.
- Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá; resolución de 28 de agosto de 2015.

8. Seguimiento, celeridad y economía procesal

La misma Corte IDH, en sus informes anuales, reconoce que la tarea de supervisión de cumplimiento de sentencias se ha convertido en una de sus actividades más demandantes, a raíz del aumento en el número de casos que es llamada a evaluar en la fase de seguimiento. Es por ello, que de manera sucinta, nos centraremos en dos mecanismos que consideramos han sido eficaces para facilitar la ardua labor que se requiere en esta etapa por su parte.

Uno es el tratamiento conjunto de casos frente a un mismo Estado y el otro la posibilidad de la Corte IDH de convocar a audiencias. Ambas herramientas tienden a dar celeridad al proceso y dotarlo de economía procesal. En este sentido lo entiende la Corte IDH en la exposición de motivos de las reformas a su Reglamento, aprobadas en el año 2009⁷¹.

a. Audiencias

La Corte IDH lleva adelante audiencias en esta fase del proceso desde el 2007. En la resolución de supervisión de cumplimiento del 22 de agosto de 2013, en el caso Yatama, el propio órgano relata en qué consisten las mismas y cómo las desarrolla.

“En efecto, un mecanismo innovador que la Corte lleva a cabo desde el año 2007 son las audiencias de supervisión de cumplimiento de sentencias. En ellas el Tribunal procura que se produzca avenimiento entre las partes, sugiere algunas alternativas de solución, impulsa el cumplimiento, llama la atención frente a incumplimientos marcados de falta de voluntad, promueve el planteamiento de cronogramas de cumplimiento a trabajar entre todos los involucrados, e incluso, pone a disposición sus instalaciones para que las partes puedan tener conversaciones que muchas veces no son fáciles de concretar en el propio Estado involucrado. Por su parte, las partes tienen la oportunidad de conocer de manera directa sus posiciones y reaccionar frente a ellas, generando espacios participativos, de diálogo y concertación con las autoridades estatales y las víctimas o sus representantes”⁷².

71 Corte IDH. *Exposición de motivos de la Reforma Reglamentaria*, pág. 4, disponible en http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_motivos_esp.pdf (acceso 23/09/2017).

72 Corte IDH. *Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 22 de agosto de 2013*.

“Al respecto, este Tribunal ha tenido la oportunidad de informar a la Asamblea General de la OEA que, desde su implementación, se han obtenido resultados favorables con las audiencias de supervisión, ya que se ha registrado un avance significativo en el cumplimiento de las reparaciones ordenadas por la Corte. En este sentido, la Corte resalta que, en la práctica, el mecanismo de la celebración de audiencias de supervisión ha promovido condiciones para facilitar el cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal en sus fallos. A modo ilustrativo, en los casos Gómez Palomino y De la Cruz Flores, después de reiterados períodos en los que el Estado del Perú no presentó información, se le solicitó la presentación de ésta mediante Resoluciones dictadas por la Corte y se realizaron audiencias de supervisión de cumplimiento. Una vez realizado dicho procedimiento, el Estado informó sobre avances en el cumplimiento de las sentencias respectivas. Con base en dicha información y las observaciones de la Comisión y de los representantes, la Corte declaró cumplidos algunos de los puntos ordenados en dichos fallos. Asimismo, en los casos de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Vargas Areco y Valle Jaramillo, como consecuencia de la celebración de audiencias de supervisión de cumplimiento, la disposición al diálogo manifestada durante éstas por los respectivos Estados de Nicaragua, Paraguay y Colombia, y la posterior concertación entre las partes en cada caso, se dieron avances significativos en el cumplimiento de los fallos respectivos. En efecto, la Sentencia del caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni fue cumplida por Nicaragua en su totalidad”⁷³.

“Cabe señalar que, en respuesta a esta práctica, la Asamblea General de la OEA ha reafirmado la importancia de ‘la celebración de audiencias de supervisión del cumplimiento de sentencias, por ser uno de los mecanismos desarrollados más

73 *Ibid.*, párr. 13.

efectivos para avanzar en el cumplimiento de las mismas’. Es así que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69.3 del Reglamento vigente, el Estado debe comparecer ante la Corte cuando sea convocado a una audiencia de supervisión de cumplimiento de sentencia, siendo que la falta de presentación constituye un incumplimiento de su deber de informar al Tribunal sobre la implementación de la Sentencia y una afrenta a uno de los mecanismos desarrollados en el Sistema Interamericano más efectivos y democráticamente aprobados”⁷⁴.

Asimismo, las audiencias han sido realizadas por la Corte IDH no solo de manera individual sino también en el tratamiento conjunto de casos, como se verá en el punto siguiente; también ha realizado audiencias de supervisión de cumplimiento de sentencias en el territorio de los Estados responsables, como en Honduras y Panamá.

b. Tratamiento unificado de casos

En uso de las facultades que le confiere el artículo 30.5 de su Reglamento esto procede en los casos que guarden estrecha relación entre sí y sean de un mismo Estado; también en los que lo ordenado por el tribunal regional presente identidad y se reserva esta posibilidad, que tiene por objeto desarrollar de manera más eficiente el seguimiento de las reparaciones ordenadas en asuntos similares.

En el período bajo estudio se dieron algunas resoluciones de supervisión de cumplimiento en las que decidió hacer uso de esta facultad reglamentaria; lo hizo en los siguientes casos:

74 *Ibid.*, párr. 14.

- Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra vs. México, del 17 de abril de 2015.
- Cabrera García y Montiel Flores vs. México, resolución de 17 de abril de 2015.
- Comunidades indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xákmok Kásek vs. Paraguay, resolución de 24 junio de 2015.
- 12 casos guatemaltecos vs Guatemala, resolución de 24 de noviembre de 2015
- Masacres de Río Negro y Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala, resolución de 21 de agosto de 2014.
- Chocrón Chocrón, Díaz Peña, Uzcátegui y otros, vs. Venezuela. La Corte IDH emitió dos resoluciones, en noviembre de 2015 y noviembre de 2016 acerca del incumplimiento del deber de informar sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a reparaciones ordenadas.
- Caso Fernández Ortega y otros y Rosendo Cantú y otra vs. México, resolución de 17 de abril de 2015.

9. Seguimiento y archivo del caso

Para que la Corte IDH pueda archivar un caso, requiere que el Estado haya cumplido con todas y cada una de las medidas de reparación. Cuando eso sucede, emite una resolución similar a las estudiadas en el ejercicio de sus atribuciones de supervisión de cumplimiento que se le confieren, de conformidad con los artículos 33, 62.1, 62.3, y 68.1 de la CADH; 24 y 30 de su Estatuto; y 31.2 y 69 de su Reglamento. Nótese que la diferencia con las resoluciones que solo supervisan cumplimientos parciales, es que en estos casos se agregan –además de todos los anteriores– los arts. 65 y 67 de la CADH y el 25 del Estatuto.

Las resoluciones de supervisión de cumplimiento en las que la Corte IDH ha dispuesto el archivo de los casos, por considerarlos concluidos ya que el Estado ha dado “cumplimiento total” a lo ordenado en su sentencia, ascienden a diez en el período relevado; es decir, entre enero de 2013 y diciembre de 2016.

Este supuesto merece ser celebrado cuando se produce, siendo que finalmente se da el resultado buscado y es allí donde reside la verdadera eficacia de la función jurisdiccional de la Corte IDH, obteniendo las víctimas de violaciones de derechos humanos la reparación integral debida. Pero no debe olvidarse que, en realidad, el asunto se origina precisamente por el incumplimiento de parte del Estado respecto de sus obligaciones convencionales, lo que ha motivado el camino contencioso del asunto en el sistema interamericano.

Los casos cuyo archivo dispuso la Corte IDH en el período de referencia, corresponden a cinco Estados, a saber: Argentina, Bolivia, Ecuador, México y Perú. Los argentinos concluidos son dos:

- Kimel, con sentencia del 2 de mayo de 2008 y archivado por resolución del 5 de febrero de 2013⁷⁵.
- Mohamed, con sentencia del 23 de noviembre de 2012 y archivado por resolución del 13 de noviembre de 2015⁷⁶.
- El caso boliviano que dio por concluido el tribunal regional es el de la familia Pacheco Tineo⁷⁷, con sentencia del 25 de noviembre y archivado por resolución del 17 de abril de 2015.

75 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 5 de febrero de 2013.

76 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. resolución de supervisión de cumplimiento de 1 de noviembre de 2015.

77 Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 17 de abril de 2015.

Los casos ecuatorianos que concluyeron fueron cuatro:

- Albán Cornejo y otros⁷⁸, con sentencia del 22 de noviembre de 2007 y archivado por resolución de 28 de agosto de 2015.
- Salvador Chiriboga⁷⁹, con sentencia del 3 de marzo de 2011 y archivado por resolución del 3 de mayo de 2016.
- Suárez Peralta⁸⁰, con sentencia del 21 de mayo de 2013 y archivado por resolución del 28 de agosto de 2015.
- Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros⁸¹), con sentencia del 28 de agosto de 2013 y archivado por resolución del 23 de junio de 2016.

El caso mexicano que dio el tribunal regional por concluido es el de Castañeda Gutman,⁸² con sentencia del 6 de agosto de 2008 y archivado por resolución del 28 de agosto de 2013.

Por último, concluyeron también los siguientes casos peruanos:

- Castillo Petruzzi y otros⁸³ con sentencia del 30 de mayo de 1999 y archivado por resolución del 20 de septiembre de 2016.

78 Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 3 de mayo de 2016.

79 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 3 de Mayo de 2016.

80 Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, resolución de supervisión de cumplimiento sentencia del 28 de Agosto de 2015.

81 Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 23 de junio de 2016.

82 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 28 de agosto de 2013.

83 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de septiembre de 2016.

- Abril Alosilla y otros⁸⁴ con sentencia del 21 de noviembre de 2011 y archivado por resolución del 22 de mayo de 2013.

Conclusiones

Tal como se ha procurado desarrollar en el presente trabajo, la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias llevada adelante por la Corte IDH, da cuenta de la gran importancia que conlleva esta ardua labor que impulsa.

Como se ha visto, el cúmulo de casos en esta fase de la función contenciosa se ha visto incrementado no solamente por la existencia de un mayor número de asuntos; también por la particularidad que exige examinar en cada uno de ellos y el grado de cumplimiento por parte del Estado de las diversas medidas de reparaciones, ordenadas en las sentencias respectivas. Siguiendo a Correa, el desafío con relación a la labor de la Corte IDH está en incrementar su capacidad “para hacer seguimiento periódico y poder responder adecuadamente a esta voluminosa, pero a la vez importante, carga de trabajo. La labor de la Corte en ello es insustituible, pues se trata de una tarea que tiene un componente tanto de evaluación como de jurisdicción”⁸⁵.

Es esencial para poder avanzar en esta tarea, que durante el proceso de seguimiento pueda darse un diálogo interactivo entre la Corte IDH y los Estados, para que estos a su vez brinden a la Corte IDH la información adecuada cuando se lo requiera y que a partir de esta –considerando asimismo lo que le también le puedan aportar también la CIDH y la representación de la víctima– el tribunal regional tenga suficiente información para

84 Corte IDH. *Caso Abril Alosilla y otros vs. Perú*, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 22 de mayo de 2013.

85 Cfr. Correa Cristián, *Op.cit.*, pág. 845

constatar si las medidas adoptadas fueron suficientes y adecuadas para cumplimentar con lo establecido en el fallo.

La efectiva participación en las audiencias a las que el Estado sea convocado, ya sean públicas o privadas, también ha dado pruebas de resultar positiva para poder llevar adelante esta etapa de la mejor manera.

Asimismo, sería deseable que en cada uno de los Estados concernidos también exista comunicación fluida entre las diferentes áreas involucradas en la tarea de cumplimiento con las víctimas o sus familiares y/o sus representantes, en pos de lograr la realización plena de ciertas reparaciones; en particular, de las medidas de satisfacción.

En el plano interno, es importante destacar el rol que asuman las instituciones nacionales de derechos humanos aportando desde lo técnico su enfoque para que los Estados reparen integralmente a las víctimas, cumpliendo lo dispuesto por la Corte IDH en sus sentencias. Las instituciones nacionales de derechos humanos han de tener como “hoja de ruta”, igualmente, las decisiones de los órganos internacionales integradas a su mandato a fin de enriquecerlo y cooperar en el cumplimiento de la política pública en derechos humanos por parte del Estado.

El mayor desafío para la Corte IDH, tal vez, dependerá de cómo pueda sostener de ahora en más la tarea llevada adelante por la Unidad de Supervisión de Cumplimiento de Sentencias, en un contexto en el que las dificultades en el plano financiero no son menores para los órganos de protección del sistema interamericano. En este sentido, Nuño expresa que “es un hecho que cada vez existen mayores fallos emitidos por el tribunal, lo cual podrá dificultar su labor de supervisión si no se toman medidas que garanticen mayores recursos y permanencia del tribunal”⁸⁶.

86 *Cfr.* Nuño, Alejandra. Comentarios a los artículos 64 y 65, en *Convención*

Es por ello que, sea cuales fueren los mecanismos que se adopten por parte del órgano jurisdiccional con el objeto de maximizar los resultados obtenidos durante este proceso, los Estados –conforme lo que se ha podido constatar en la mayoría de las 117 resoluciones de supervisión relevadas– deberán seguir tomando medidas en pos de cumplir con las reparaciones ordenadas por la Corte IDH.

No obstante, será necesario continuar estudiando mecanismos que implementen la reparación integral, restituyendo cuando es posible el pleno ejercicio de los derechos humanos de quienes se han visto perjudicados en su goce efectivo y adoptando cuando procede las medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

Finalmente, retomando la idea esbozada por el Tribunal en *Aloeboetoe vs. Surinam*, hay que pensar “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”⁸⁷. Ante situaciones en las que es imposible reparar lo irreparable, allí reside justamente la indubitable importancia de que los Estados cumplan acabadamente con sus obligaciones internacionales en la materia.

Americana sobre Derechos Humanos: Comentada, Fundación Konrad Adenauer, 2014, pág. 911.

87 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe vs. Surinam* (Reparaciones y Costas), sentencia del 10 de septiembre de 1993, Serie C, n° 15, párr. 48.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General

(Composición 2016)

Presidencia Honoraria

Thomas Buergenthal
Pedro Nikken
Sonia Picado

Claudio Grossman
Presidente

Rodolfo Stavenhagen
Vicepresidente

Margaret E. Crahan
Vicepresidenta

Allan Brewer-Carías
Antonio A. Cançado Trindade
Ariel E. Dulitzky
Carlos Basombrío
Carlos M. Ayala Corao
Carlos Portales
César Barros Leal
Douglass Cassell
Eduardo Bertoní
Elizabeth Odio Benito
Fabián Salvioli
Héctor Fix-Zamudio
Hernán Salgado Pesantes
José Antonio Aylwin Oyarzún
José Antonio Viera Gallo
Juan E. Méndez
Line Bareiro
Lloyd G. Barnett
Lorena Balardini
María Elena Martínez Salgueiro
Mark Ungar
Mayra Alarcón
Mitchell A. Seligson
Mónica Pinto
Nina Pacari
Renato Zerbini Ribeiro Leao
Robert K. Goldman
Santiago A. Cantón
Suzana Cavenaghi
Víctor Rodríguez Rescia
Wendy Singh

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Francisco José Eguiguren Praeli
Margarette May Macaulay
Esmeralda Arosemena de Troitiño
José de Jesús Orozco Henríquez
Paulo Vannuchi
James L. Cavallaro
Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Roberto de Figueiredo Caldas
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Eduardo Vio Grossi
Humberto Antonio Sierra Porto
Elizabeth Odio Benito
Eugenio Raúl Zaffaroni
Patricio Pazmiño Freire

José Thompson J.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de los Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.

REVISTA **IIDH**

La Revista IIDH es una publicación semestral
del Instituto Interamericano de Derechos Humanos