

Revista

Ombudsman y Derechos

Estudios y Notas

Núm. 2 - 2018



Universidad de Alcalá
Programa Regional de Apoyo a las
Defensorías del Pueblo de Iberoamérica

ISSN 2531-0712

ÍNDICE

ESTUDIOS	2
I. ARGENTINA: DEBATE SOBRE LA LEGALIZACIÓN Y DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO.....	2
II. ESPAÑA: LA PROTECCIÓN A LA SALUD Y LA TITULARIDAD A LA ASISTENCIA SANITARIA GRATUITA EN ESPAÑA A PROPÓSITO DEL REAL DECRETO-LEY 7/2018	20
NOTAS	38
III. CHILE: LA DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ, UNA NUEVA INSTITUCIONALIDAD PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.....	38
IV. ESPAÑA: FOSA SIN NOMBRES. EL VALLE DE LOS CAÍDOS ¿HABRÁ PAZ PARA LOS MUERTOS?.....	50
V. MÉXICO: LEY GENERAL EN MATERIA DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS, DESAPARICIÓN COMETIDA POR PARTICULARES Y DEL SISTEMA NACIONAL DE BÚSQUEDA DE PERSONAS.....	62
VI. URUGUAY: VIOLENCIA HACIA LAS MUJERES BASADA EN GÉNERO. LEY 19580 - APORTES A SU ANÁLISIS	74
VII. ARGENTINA: JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO AL AGUA.....	87
VIII. COLOMBIA: PÚBLICO Y PRIVADO EN EL ACCESO AL AGUA O LA PERSISTENTE DIFICULTAD DE LEER EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN CLAVE DE DERECHOS (SENTENCIA T-223/18 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, DE 7 DE JUNIO DE 2018)	101
IX. SISTEMA INTERAMERICANO: 30 AÑOS DEL PROTOCOLO SAN SALVADOR. BALANCE Y PERSPECTIVAS.....	112
X. SISTEMA INTERAMERICANO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES EN LA RECIENTE CONVENCIÓN INTERAMERICANA	122
XI. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: CASO POBLETE VILCHES Y OTROS VS. CHILE, SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 2018	129
XII. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: UN ANÁLISIS DE LAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES EN LA JURISPRUDENCIA.....	143
XIII. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: RESOLUCIÓN 64/18, MC 731/18 - NIÑOS Y NIÑAS MIGRANTES AFECTADOS POR LA POLÍTICA DE “TOLERANCIA CERO”, ESTADOS UNIDOS.....	158

ESTUDIOS

I. ARGENTINA: DEBATE SOBRE LA LEGALIZACIÓN Y DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO

Gabriela Adriana Moffson*

Introducción

Según un informe de 2012 de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el 97% de los abortos en África y el 95% en América Latina son considerados inseguros. Con excepción de Uruguay, la capital de México y Cuba, los países de la región oscilan entre la prohibición absoluta del aborto (con penas de prisión para quienes lo practican) y la prohibición con algunas pocas excepciones.

En Argentina la legalización del aborto está contemplada en los artículos 85 y 86 CP, sancionado en 1921 por el Congreso de la Nación, que establecen que el aborto es legal cuando se ha cometido una violación sobre una mujer o cuando su vida o su salud corren peligro, lo que demuestra que oportunamente ya ha habido una valoración entre los derechos de las mujeres y el interés de la protección de la vida en gestación, y que en esa evaluación se tomó la decisión de hacer prevalecer los derechos de las mujeres.

Esto fue ratificado por la Corte Suprema de Justicia el 13 de marzo de 2012, al confirmar la sentencia del Tribunal Superior de Chubut, que en 2010 había autorizado un aborto a una joven de 15 años violada por su padrastro.

Con este fallo histórico, la Corte Suprema sentó un precedente para casos posteriores y puso fin a las interpretaciones restrictivas del alcance del artículo 86 CP. De acuerdo al informe de prensa del Centro de

* Ex Coordinadora General de la Red de Defensorías de Mujeres de la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO). Directora de la Mujer del Instituto Latinoamericano del Ombudsman-Defensorías del Pueblo (ILO).

Información Judicial (CIJ)¹, algunas instancias judiciales habían entendido que la normativa sólo era aplicable respecto a la víctima de una violación que poseyera alguna discapacidad mental, criterio que llevaba a que la cuestión se judicializara a lo largo del país con resultados adversos y, en algunos casos, con riesgo a la realización del aborto o a la salud de la madre.

De este modo, la Corte exhortó a las autoridades de todos los niveles de Gobierno a garantizar el acceso efectivo al aborto no punible y a que se aprueben protocolos sanitarios para tal fin. También instó a los poderes judiciales de todas las jurisdicciones a que no obstruyan la práctica, debiendo abstenerse de judicializar en los casos establecidos, y al sistema de salud a desmontar las barreras que pudieran obstaculizar la interrupción legal del embarazo. Asimismo, sostuvo la necesidad de sancionar e investigar a quien no permitiera llevar adelante esta práctica.

Es decir, que desde 1921 el aborto está parcialmente despenalizado en Argentina mediante el régimen de causales y constituye un derecho de las mujeres según la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo F.A.L.².

Sin embargo, la experiencia de las últimas décadas muestra que aún cuando el aborto está permitido en determinadas circunstancias, las trabas para su acceso son tantas y tan variadas, que en los hechos se ha producido prácticamente una penalización absoluta.

A pesar de ello, las mujeres que toman la decisión de interrumpir un embarazo, aún bajo amenaza penal, recurren al aborto, tal como lo muestra la estimación de abortos realizados³. Ahí es cuando el aborto clandestino cobra fuerza y supone un riesgo para la mujer, generando mortalidad y morbilidad materna.

¹ Por Acordada Núm. 17/20061, la Corte Suprema dispuso la creación del Centro de Información Judicial (CIJ), un sitio web oficial dedicado a difundir la actividad de los tribunales, que permite que las decisiones de los jueces de todo el país puedan ser divulgadas y explicadas a toda la sociedad. El CIJ publica sentencias, resoluciones y acordadas de la Corte, de otros fueros y jurisdicciones; da cuenta de la actividad institucional de los ministros y del Máximo Tribunal, y realiza transmisiones en vivo de juicios a través de su portal.

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (CSJN), Sentencia de 13 de marzo de 2012, Caso F.A.L. s/ medida autosatisfactiva, Expediente 259/2010, T° 46 L° F. La CSJN sostuvo que: 1 - Las mujeres tienen derecho a interrumpir un embarazo en los casos previstos por la ley y el Estado (nacional, provincial y municipal) tiene la obligación de garantizarlo. 2 - No solo no se infringe la ley si se realiza un aborto en los casos previstos por el Código Penal, sino que, por el contrario, el Estado (y sus funcionarios/as) incurren en responsabilidad si no se garantizan los mecanismos para hacerlo.

³ Vid. el documento del CEDES, ELA, REDAAS, *Las cifras del aborto en Argentina*, marzo 2018.

En línea con el fallo de la Corte, el Ministerio de Salud de la Nación publicó, en junio de 2015, el “Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo”, que actualiza la “Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles”, del año 2010. El documento de 2015 incorpora cambios como los lineamientos de la Corte Suprema, la definición específica de las causas que habilitan el aborto legal, las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud y un enfoque acorde con la Ley de Identidad de Género al incluir a los varones trans.

Si bien el Protocolo es de aplicación obligatoria en todos los contextos y debe ser seguido tanto por instituciones públicas como privadas, aún no ha sido lo suficientemente difundido y acompañado de políticas que permitan una implementación efectiva a lo largo del país.

De acuerdo al informe “El estado de la situación de la interrupción legal del embarazo”, publicado por Amnistía Internacional, hasta abril de 2017 sólo ocho de 24 provincias en que se divide el país habían adherido al Protocolo Nacional o cuentan con protocolos que se ajustan a los criterios establecidos por la Corte Suprema de Justicia.

Entre ellas, se encuentran Chaco, Chubut, Jujuy, La Rioja, Misiones, Santa Cruz, Santa Fe y Tierra del Fuego. Por su parte, Ciudad de Buenos Aires, Córdoba, Entre Ríos, Neuquén, La Pampa, Provincia de Buenos Aires, Río Negro y Salta dictaron protocolos que, en lugar de facilitar, dificultan el acceso. Las ocho provincias restantes aún no cuentan con este conjunto de reglas, lo que no significa que puedan negarse a garantizar la práctica.

Entre algunos de los obstáculos de los protocolos restrictivos, Amnistía Internacional menciona la exigencia de intervención obligatoria de un equipo interdisciplinario o aval de la máxima autoridad del hospital; el límite gestacional arbitrario de 12 semanas; la obligatoriedad de contar con el consentimiento de los representantes legales para el caso de las menores de edad; y la existencia de un peligro necesariamente grave e inminente que afecte la vida de la mujer, lo que excluye la posibilidad de acceder a la práctica si el peligro es potencial.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que el Estado argentino “debe revisar su legislación sobre el aborto, incluyendo su legislación criminal [y]... asegurar que todas las mujeres y niñas puedan acceder a los servicios de salud reproductiva en todas las regiones del país y que las barreras legales, el ejercicio de objeción de conciencia por parte de los trabajadores de la salud y la falta

de protocolos médicos no obliguen a las mujeres a recurrir al aborto clandestino que pone su vida y su salud en riesgo”⁴.

Asimismo, sostuvo que Argentina debe “considerar la descriminalización del aborto [y] ... multiplicar y asegurar la aplicación de programas de educación y sensibilización a nivel formal (escuelas y colegios públicos y privados) e informal (medios de comunicación y otros) sobre la importancia del uso de anticonceptivos y los derechos a la salud sexual y reproductiva”⁵.

Lo cierto, es que la lucha en el país por el derecho al aborto tiene un largo camino recorrido. Una lucha tenaz del movimiento de mujeres y de grupos feministas que desde la década de los setenta vienen bregando para legalizar esa práctica, evitar su clandestinidad y la consecuente muerte de las mujeres, e impedir que sean castigadas con penas de prisión para quienes lo practiquen, porque la penalización está dirigida a las mujeres, dado que sólo ellas enfrentan el castigo penal en el caso de abortos que no se consideren incluidos en las causales.

Es así, que desde hace más de 32 años se celebra anualmente en Argentina el Encuentro Nacional de Mujeres, único en la región. Se trata de un espacio de discusión donde se reúnen mujeres autoconvocadas para discutir en asamblea problemas que las afectan y que están relacionados con la violencia, las relaciones de pareja, la sexualidad, la maternidad, el aborto, el trabajo doméstico, entre muchos otros. De hecho, el pañuelo verde, símbolo de identidad de las luchas feministas por el derecho al aborto legal en Argentina, que hoy se exhibe en mochilas, carteras, cuellos y manos se vio por primera vez en el Encuentro Nacional de Mujeres realizado en la ciudad de Rosario en 2003.

De la misma forma, en 2015 surgió el movimiento “#NiUnaMenos” como un grito colectivo contra la violencia machista y para decir basta a los femicidios/feminicidios (porque en Argentina cada 30 horas asesinan a una mujer por el sólo hecho de serlo) y para reclamarle al Estado respuestas urgentes ante este flagelo que no cesa. Esta campaña colectiva recorrió el mundo y se replicó en varios países.

Asimismo, el Día Internacional de la Mujer, que se conmemora cada 8 de marzo, ha sido en los últimos años en Argentina una fecha de protesta, con marchas, manifestaciones y la realización de un Paro Internacional de Mujeres. Junto a los Encuentros, estas movilizaciones fueron sumando miles de personas, cientos de organizaciones y militantes de todos los partidos políticos, así el movimiento de mujeres fue ganando peso en las

⁴ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de la Argentina*, CCPR/C/ARG/CO/5, párr. 12, de 10 de agosto de 2016.

⁵ *Ibid.*, párr. 12.

calles y en las redes sociales, logrando instalar nuevos temas en la agenda pública, entre ellos, el aborto.

1. El Proyecto de ley de aborto legal, seguro y gratuito

Como consecuencia de todo lo anteriormente mencionado, y a pesar de que el presidente de la Nación, Mauricio Macri, se manifestara públicamente “a favor de la vida”, el Gobierno nacional decidió dar vía libre al debate sobre la despenalización del aborto pocos días después de una gran movilización frente al Parlamento que reclamaba la necesidad del aborto legal, seguro y gratuito. La convocatoria había contado con miles de asistentes horas después de una fuerte campaña en redes con la consigna “AbortoLegalYA”, por la que se reiteraban los reclamos para que el Congreso avanzara en el tratamiento de una ley.

La noticia del Gobierno trascendió a través de los diarios poco antes de la presentación de un proyecto de aborto legal, seguro y gratuito por parte de legisladoras de varios partidos y organizaciones que defienden los derechos de las mujeres, quienes habían decidido incluirlo como tema central en la agenda del Paro Internacional de Mujeres del 8 de marzo. La intención de ese grupo era pedir una sesión especial para llevar la iniciativa al recinto el mismo 8 de marzo, pero la Casa Rosada⁶ decidió adelantarse e impulsar su propio proyecto que incluía un abordaje integral que contenía la maternidad subrogada, la simplificación del trámite de adopción, el respaldo económico a las mujeres embarazadas que deseaban abortar, y el aumento de la asignación universal por embarazo que cobran las mujeres de bajos recursos desde las 12 semanas de gestación, entre otros puntos.

Así fue, que por primera vez en Argentina las distintas fuerzas políticas coincidieron en debatir la despenalización y legalización del aborto en el Congreso Nacional. Las marchas a favor y en contra de la interrupción del embarazo se multiplicaron en todo el país antes que la Cámara de Diputados comenzara a tratar los diferentes proyectos.

El proyecto principal, contemplaba el derecho al aborto legal, seguro y gratuito, entendido el aborto como un tema de salud pública y de Derechos Humanos de las mujeres, de ahí que mereciera un debate profundo y maduro sobre el compromiso del Estado (nacional, provincial y municipal) en implementar políticas públicas para mejorar la calidad de vida de las mujeres, adolescentes y niñas.

⁶ La Casa Rosada es la sede del Poder Ejecutivo de la República Argentina. Dentro de la misma se encuentra el despacho del presidente de la Nación. Este edificio está localizado frente a la histórica Plaza de Mayo. Su color característico es rosado y es considerado uno de los edificios más emblemáticos de Buenos Aires. En 1942 fue declarada Monumento Histórico Nacional.

Ese proyecto de ley, elaborado por la Campaña por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito, una plataforma integrada por más de 300 organizaciones sociales, científicas, políticas y de Derechos Humanos que fue creada en 2003, que en los últimos siete años había presentado reiteradamente ante el Congreso este documento para que fuera incluido en la legislación, llevaba la firma de 71 legisladores y legisladoras.

En su artículo 1 establece que "en el ejercicio del Derecho Humano a la salud, toda mujer tiene derecho a decidir voluntariamente la interrupción de su embarazo durante las primeras catorce semanas del proceso gestacional".

La práctica no requeriría de una autorización judicial previa, pero sí de un consentimiento informado escrito y firmado por la mujer. En ese sentido, el proyecto contempla el funcionamiento de consejerías en los hospitales y clínicas del sistema de salud del país para brindarles a las mujeres, antes y después del aborto, información de carácter médica, social y psicológica.

Asimismo, el artículo 2 determina que la interrupción del embarazo debe ser realizada "en los servicios del sistema de salud, en un plazo máximo de cinco días durante su requerimiento".

Por su parte, el artículo 3 enumera los casos en los que el aborto puede ser interrumpido en cualquier plazo superior a las catorce semanas: 1. Si el embarazo fuera producto de una violación, con el sólo requerimiento y la declaración jurada de la persona ante el profesional de salud interviniente; 2. Si estuviera en riesgo la vida o la salud física, psíquica o social de la mujer, considerada en los términos de salud integral como Derecho Humano; 3. Si existieren malformaciones fetales graves.

En relación con los embarazos adolescentes, la propuesta establece que, si la interrupción voluntaria del embarazo se debe practicar a una persona adolescente, entre los 13 y los 16 años, la persona mayor de 16 años, conforme a lo establecido en el Código Civil y Comercial de la Nación, tendría plena capacidad para ejercer sus derechos, decidir la práctica y prestar el debido consentimiento.

En el caso que el aborto debiera practicarse en una persona menor de 13 años se requeriría su consentimiento con la asistencia de al menos uno de sus progenitores o representante legal. En ausencia o falta de ellos tendría que requerirse la asistencia de las personas indicadas en el artículo 4 del Decreto Reglamentario 1282/2003 del Programa Nacional de Salud Sexual y Reproductiva; el artículo 7 del Decreto 415/2006 reglamentario de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; y el artículo 59 del Código Civil.

La iniciativa también sostiene que los profesionales de la salud pueden negarse a practicar la interrupción del embarazo solamente

argumentado objeción de conciencia y siempre y cuando lo hubieran informado de forma previa, individual y escrita a la máxima autoridad de su institución. En ese caso, los hospitales tendrían la obligación de reemplazarlos por otros que sí estén dispuestos a realizar los abortos.

No obstante, se consigna que el profesional no puede objetar el proceso en caso de que "la persona gestante requiera atención médica inmediata e impostergable". Además, deja expresamente prohibida la objeción de conciencia institucional y/o de ideario, y manifiesta la realización de una lista de médicos objetores de conciencia.

Fue entonces, que a partir del 10 de abril y por tres meses, cada martes y jueves se desarrollaron audiencias públicas en las que disertaron más de 700 expositoras y expositores entre abogados, médicos, constitucionalistas, religiosos, periodistas, figuras de la cultura y representantes de organizaciones, quienes pudieron exhibir argumentos para defender o rechazar qué hacer con ese proyecto de aborto legal, seguro y gratuito.

Todas estas sesiones se rigieron bajo cuatro comisiones de la Cámara de Diputados que trabajaron en las distintas propuestas de interrupción del embarazo, las de Legislación General, de Salud, de Legislación Penal, y de Familia y Mujer.

Durante el debate en el Congreso, los argumentos en contra de la despenalización se centraron en tres explicaciones: garantizar el derecho a la vida del niño por nacer; la idea de que el aborto "es un asesinato" y que la mujer que aborta sufre traumas de por vida; y que puede llegar a padecer consecuencias físicas irreversibles.

Mientras que los argumentos a favor se basaron en las recomendaciones de los organismos internacionales para que Argentina avance en ese sentido; en el problema de salud pública que representan los abortos clandestinos que se practican en el año en el país; y en la cantidad de mujeres que mueren como consecuencia de someterse a esa práctica ilegal.

Cifras oficiales de la Dirección de Estadísticas e Información de Salud indican que, en 2016, último dato oficial disponible, hubo 43 mujeres muertas como consecuencia de abortos, y que esa fue la principal causa individual de la mortalidad materna. La Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito aporta más datos, y sostiene que 6 mil mujeres murieron por abortos inseguros desde la vuelta de la democracia en 1983.

Muchos científicos se concentraron en la confusión existente entre el concepto de embrión y de persona, en muchos países un estado adquirido sólo después del nacimiento con vida.

Para Alberto Kornblihtt⁷, por ejemplo, un embrión está hecho de células vivas, pero también lo están la placenta, el esperma y los óvulos. Y una persona puede ser declarada muerta cuando su corazón deja de latir o su actividad cerebral cesa, a pesar de que las células de su cuerpo permanecen vivas durante una cantidad de tiempo sustancial. Por consiguiente, no es obvio que todo lo que esté formado por células humanas sea considerado un ser humano.

Kornblihtt también explicó que la fecundación de un óvulo por un espermatozoide es condición necesaria pero no suficiente para producir un bebé. “Somos mamíferos placentarios: los embriones sólo pueden desarrollarse hasta la madurez dentro del útero. Además, un embrión en desarrollo depende del intercambio placentario. El oxígeno y los alimentos pasan del torrente sanguíneo de la futura madre a la placenta y luego al embrión. El dióxido de carbono y las moléculas tóxicas pasan del embrión a la placenta y luego al flujo sanguíneo de la madre”.

En su opinión, un embrión es casi como un órgano de la madre: sus células dependen de su torrente sanguíneo para recibir nutrientes y eliminar desechos, por lo tanto un embrión no es lo mismo que un ser humano completamente formado.

Sin embargo, para Kornblihtt, no es fácil definir un punto preciso en un proceso gradual en el que un embrión se convierte en un ser humano, aunque tal vez el cambio más significativo ocurra en el nacimiento, cuando el bebé deja de depender de la placenta y comienza a respirar a través de sus pulmones y alimentarse a través de su boca.

Al mismo tiempo que se llevaban adelante los debates en el Congreso, las calles también alzaban la voz. Los sectores a favor de la Campaña Nacional marchaban con pañuelos verdes, bajo la consigna “Ni una muerta ni una presa más por aborto clandestino”; mientras que los sectores en contra (como la organización Unidad ProVida, que aglutina a cien grupos más) realizaban un “banderazo” para manifestar su rechazo al aborto y demandar políticas en favor de la mujer y del niño por nacer.

Los meses transcurrieron entre campañas y movilizaciones. Las audiencias fueron transmitidas en vivo por estaciones de radio, canales de televisión y por Youtube. Las exposiciones fueron reproducidas y compartidas millones de veces en Facebook, extendiéndose a otros países de la región y de Europa.

Pero más allá de las voces a favor y en contra, de las estadísticas aplastantes en lo que a mortalidad materna se refiere, de los debates

⁷Alberto Kornblihtt es biólogo molecular. Investigador Superior del CONICET y Profesor Titular Plenario de la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales de la Universidad de Buenos Aires. El artículo fue publicado por la revista Nature, la más prestigiosa revista científica del mundo, en la sección World View.

científicos y pedidos de convenciones constituyentes, lo cierto es que durante cuatro meses que duró el tratamiento parlamentario el tema mantuvo en vilo a la sociedad argentina que asistía a una discusión histórica en el seno del Congreso nacional: el de la legalización o no del aborto.

En ese contexto, la Iglesia no se quedó atrás, y a pocas horas de que comience el debate, el Papa Francisco reafirmó la política antiabortista de la Iglesia Católica en un documento que difundió el Vaticano, una especie de exhortación apostólica que contenía 177 puntos.

En la madrugada del debate, decenas de miles de personas seguían en vivo la sesión que tenía lugar en la Cámara. Al momento de la votación los usuarios conectados se multiplicaron. Las redes sociales proporcionaban información y animaban a exteriorizar las emociones a través del intercambio de opiniones, juicios y creencias.

Durante casi un día los alrededores del Congreso de la Nación estuvieron divididos por un corredor central que separaba a los grupos conservadores, que hicieron su propio lienzo de color celeste (como la bandera nacional) que llevaba impreso la leyenda: "salvemos las dos vidas"; de los miles de mujeres y activistas por la legalización que portaban sus pañuelos y banderas verdes.

La marea verde cantaba y coreaba en favor del derecho a decidir de la mujer. Los celestes rezaban e insistían en el derecho a la vida del nonato.

Finalmente, el 14 de junio, y luego de una sesión maratónica de 22 horas, la Cámara de Diputados dio media sanción al proyecto que habilitaba la interrupción del embarazo hasta la semana 14.

Para la aprobación del proyecto de ley fue determinante el cambio de opinión de última hora de algunos legisladores y legisladoras que se habían manifestado previamente en contra o sin una posición clara y que finalmente votaron a favor. Las previsiones de la votación indicaban casi hasta el último momento que se rechazaría el proyecto pero en el último tramo de esas 22 horas de debate se produjo el vuelco a favor de la legalización.

Así fue que el proyecto de ley se aprobó por un ajustadísimo resultado: 129 votos a favor, 125 en contra y una abstención. En ese momento el grito, la emoción y el llanto de las mujeres, quienes habían pasado la noche en vigilia esperando el resultado de la votación, crujió en las calles.

La iniciativa tenía que ir entonces al Senado, donde podía recibir la sanción definitiva, ser modificada o rechazada de plano.

Pocos días después, y en medio de las manifestaciones convocadas por quienes rechazaban la propuesta bajo el argumento de darle prioridad

a la vida, las comisiones de Salud, Asuntos Constitucionales y Justicia, y Asuntos Penales del Senado iniciaban la revisión del proyecto de ley sobre la interrupción voluntaria del Embarazo, que había sido aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación.

La iniciativa, no solo se debatía entre los y las representantes del Senado, sino también entre juristas y ciudadanos que alegaban “graves falencias jurídicas” y la presunta violación de algunos artículos constitucionales que eran utilizados como banderas de quienes se oponían a que el Senado aprobara el proyecto.

Un punto en cuestión era la diferenciación entre legalización y despenalización. De acuerdo a lo explicado entonces por el ministro de Justicia, Germán Garavano, despenalizar implicaría no criminalizar a las mujeres que decidan abortar y librarlas de la amenaza de cárcel por hacerlo, mientras que legalizar supondría garantizarles que puedan realizar el aborto de forma segura y gratuita.

Otro de los ejes del debate fue el derecho a la objeción de conciencia, es decir la potestad de las entidades médicas de abstenerse de realizar este tipo de prácticas, lo cual, de ser alegado por la mayoría de los centros médicos, se hubiese convertido en un obstáculo para la implementación de la medida.

Asimismo, el costo que esta legalización le representaría al Estado argentino era uno de los soportes fuertes de quienes decían “no”. Pese a la importancia del debate presupuestal, el Senado decidió que la comisión encargada del tema no participara en la revisión.

El 8 de agosto de 2018 el Senado de Argentina comenzaba a debatir el proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo. Fuera del recinto el debate se teñía de celeste y de verde. Bajo el frío y una impiadosa lluvia de invierno, una multitud siguió desde la calle la sesión parlamentaria, tal como ocurrió durante el maratónico debate en la Cámara de Diputados, para que la presión social hiciera sentir el efecto en las senadoras y senadores indecisos. Pero los grupos “defensores de las dos vidas”, con la Iglesia Católica y los pastores evangelistas a la cabeza, tuvieron una mayor influencia sobre ellas y ellos.

Los argumentos de los 72 senadores y senadoras que componen la Cámara Alta eran muy dispares y tras un intenso debate de más de 15 horas, la sesión del Senado terminó entre informaciones de posibles variantes al proyecto a una modificación del Código Penal, que proponía, entre otras cosas, modificar la legislación vigente respecto al aborto.

El resultado de la votación requería del voto de 35 parlamentarios y parlamentarias a favor para su aprobación, pero a pesar de la concentración de más de un millón de personas frente al Congreso de la Nación, en la madrugada del 9 de agosto el Senado rechazó el derecho al

aborto legal, seguro y gratuito para las mujeres argentinas con 38 votos en contra, 31 a favor y dos abstenciones.

La Cámara de Diputados había aprobado la norma en junio con los votos de diferentes partidos políticos, pero tras el rechazo del Senado, donde hay un predominio de representantes de provincias con fuerte influencia de la Iglesia Católica, el proyecto perdió validez y, de acuerdo al artículo 81 de la Constitución Nacional, no podrá volver a ser tratado en el Congreso durante el año 2018.

De haberse aprobado la ley, Argentina se hubiese convertido en el país de Sudamérica más avanzado en la legalización del aborto, incluso por delante de Uruguay, donde es legal abortar hasta las 12 semanas.

En 1921, cuando se aprobó el régimen jurídico de aborto aún vigente, las mujeres no gozaban del pleno ejercicio de sus libertades individuales y sus derechos estaban restringidos: no tenían reconocido el derecho al voto⁸, no integraban el Congreso⁹ y muy pocas ejercían la función pública. La mujer casada era considerada incapaz para administrar sus bienes y la patria potestad de sus hijas e hijos era ejercida por su marido. La violencia contra ellas estaba naturalizada. También enfrentaban importantes obstáculos en el acceso a las universidades y en el ejercicio de las profesiones. Lo cierto es que la mayor parte del siglo XX, las mujeres fueron excluidas como protagonistas de los debates públicos.

Sin embargo, desde la recuperación de la democracia en 1983, Argentina avanzó mucho en la legislación para reconocer la igualdad en materia de sexo y género.

En 1985, la Ley sobre Igualdad ante la Ley de Hijos Extramatrimoniales y Ejercicio Conjunto de la Patria Potestad; en 1987 la Ley de Divorcio Vincular; en 1991 la Ley de Cupo Femenino; en 2002 la Ley de creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable; en 2006 la Ley de creación del Programa Nacional de Educación Sexual Integral; en 2009 la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres.

En 2010, Argentina fue el primer país latinoamericano, y el décimo en todo el planeta, en aprobar el matrimonio igualitario. También permitió la adopción por parte de parejas del mismo sexo.

Dos años más tarde, marcó otro hito mundial al sancionar la primera Ley de Identidad de Género, que permite a las personas trans usar su nombre y sexo de elección en sus documentos y operarse sin costo para adecuar su género.

⁸ Ley 13030/1947 del Voto Femenino.

⁹ Las primeras mujeres ingresaron a las Cámaras de Diputados y de Senadores en mayo de 1952.

En 2013, volvió a ser pionero, aprobando una legislación que permite a todas las personas mayores de edad, sin discriminación o exclusión de acuerdo a su orientación sexual o estado civil, acceder a técnicas de fertilización asistida de manera gratuita. Y en 2017 aprobó la Ley de Paridad.

A pesar, entonces, de que Argentina adoptó en los últimos años algunas de las políticas sociales más progresistas de América Latina e incluso del mundo, el Congreso Nacional decidió mantener vigente su legislación actual sobre la interrupción voluntaria del embarazo escrita hace casi un siglo, por lo que luego de cuatro meses de debate mediático, político y social, en donde casi todos tomaron postura en una discusión sobre la vida, la muerte, el Estado, el género, el sexo y la salud pública, no pudo sancionar una ley que permite la legalización y la despenalización del aborto.

2. ¿Qué fue lo que impidió la aprobación?

La religión es absolutamente restrictiva en este tema y además del poder social y cultural, tiene una gran capacidad de influencia política e institucional en el país.

En estos últimos meses la Iglesia hizo lobby en el Senado, así fue que muchos senadores y senadoras basaron su voto en argumentos religiosos. Obispos y sacerdotes hablaban del tema en la misa de domingo, y un arzobispo lo mencionó en la tradicional y mediática celebración del Día de la Independencia.

Además, la Argentina tiene un sistema político bicameral y federal que se rige bajo la idea de que el Senado representa a las provincias y la Cámara de Diputados, al pueblo.

Mientras la Cámara Baja está compuesta por diputados y diputadas de acuerdo al censo nacional, la Cámara Alta tiene un número fijo de tres senadores y senadoras por provincia, que tienen periodos de 6 años con reelección indefinida. En esa repartición, los grupos conservadores tienen ventaja en el Senado.

Casi todos los representantes del norte, tradicionalmente más conservador, votaron en contra, mientras que Buenos Aires y las otras provincias del centro y sur, votaron a favor. Dos senadores de la Capital Federal rechazaron el proyecto de ley y uno lo apoyó.

Los críticos del proyecto apelaron al argumento moral "el aborto es matar", y acá se trata de "salvar las dos vidas". Sin embargo, cuando se interrumpe un embarazo fuera de los casos en los que ya está habilitado el aborto, la pena es muy inferior (de 1 a 4 años) a la que se establece para el homicidio (de 8 a 25 años)¹⁰.

¹⁰ Arts. 88 y 79 del Código Penal, respectivamente.

Algunos de los voceros conservadores incluso llegaron a emitir declaraciones refutadas por la ciencia, como el famoso médico pediatra Abel Albino¹¹ que quedó en el ojo de la tormenta después de su paso por las audiencias públicas celebradas en el Senado, donde se manifestó en contra de la legalización del aborto porque lo consideró un "régimen satánico" y dijo, además, que "el preservativo no sirve para prevenir el sida", lo que le valió el rechazo generalizado de médicos, epidemiólogos, asociaciones profesionales relacionadas con la salud y de todos los que sabemos que sus palabras son insostenibles.

3. Las cifras

La comunidad científica internacional dice que por cada aborto que termina en una internación hospitalaria, en los países donde el aborto está penalizado, existen diez más que se han hecho sin complicaciones.

Es por eso y por su ilegalidad que en el país no hay números ciertos sobre abortos clandestinos, sin embargo las cifras indican que se realizan entre 350 mil y 500 mil por año, según estimaciones extraoficiales avaladas por el Ministerio de Salud, lo que implica que aproximadamente un 40% de los embarazos no llegan a término.

Pero lo que sí está comprobado es que la realización de abortos clandestinos es la principal causa de muerte en mujeres gestantes; genera alrededor de 50 mil internaciones médicas anuales por complicaciones y representa el 18% de la mortalidad materna. Las mujeres que llegan a los hospitales producto de un aborto inseguro mueren por sepsis¹², hemorragias o falla multiorgánica.

Por supuesto, que las principales protagonistas de estas muertes son las mujeres de bajos recursos, dado que un aborto clandestino es costoso y no todas pueden acceder, es por eso, que a pesar de que en todos los estratos sociales las mujeres se realizan abortos, sólo las pobres son las que mueren.

Aún hoy, y a pesar de que se ha extendido el uso del misoprostol¹³ para abortar, todavía se recurre, en la desesperación, a la aguja de tejer,

¹¹Abel Pascual Albino es pediatra, miembro del Opus Dei, y creador y titular de la Fundación Cooperadora para la Nutrición Infantil (CONIN), fundación argentina sin fines de lucro dedicada a la prevención y recuperación de niños desnutridos de 0 a 5 años con alto riesgo social o nutricional y la asistencia a sus familias.

¹² La sepsis es un síndrome de anormalidades fisiológicas, patológicas y bioquímicas potencialmente mortal asociadas a una infección.

¹³ El misoprostol es un análogo semisintético de la prostaglandina E1 (PGE1), utilizado para la prevención y tratamiento de las úlceras gástricas y duodenales que está registrado con varios nombres comerciales a nivel global. Las investigaciones han evidenciado que, por sí solo, el misoprostol tiene una efectividad de entre el 75 y 85 por ciento para la inducción de un aborto en el primer trimestre del embarazo, siempre que se use según las recomendaciones.

el tallo de perejil o la pastilla de permanganato, que provoca serias lesiones vaginales.

En el informe anual que brindó el Ejecutivo nacional ante el Congreso de la Nación, el jefe de Gabinete, Marcos Peña, aportó cifras de los egresos hospitalarios por aborto en 2014, año en que se registró la última información disponible. En total fueron 47.063 en hospitales públicos, y de esa cifra, el 42% fueron mujeres menores de 25 años.

De esas casi 20 mil mujeres que se practicaron abortos antes de cumplir los 25 años, la mayor cantidad de casos de egresos hospitalarios por aborto se produjo en la provincia de Buenos Aires, con 5959 casos. En segundo lugar se ubica Salta, con 1764 casos, lo cual marca la tasa de incidencia más alta del país de acuerdo a la población del distrito.

Según los datos aportados por el funcionario nacional, el 17% de las mujeres que llegan a los hospitales públicos para atenderse por abortos son menores de 20 años y 7 de cada 10 mujeres madres en edad adolescente aseguran que sus embarazos no fueron deseados, mientras que el 30% de las mujeres de entre 15 y 29 años que dejó sus estudios secundarios lo hizo por causa de un embarazo o de la maternidad.

En cuanto a las muertes por abortos, el jefe de Gabinete dijo que las cifras oficiales de la Dirección de Estadísticas e Información de Salud indican que en 2016 murieron 245 mujeres embarazadas por distintas causas. De este total, el 17,6%, o sea 43 defunciones, fueron muertes por un "embarazo terminado en aborto" y esto ubica al aborto como la principal causa de muerte materna en Argentina. De las 43 mujeres, 4 eran menores de 20 años, 12 tenían entre 20 y 24 años, 8 entre 25 y 29, y 19 eran mayores de 30.

En cuanto a los egresos hospitalarios por embarazos adolescentes, en 2014 fueron 8 mil, un 17% del total de embarazos registrados ese año. Las provincias con mayor porcentaje en esa franja etaria fueron Chaco y Entre Ríos, con el 22,9% y 22,2%, respectivamente.

Más aún, en la apertura de las sesiones ordinarias de 2018 en el Congreso Nacional, el presidente de la Nación sostuvo que más de 100 mil jóvenes menores de 19 años se convierten en madres año tras año en Argentina. Además, aclaró, que 7 de cada 10 de estos embarazos no son planificados, que cada 5 minutos nace un bebé de una madre adolescente y que cada 3 horas una mujer menor a 15 años se convierte en madre. También resaltó que el 69% de estos embarazos son no planificados.

Conclusiones

La lucha por la despenalización y la legalización del aborto no sólo requiere de un debate parlamentario urgente, sino también de un cambio social y

cultural que desarme los preceptos machistas y religiosos que pesan sobre el cuerpo y la vida de las mujeres, y de su poder decisorio.

Estos tabúes sumados a los argumentos morales y a la idea de la maternidad como mandato en lugar de deseo, no sólo obstaculizan el acceso al aborto legal, sino que también niegan los derechos ya adquiridos en materia de salud sexual y reproductiva, como la aplicación efectiva de la interrupción del embarazo en los casos actualmente previstos en la ley, cuyo acceso sigue siendo restringido.

La realidad indica que no todas las mujeres están informadas o cuentan con recursos socioeconómicos para hacer valer sus derechos, además de que hay médicos que no quieren practicar el aborto acogiéndose a la objeción de conciencia. Por lo que a pesar de ser un derecho, las causales contempladas en el Código Penal no se respetan.

La decisión de continuar o interrumpir un embarazo es una resolución personalísima, una autodeterminación que sólo se puede arrojar la persona que atraviesa por esas circunstancias. El Estado no puede imponer un embarazo forzado o amenazar penalmente a una mujer para que lo continúe.

La maternidad debe ser voluntaria. Las mujeres, adolescentes y niñas deben poder elegir cuándo, cómo y con qué intervalos tener hijos, dado que la maternidad generará un cambio fundamental en sus vidas y tendrá un impacto duradero.

Implicará, por ejemplo, mayores posibilidades de perder el empleo o tener uno precario en condiciones de informalidad.

En el mismo sentido, y de acuerdo con la información detallada en la Encuesta de Uso del Tiempo¹⁴ aplicada en Argentina, las mujeres muestran una mayor tasa de participación en las actividades de trabajo doméstico y del cuidado de su hija o hijo durante la niñez, dedicando hasta el doble de tiempo que los varones. A eso, muchas veces, le debe añadir el cuidado de sus propios progenitores. También las responsabilidades de cuidado la dejarán en condiciones de mayor vulnerabilidad si su pareja se disuelve, y más aún si es víctima de violencia doméstica.

En el caso de las adolescentes, la maternidad es una de las principales causas de deserción escolar, lo que trae consigo un impacto negativo en las posibilidades de desarrollar un plan de vida con autonomía.

¹⁴ Las Encuestas de Uso del Tiempo se vienen desarrollando en la región a partir de la Plataforma de Acción de Beijing (1995) que reconoce la utilidad social y el valor económico del trabajo doméstico y de cuidado no remunerado que se realiza al interior de los hogares, y que por ende promueve a los países a captar información que permita su estimación.

El aborto realizado en condiciones de seguridad es seguro¹⁵, de ahí que las mujeres de países desarrollados casi nunca mueren por un aborto. Los abortos practicados en hospitales con todas las condiciones sanitarias tienen menos mortalidad que un parto.

En sentido contrario, las muertes por aborto siempre están ligadas a los casos en los que se hace de manera insegura, por lo que las muertes por abortos inseguros son muertes evitables.

Así que, mientras el Estado se niegue a considerar el aborto como una problemática de salud pública y los sectores más conservadores de la sociedad continúen impidiéndolo mediante la criminalización, el amedrentamiento y la desinformación, se seguirá afectando la vida de miles de mujeres a lo largo del país. Sin embargo, la situación es muy distinta entre la población con mayores ingresos, que puede acceder a servicios de mejor calidad, y la de menores recursos, que muchas veces termina haciéndolo de manera insegura.

Quienes están en contra del proyecto de ley argumentan, entre otras cosas, que de aprobarse la ley aumentarían las cifras de interrupciones voluntarias de embarazo. Sin embargo, la evidencia dice otra cosa. Cuando la OMS asegura que legalizar el aborto no significa que se realicen más prácticas de este tipo se refiere a que las mujeres que desean interrumpir el embarazo suelen hacerlo aunque sea ilegal. La diferencia radica en que si no hay un sistema de salud que garantice la seguridad del proceso, recurren a métodos que pueden causarles graves daños, como abortos incompletos; hemorragias; lesiones vaginales, cervicales y uterinas; infecciones o incluso la muerte. La OMS también asegura que el 25% de los embarazos en el mundo acaban en un aborto provocado.

La despenalización del aborto no pronostica un número mayor de abortos, pero sí reduce la mortalidad y la morbilidad materna¹⁶.

Asimismo, están quienes sostienen que implementar la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo complicaría las finanzas provinciales ante un escenario de ajuste. Los integrantes de la Confederación General del Trabajo¹⁷ también dejaron trascender su preocupación por el supuesto

¹⁵ OMS, *Aborto sin riesgos: Segunda edición guía técnica y de políticas para sistemas de salud*, [segunda edición], Ginebra, 2012.

¹⁶ Vid. el documento CEDES, ELA, REDAAS, *Las cifras del aborto en Argentina*, marzo 2018.

¹⁷ La Confederación General del Trabajo de la República Argentina (CGT) es la central sindical histórica de Argentina. Fundada en 1930 como consecuencia de un acuerdo entre socialistas, sindicalistas revolucionarios, comunistas e independientes para generar una central sindical unitaria y plural. Actualmente es la central mayoritaria y se ha vuelto autónoma de los partidos políticos. Internacionalmente está afiliada a la Confederación Sindical Internacional (mundial), a la Confederación Sindical de las Américas y a la CCSCS (Mercosur).

"costo" de garantizar el derecho al aborto en las obras sociales. Pero ese argumento se derrumba con el informe que dio el propio ministro de Salud, Adolfo Rubinstein, ante la Cámara de Diputados en relación con las cifras sobre egresos hospitalarios por abortos que se producen en el país.

Rubinstein sostuvo que la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo reduciría los costos para el sistema de salud. En ese sentido, calculó el costo actual por aborto en 11.500 pesos, cifra que se vería reducida a 1.914 pesos con la legalización, sobre todo por la disminución de las complicaciones relacionadas con la clandestinidad de la práctica.

En el mismo sentido, un informe elaborado por la senadora chubutense Nancy González, del partido Frente para la Victoria-PJ, da cuenta que la legalización del aborto implicaría una reducción del 43% de los recursos que actualmente destina el sistema de salud pública a atender complicaciones resultantes de abortos clandestinos, y un 55% si además el Estado produjera el misoprostol.

Durante las investigaciones, que realizó su equipo de trabajo para elaborar el informe, se encontraron algunas publicaciones que aseguran que el negocio de los abortos clandestinos mueve cerca de 15 mil millones de pesos al año en la Argentina, producto de unas 350 mil mujeres que son atendidas por profesionales de la salud en consultorios privados ilegales.

Del mismo modo, la industria farmacéutica, en este caso un único laboratorio que tiene el monopolio de la producción y comercialización de misoprostol, vende una caja de 16 comprimidos a más de 2.700 pesos y genera al año unos 1.235 millones de pesos.

Del informe también surge que un aborto realizado en una clínica clandestina cuesta en promedio unos 30 mil pesos, esto representa 8,5 veces más dinero de lo que cuesta un aborto con pastillas para casos no punibles en el sistema público de salud.

Por su parte, los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Argentina e incorporados en la Constitución tampoco son un impedimento para la despenalización del aborto, incluyendo la Convención sobre los Derechos del Niño, que no sólo no establece la prohibición del aborto, sino que no reconoce el derecho a la vida antes del nacimiento.

Dado entonces que en Argentina, y de acuerdo a la normativa vigente, no rige una prohibición total al aborto, el Congreso Nacional debería haber debatido si se abandonaba una norma exclusivamente basada en causales, vigente desde 1921, por una norma que incluyera un modelo mixto que contemple un sistema de plazos con causales, esto es un marco temporal de 14 semanas dentro del cual no sería necesario acreditar ante el sistema de salud la existencia de una de esas causales; fuera de ese plazo, la interrupción sería legal bajo determinadas causas.

Pero el Senado, que se tomó casi 100 años en sentarse a debatir cómo legislar el aborto, finalmente votó en función de sus valores y creencias personales, y no en función de la salud pública.

Tras esa decisión, de rechazar el proyecto de ley de interrupción voluntaria de embarazo, ya no se podrá volver a presentarlo hasta el próximo periodo de sesiones en 2019. Se trataría de la duodécima vez que se presenta el proyecto ante el Congreso, pero esta fue la primera vez que llegó a debatirse. La norma debería volver a pasar por los mismos organismos y repetir el mismo proceso llevado a cabo en esta oportunidad.

Pero el año que viene hay elecciones presidenciales, por lo que es más que improbable que el proyecto vuelva a iniciar su trámite legislativo. Sin embargo, quienes impulsan la ley confían en que han instalado el debate en la sociedad y en que el tema formará parte de las próximas campañas electorales.

En Argentina los abortos se practican desde el principio de los tiempos, y la discusión es si se harán de manera clandestina o no. Mientras tanto deberíamos preguntarnos qué está ocurriendo con la salud sexual integral, con la educación sexual en los colegios, con la anticoncepción gratuita en las salas de atención primaria de salud. Todos ellos, mecanismos para evitar el camino que lleva inexorablemente a que las mujeres, adolescentes y niñas tengan que abortar clandestinamente como consecuencia de los embarazos no deseados.

Por eso, hoy más que nunca se debe levantar la consigna de la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito: "Educación sexual para decidir, anticonceptivos para no abortar y aborto legal para no morir".

II. ESPAÑA: LA PROTECCIÓN A LA SALUD Y LA TITULARIDAD A LA ASISTENCIA SANITARIA GRATUITA EN ESPAÑA A PROPÓSITO DEL REAL DECRETO-LEY 7/2018

María del Val Bolívar Oñoro

Introducción

No existe ninguna duda de que de todas las modificaciones normativas que se han producido en nuestro país en los últimos años, el Real Decreto-ley 16/2012 es uno de los que más controversia ha generado. Controversia que ha quedado plasmada no únicamente en la actividad de las cámaras parlamentarias, sino que ha sido objeto de numerosos pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional e incluso ha alcanzado instancias internacionales, tales como los Relatores de la ONU. En medio de este complejo contexto, este artículo pretende aportar unos breves apuntes sobre el derecho a la protección a la salud en España; la situación previa al Real Decreto-ley 16/2012; los cambios introducidos por el mismo en materia de titularidad del derecho de acceso a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos; los pronunciamientos de distintos órganos en referencia a esta modificación legislativa, con especial énfasis en la Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016 que declarara parte de la redacción inconstitucional; y las modificaciones introducidas por el nuevo Real Decreto-ley 7/2018.

1. El Derecho a la Protección de la Salud

El derecho a la protección de la salud viene reconocido en el artículo 43 de la Constitución Española de 1978 -en adelante CE-. Este artículo cuenta con tres incisos: el primero que reconoce literalmente y de manera genérica el derecho a la protección de la salud; el segundo que impone un mandato a los poderes públicos, y en particular al legislador, de desarrollar este derecho; y el tercero que establece el fomento de la educación sanitaria, la educación física, el deporte y la adecuada utilización del ocio. Ya una temprana intuición jurídica nos podría indicar que, debido a su formulación genérica y su vocación de desarrollo por parte de

legislador, este derecho, lejos de ser absoluto podría quedar a merced de los sucesivos “legisladores”. Intuición que no puede más que ser confirmada cuando este es conjugado con su posición dentro de la norma como “principio rector de la política económica y social” y con el artículo 53.3 CE que establece que estos principios “sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.”. Sin embargo, esta capacidad de modulación se encuentra limitada al menos por dos hechos muy relevantes: los compromisos internacionales asumidos en la materia (Art.10.2 CE) y su relación con otros derechos, estos sí pertenecientes al núcleo duro de la constitución, como el derecho a la vida o la integridad física y moral (Art.15 CE).

En cuanto a los compromisos internacionales asumidos¹, en el marco de la Organización de Naciones Unidas, España ratificó en 1977 el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales -en adelante PIDESC- cuyo artículo 12 reconoce “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Para la monitorización de la implementación de este Pacto, se creó en 1985 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales², Comité que ha tenido la oportunidad de realizar la Observación general núm. 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y de examinar este mismo año el sexto informe periódico que España debía presentar en 2017 en virtud de los artículos 16 y 17 del PIDESC. De manera añadida, España ratificó en 1980 en el marco del Consejo de Europa la Carta Social Europea -en adelante CSE-, cuyos artículos 11 y 12 se dedican respectivamente al derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social. Al igual que ocurría con el anterior instrumento, éste prevé un mecanismo de control que estudia si los Estados Parte están actuando de acuerdo con los compromisos asumidos. El órgano encargado de esta función se denomina Comité Europeo de Derechos Sociales – en adelante CEDS- y publica sus conclusiones de manera anual. Es importante destacar, que pese a haber firmado la Carta Social Europea (revisada) en 2000, España aún no la ha ratificado³. Finalmente, antes de entrar en el marco de la Unión Europea -en adelante UE-, es necesario

¹ Para mayor abundamiento sobre obligaciones internacionales en la materia consultar: SOBRINO GUIJARRO, I., “Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 3(2), 2013, pp. 127-158. Disponible en: https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/760/615

² COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx>

³ Consejo de Europa. Lista de firmas y ratificaciones de la versión revisada de la Carta Social Europea. Disponible en: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163/signatures?p_auth=HfZFcApy

destacar varias cuestiones. En primer lugar, que el Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales-en adelante CEDH- no recoge el derecho a la protección de salud, pues se consideró que esa materia tradicionalmente se aborda de manera más apropiada en instrumentos como la CSE⁴. Sin embargo, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos -en adelante TEDH- si ha tratado casos relacionados con el derecho a la protección de la salud, abordándolos desde la perspectiva de otros derechos reconocidos en el Convenio, como la prohibición de la tortura -Art.3 CEDH-⁵. En segundo lugar, tanto el PIDESC como la CSE y el CEDH tienen rango de tratados internacionales, lo que lleva aparejado como consecuencia que en caso de conflicto con una norma estatal -excepto las de rango constitucional- deban ser respetados⁶.

En la UE, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁷ -en adelante TFUE- la competencia en materia de protección y mejora de la salud humana será de apoyo entre la Unión Europea y los Estados Miembro⁸. De manera añadida, el TFUE menciona la protección de la salud humana en otros preceptos, como los artículos 9 y 158 TFUE, donde se explicita que en la definición y la ejecución de las políticas y acciones se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana. Al mismo nivel de los tratados constitutivos desde el Tratado de Lisboa, se encuentra la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁹ -en adelante la Carta- que en su artículo 35 consagra el derecho a la protección de la salud en el espacio competencial de la UE -Art.51 de la Carta-. Sobre esta base de derecho primario en la UE, se han desarrollado instrumentos de derecho secundario altamente influyentes

⁴ TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Health-related issues in the case-law of the European Court of Human Rights*, 2015. Disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_health.pdf

⁵ En el *Caso D. contra el Reino Unido* el Tribunal decidió que la expulsión de un extranjero que estaba muriendo a su país de origen, donde no tenía un hogar, una familia, un apoyo moral o financiero y donde no tendría acceso a un tratamiento médico adecuado constituía una violación del artículo 3 del CEDH - prohibición de la tortura-.

⁶ Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, art. 31: "Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional."

⁷ UNIÓN EUROPEA, Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea n^o C 326 de 26 de octubre de 2012, pp. 0001 - 0390.

⁸ UNIÓN EUROPEA, *Reparto de competencias en la Unión Europea*, Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Aai0020>

⁹ UNIÓN EUROPEA, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea* n^o C 326/02 de 26 de octubre de 2012, Cita en texto: la Carta.

en lo que a la protección de la salud se refiere, como por ejemplo la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza¹⁰ y la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración¹¹. Finalmente, entre los procedimientos que sirven para controlar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por parte de los Estados Miembros, a los efectos de este trabajo debemos destacar el procedimiento formal de infracción iniciado por la Comisión¹² y aquellos que implican el fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -en adelante TJUE-.

Respecto a la conexión entre el derecho a la protección de la salud -principio rector de la política económica y social- y los derechos fundamentales en sentido estricto -artículo 14 a 29 CE-, baste aquí con señalar que existe una clara relación de instrumentalidad entre el derecho consagrado en el artículo 43 CE y el derecho a la vida proclamado en el art. 15 CE. De esta conexión se deriva la necesidad de acudir a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, como dispone el artículo 10.2 CE, para la determinación del contenido y naturaleza de esta relación. Finalmente, es necesario destacar, que el artículo 13.1 CE autoriza al legislador a regular los derechos de los extranjeros con notable amplitud, pero como reconoce el fundamento jurídico 4 de la STC 236/2007 “esta posibilidad no es incondicionada por cuanto no podrá afectar a aquellos derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad de la humana que, conforme al art. 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español”, tampoco como reconoce la STC 242/1994 “al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los tratados internacionales suscritos por España”¹³.

¹⁰ UNIÓN EUROPEA, Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, *Diario Oficial de la Unión Europea* n° L 88/45, de 4 de abril de 2011.

¹¹ UNIÓN EUROPEA, Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. *Diario Oficial de la Unión Europea* n° L 016 de 23 de enero de 2004, pp. 0044 - 0053.

¹² COMISIÓN EUROPEA, *Procedimiento de infracción*. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law/infringement-procedure_es

¹³ Para más abundamiento consultar: ESCOBAR ROCA, G., ABRAMOVICH, V., “Capítulo IX”, en ESCOBAR ROCA, G. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria* (1ª ed.), Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

2. Evolución de la titularidad a la asistencia sanitaria gratuita en España

a. Situación anterior al Real Decreto-ley 16/2012

La preocupación por la salud colectiva no es una cuestión novedosa en España, pues en el año 1822 ya se esbozó un proyecto de Código Sanitario para actualizar las técnicas de intervención pública en esta materia. Desafortunadamente, este proyecto no llegó a aprobarse y hubo que esperar hasta la Ley de 28 de noviembre de 1855 para ver consolidados los avances en este área¹⁴. Desde ese momento, en España se han sucedido diversas normativas hasta llegar a la primera versión de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad¹⁵. Esta ley tiene por objeto, según reza su artículo 1, “la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución” del cual son titulares, junto con el derecho a la atención sanitaria, “todos los españoles (...) los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional”, “los extranjeros no residentes en España (y) los españoles fuera del territorio nacional (...) en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan.”. Sin embargo, el artículo 3.2 que establece que “La asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española” (y) “el acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva” cuenta ya con un primer límite impuesto en la Disposición Transitoria Quinta que dice que “la extensión de la asistencia sanitaria pública a la que se refieren (el artículo) 3.2 (...) se efectuará de forma progresiva”. Sea como fuere, desde la entrada en vigor de esta ley, se han ido dictado normas tendentes a garantizar el acceso a la asistencia sanitaria gratuita de determinados grupos o colectivos. Entre ellos pensionistas de clases pasivas -artículo 55 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989¹⁶-; personas sin recursos económicos suficientes - Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes¹⁷-; perceptores de prestaciones no contributivas -Ley 26/1990,

¹⁴ Parte I. Exposición de motivos de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, *Boletín Oficial del Estado*, 29 de abril de 1986, núm. 102, pp. 15207 a 15224.

¹⁵ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, *Boletín Oficial del Estado*, 29 de abril de 1986, núm. 102, pp. 15207 a 15224.

¹⁶ Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1988, núm. 312, pp. 36445 a 36494.

¹⁷ Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes. *Boletín Oficial del Estado*, 9 de septiembre de 1989, núm. 216, pp. 28657 a 28658.

de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas¹⁸-; menores de edad -artículo 3 sobre referencia a instrumentos internacionales de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁹-; extranjeros en territorio español -artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social²⁰-; trabajadores por cuenta ajena, que sean españoles de origen residentes en el exterior, que se desplacen temporalmente a España, o los retornados de más de 65 años o pensionistas, en determinadas circunstancias - Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados²¹-. También se ha reconocido la extensión de la acción protectora de la seguridad social a la asistencia sanitaria de carácter no contributivo y universal para los casos de enfermedad común - artículos 42.1 a) y 109.3 b) del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre²²-. Finalmente, la disposición adicional sexta de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública²³, regula la extensión del derecho de acceso a la asistencia sanitaria pública “a todos los españoles residentes en territorio nacional, a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico”²⁴. No obstante, el mismo artículo impone unos límites intrínsecos a este derecho.

Cabe destacar que estos son solo los avances producidos a nivel estatal y básico, pues de acuerdo con el artículo 149.1.16 CE el Estado tiene competencia exclusiva sobre “Bases y coordinación general de la sanidad”

¹⁸ Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, *Boletín Oficial del Estado*, 22 de diciembre de 1990, núm. 306, pp. 38246 a 38251.

¹⁹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *Boletín Oficial del Estado*, 17 de enero de 1996, núm. 15.

²⁰ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, *Boletín Oficial del Estado*, 12 de enero de 2000, núm. 10, pp. 1139 a 1150.

²¹ Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados, *Boletín Oficial del Estado*, 24 de enero de 2008, núm. 21, pp. 4601 a 4608.

²² Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, *Boletín Oficial del Estado*, 31 de octubre de 2015, núm. 261, pp. 103291 a 103519.

²³ Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, *Boletín Oficial del Estado*, 5 de octubre de 2011, núm. 240.

²⁴ Texto redactado conforme al Fundamento Jurídico 8 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016, de 21 de julio de 2016.

pero de acuerdo con el artículo 148 CE las Comunidades Autónomas podrán dictar normas de desarrollo y complementarias en el ejercicio de las competencias que les atribuyen los correspondientes Estatutos de Autonomía.

Finalmente, es necesario subrayar que desde la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999²⁵, es el Estado, a través de las transferencias presupuestarias a las comunidades autónomas, el que asume totalmente la financiación pública de la asistencia sanitaria, desvinculándose con ello la asistencia sanitaria de las aportaciones a la Seguridad Social²⁶. También que el marco legal para la coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias queda recogido en otra ley, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud²⁷-Ley 16/2003-. Ley que también recoge en su artículo 3 los titulares -asegurados según el RD-L 16/2012- del derecho a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria, cuestión central en este análisis.

b. Situación con el Real Decreto-ley 16/2012

En el año 2012, con una crisis económica, un procedimiento de infracción por parte de la Comisión Europea²⁸ y un informe del Tribunal de Cuentas²⁹ de fondo, el Gobierno decide recurrir a la figura del Real Decreto-Ley con los objetivos primarios de garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar sus prestaciones³⁰. Como fruto de este ánimo nace el

²⁵ Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999, *Boletín Oficial del Estado*, 31 de diciembre de 1998, núm. 313, pp. 44352 a 44412.

²⁶ Apartado III de la Exposición de motivos del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, *Boletín Oficial del Estado*, 24 de abril de 2013, núm. 98. Cita en texto: Real Decreto-ley 16/2012.

²⁷ Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, *Boletín Oficial del Estado*, 29 de mayo de 2003, núm. 128.

²⁸ De acuerdo con lo dispuesto en el punto III de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 16/2012 "El dictamen motivado 2009/2341 de la Comisión Europea dirigido al Reino de España por su negativa a expedir la tarjeta sanitaria europea a personas residentes en España con derecho a recibir asistencia sanitaria con arreglo a la normativa de algunas comunidades autónomas".

²⁹ TRIBUNAL DE CUENTAS, *Informe de fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los reglamentos y convenios internacionales de la Seguridad Social*, de 29 de marzo de 2012.

³⁰ Es necesario destacar que, de acuerdo con los datos ofrecidos por la Oficina Europea de Estadística, España incrementó su gasto en asistencia sanitaria de 2007 a 2010 llegando hasta los 97316 millones de euros, redujo su gasto en asistencia sanitaria de 2011 a 2014 siendo el menor gasto registrado de 92572 millones de euros en 2012 y volvió a incrementar su gasto de 2014 a 2016 siendo la cifra registrada para este último año de 100335 millones de euros. Información completa disponible en:

Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones³¹. En esta norma se abordaron numerosas modificaciones, afectando entre otras a la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias o la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. No obstante, la modificación legislativa más discutida por la doctrina fue la introducida en el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Este artículo que rezaba de manera previa a la modificación sobre la titularidad de los derechos a la protección de la salud y la asistencia sanitaria en términos genéricos y en relación con la condición de residente en España, se convierte en un detallado artículo sobre los requisitos necesarios para ser asegurado del Sistema Nacional de Salud y obtener asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos, teniendo esto dos repercusiones principales. La primera, que los inmigrantes que no dispusieran de autorización de residencia solo tendrían acceso a la asistencia sanitaria gratuita en tres casos: minoría de edad; urgencia y embarazo, parto y postparto³². La segunda, la exclusión de la asistencia sanitaria prestada con cargo a fondos públicos de aquellos que no cumplan los requisitos para ser asegurados si “superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente”³³.

[https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Healthcare_expenditure_statistics#Health_care_expenditure)

[explained/index.php/Healthcare_expenditure_statistics#Health_care_expenditure](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Healthcare_expenditure_statistics#Health_care_expenditure)

³¹ Siendo desarrollado por: Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, *Boletín Oficial del Estado, 4 de agosto de 2012, núm. 186*, pp. 55775 a 55786.

³² Situación a la que responden numerosas Comunidades Autónomas como el País Vasco, la Comunidad Valenciana, Extremadura o Navarra aprobando normativas que pretenden cubrir este vacío. A su vez, el Gobierno considera que algunas de estas normativas invaden competencias estatales. Discrepancias que fueron resueltas para las citadas por las SSTC 134/2017, de 16 de noviembre; 145/2017, de 14 de diciembre; 2/2018, de 11 de enero y 17/2018, de 23 de marzo, que declaran la inconstitucionalidad de estas medidas. Para mayor abundamiento sobre la dispar reacción de las Comunidades Autónomas consultar: DELGADO DEL RINCÓN, L. E., “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril”, *Revista de estudios políticos*, (163), 2014, pp.189-231.

³³ Como datos meramente orientativos sobre el impacto de esta medida podemos aportar los siguientes: En la interpelación formulada por la Señora Llinares Cuesta en el Senado en fecha 1 de septiembre de 2015 se dice lo siguiente: “El mismo Gobierno reconocía — aunque usted luego nos lo negará, porque lo han negado varias veces, también el presidente Rajoy lo ha negado— que en el programa de reformas que mandó a la Unión Europea en el año 2013 se había excluido a 873 000 personas.” También se añade que

Por lo tanto, se podría hablar de una norma regresiva en materia de derechos sociales, posibilidad que es muy discutida por parte de la doctrina. En un lado se sitúan aquellos que defienden la existencia de una obligación de no regresividad en la realización de los mandatos de optimización pero que esto no implica la prohibición absoluta de restringir los derechos sociales sino la necesidad de someter estas medidas a un test de proporcionalidad en relación a los fines perseguidos³⁴. En otro lado aparecen posturas que defienden la constitucionalidad de estas regresiones siempre y cuando se justifiquen en algo más que la economía o el principio democrático³⁵. En cualquier caso, lo que es indiscutible es que el TC no ha mantenido una postura consistente en lo que a las regresiones en materia de derechos sociales se refiere, pues podemos encontrar sentencias que defienden que “no se puede privar al trabajador

“Odusalud, el observatorio del derecho universal a la salud de la Comunidad Valenciana ha publicado hoy los datos, 1 de septiembre —hace tres años que entró en vigor este real decreto—, y ha detectado 1338 faltas de atención sanitaria en la Comunidad Valenciana, incluso en algunos casos que el real decreto decía que tenían derecho a esa asistencia. También ponen de manifiesto que ha habido 144 menores desatendidos.” Información completa disponible en:

<http://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/publicacionesoficiales/senado/diariosesiones/index.html?id=01092015&aFilter=d>

ODUSALUD (Observatorio del Derecho Universal a la Salud de la Comunidad Valenciana) recoge en su 14º Informe 173 incidencias de vulneración de la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana durante 2017 y el primer semestre de 2018.

De acuerdo con la Memoria de Actividad del Departamento de Salud del Hospital la Fe de Valencia el número estimado de personas que pasan por el Hospital en un día es de 15000, lo que hace un total de 5475000 personas al año. Información disponible en: <http://www.lafe.san.gva.es/memorias>

De acuerdo con los datos proporcionados por la Oficina Europea de Estadística en relación con los autoinformes de necesidades no satisfechas de examen médico en España en el periodo 2008-2016 la ratio se mantuvo entre el 0,2 y el 0,5 por ciento, estando la media de la Unión Europea entre el 1,4 y el 1,9 por ciento. Información completa disponible en: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Unmet_health_care_needs_statistics#Unmet_needs_for_health_care

re

³⁴ Esta parece ser la postura seguida en la Observación General Número 14 “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando dice en el punto 32: “Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte”.

³⁵ ESCOBAR ROCA, G., *El derecho, entre el poder y la justicia: Una introducción crítica al sistema jurídico español (1ª ed.)*. S.L.: Tirant lo Blanch, 2017.

sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas” (STC 81/1982) -en contra de la regresividad- y sentencias que argumentan a favor de que “el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención [al contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales], el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar, o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento” (SSTC 65/1987) -a favor de la regresividad-³⁶. Ante esta situación de incertidumbre, el TC ha tenido la oportunidad de pronunciarse repetidamente sobre la materia, entre ellas en la STC 139/2016 que a continuación analizamos.

c. Pronunciamientos sobre el Real Decreto-ley 16/2012

Fueron numerosas las Comunidades Autónomas que decidieron interponer recursos de inconstitucionalidad contra el citado Real Decreto-Ley 16/2012, entre ellas Navarra, Cataluña, Canarias o el País Vasco. Estos recursos han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal Constitucional, pero debido a su extensión y a que los argumentos y razonamientos coinciden parcialmente, aquí nos centraremos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016, pues en esta se acogerá la petición del Parlamento de Navarra de declarar inconstitucional y nulo un inciso de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en la redacción dada al mismo por del Real Decreto-ley 16/2012.

El recurso de inconstitucionalidad del Parlamento de Navarra se dirigió contra los arts. 1.1 y, por conexión, 1.2; 2.2, 3 y 5; 4.12, 13 y 14 y disposiciones adicional tercera y transitoria primera del Real Decreto-ley 16/2012³⁷. Cuestión que ya generó controversia, pues el suplico de la

³⁶ ZAMORA, M. A., “El principio de no regresividad de los derechos sociales en el ordenamiento constitucional español”, *Revista De Derecho Político*, (100), 2017, pp. 849-879.

³⁷ Si analizamos los preceptos respecto a los cuales se pretende la inconstitucionalidad, estos versan, en el orden antes expuesto, sobre las siguientes materias: la condición de asegurado; el reconocimiento y control de la condición de asegurado; la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud; la cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud; la cartera de servicios complementaria de las comunidades autónomas; la revisión periódica del Gobierno de la participación en el pago a satisfacer por los ciudadanos por la prestación farmacéutica incluida en la cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud, y los supuestos de financiación íntegra con cargo a fondos públicos; la aportación de los beneficiarios y sus beneficiarios en la prestación farmacéutica ambulatoria; protección de datos personales; el régimen

demanda rezaba que el recurso se dirigía contra el citado Real Decreto-ley “por infringir el artículo 86 de la Constitución y contra los artículos antes señalados”, a lo que el Abogado del Estado contestó que en el cuerpo de la demanda no se encontraba justificación para la declaración de inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley en su conjunto y por tanto el proceso debía quedar circunscrito a los preceptos mencionados. Argumento este último que fue acogido por el TC³⁸ y circunscribió el recurso a los siguientes puntos: vulneración del artículo 86.1 por no concurrir la “extraordinaria y urgente necesidad”³⁹; desconocimiento de los límites materiales del decreto-ley, afectando al art. 43 CE, transformando un sistema universalista en un sistema de aseguramiento; alteración sustancial del sistema de protección de la salud del que venían disfrutando los inmigrantes; determinación reglamentaria de aquellos españoles que quedarían excluidos de la asistencia sanitaria prestada con cargo a fondos públicos; afectación del art. 4.14 al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y afectación al régimen de las Comunidades Autónomas -limitación de las CCAA para establecer una cartera de servicios complementaria entre otros-⁴⁰. De todos ellos, por afinidad con la materia, el presente artículo se circunscribe únicamente al segundo, tercero y cuarto.

Respecto al desconocimiento de los límites materiales del decreto-ley, el TC establece que de acuerdo con su doctrina -recogida en la ATC 179/2011, de 13 de diciembre, FJ 7- para valorar el uso de la cláusula restrictiva prevista en el artículo 86.1 hay que tener en cuenta dos parámetros: “(i) que la legislación de urgencia no regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del título I CE y que la

de los españoles residentes en el exterior y la fijación de los precios de medicamentos no incluidos en la prestación farmacéutica.

³⁸ Extracto literal del Fundamento Jurídico número 2 de la STC 139/2016, de 21 de julio: “En aplicación de tal criterio, se aprecia que, pese a lo que la demanda afirma, la vulneración del art. 86.1 CE no se razona respecto a toda la norma, sino exclusivamente en relación con los concretos preceptos que han sido recurridos, pues solamente respecto de ellos, y en los términos que se expondrán, se cumple la carga alegatoria exigida en la doctrina que se ha resumido. Por ello, nuestro análisis se centrará básicamente en los artículos objeto de impugnación, respecto a los que se ha proporcionado una fundamentación suficiente de la denunciada vulneración del art. 86.1 CE.”

³⁹ El Fundamento Jurídico número 5 de la STC 139/2016, de 21 de julio desestima este motivo de inconstitucionalidad.

⁴⁰ Se debe tener en cuenta de que diversas Comunidades Autónomas habían abordado la universalidad de la asistencia sanitaria en sus Estatutos de Autonomía con fórmulas tan tajantes como la que se puede apreciar en el artículo 23.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña “Todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad y gratuidad a los servicios sanitarios de responsabilidad pública, en los términos que se establecen por ley”.

interpretación constitucionalmente adecuada tenga en cuenta la configuración constitucional de los derechos en cuestión, su ubicación sistemática, en el título I CE; (ii) el mayor o menor grado de intensidad o rigor de las garantías de las que disfrutaban, en virtud de lo que establece el artículo 53 CE⁴¹. Parámetros cuya aplicación al presente caso arroja la conclusión para el TC de que el artículo 43, como principio rector de la política social y económica, no ostenta las características de derecho cuya regulación por decreto-ley impide el art. 86.1 CE.

Respecto a la alteración sustancial del sistema del sistema de protección de la salud de los inmigrantes, la Letrada del Parlamento de Navarra considera en su escrito que está atenta contra el artículo 14 CE al establecer diferencias de trato injustificadas y no razonables, que no respeta el contenido esencial de los derechos, que no se dirige a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, que no guarda la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida, que es incompatible con la dignidad y que pone en riesgo la salud de otras personas ante la falta de tratamiento de estas. El Abogado del Estado por su parte considera que “es erróneo afirmar que antes del Real Decreto-ley 16/2012 existía una mayor cobertura sanitaria pública de los ciudadanos españoles”, que el derecho a la protección de la salud se encuentra entre aquellos que permiten la diferenciación entre nacionales y extranjeros⁴², que en nuestro entorno es una situación habitual que se exija a los inmigrantes en situación irregular el pago del coste de esa asistencia⁴³ y que simplemente se ha cambiado el requisito del empadronamiento por el

⁴¹ Tribunal Constitucional. Sentencia 139/2016, de 21 de julio de 2016. Fundamento Jurídico 6.

⁴² Tribunal Constitucional. Sentencia 139/2016, de 21 de julio de 2016. Resalta el Abogado del Estado que para que esa diferencia de trato sea admisible el Tribunal Constitucional ha exigido el cumplimiento de tres requisitos: Que el precepto impugnado no afecte al contenido del derecho imprescindible para la garantía de la dignidad humana; que la distinción entre españoles y extranjeros o entre extranjeros en función de su situación administrativa se dirija a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y que la medida sea proporcional al fin perseguido y además esté en conformidad con la razón de ser de la distinción entre inmigrantes regulares e irregulares. Dando como cumplido el primer requisito mediante la gratuidad de la plena asistencia sanitaria de todos los menores de edad sin atender a su situación, la asistencia sanitaria de urgencias a todos los mayores de edad y la atención a la embarazada durante embarazo, parto y posparto. Considerando cumplido el segundo con la estabilidad presupuestaria prevista en el artículo 135 CE y cumplido el tercero mediante la garantía de la plena asistencia sanitaria a inmigrantes en situación irregular con cargo a fondos públicos, cuando así lo establezcan los convenios internacionales suscritos con sus países de origen.

⁴³ Para sustentar esta alegación se basa en el trabajo publicado por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en octubre de 2011, denominado *Migrants in an irregular situation: access to healthcare in 10 European Union Member States*.

requisito del permiso de residencia, lo que defiende tiene “pleno acomodo en los márgenes constitucionales”. Ante estos argumentos el TC expone en el FJ 8 que “el sólo hecho del cambio de criterio del legislador en nada afecta a la constitucionalidad de la medida” pues “se trata de un derecho de configuración legal”, afirma que “la universalización del acceso a las prestaciones sanitarias sufragadas con fondos públicos, ha sido, desde la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad (LGS), un objetivo a perseguir en el que no se ha llegado ni a la desvinculación absoluta con respecto a la Seguridad Social ni a un acceso incondicionado y gratuito para todos los residentes en territorio español” y que “el reconocimiento del derecho (siempre ha precisado) de un título jurídico”. También afirma que “es posible, en términos constitucionales, la falta de identidad entre el derecho al acceso universal al sistema de salud pública de ese “todos” del art. 43 CE, con que ese acceso a la sanidad pública incluya beneficiarse de un concreto régimen de prestaciones sanitarias gratuitas o bonificadas con cargo a fondos públicos” y reconoce que, aunque “supone un giro en la anterior política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada” “la pretensión de universalidad acogida por el art. 43 CE se ha articulado de acuerdo con las previsiones legales existentes en cada momento, sin que hasta el momento haya significado el derecho incondicionado de toda persona residente o transeúnte que se halle en España a obtener gratuitamente todo tipo de prestaciones sanitarias”. Por lo tanto, estima que la decisión sobre si la asistencia sanitaria debe prestarse de manera gratuita pertenece al legislador en función de las circunstancias concurrentes, entre ellas las económicas.

En relación con la exclusión de determinados españoles de la asistencia sanitaria prestada con cargo a fondos públicos, la demanda de inconstitucionalidad se centra en que esta exclusión en algunas ocasiones se determina por remisión a una norma reglamentaria, lo que podría afectar a la reserva de ley del art. 43.2 CE. A esta petición responde el TC diciendo que la literalidad del inciso “siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente” impide determinar quiénes van a tener dicha condición, dejando la decisión exclusivamente en manos del Gobierno, que fijó el límite en cien mil euros en cómputo anual “sin que tampoco justifiquen las razones de dicha opción”. Por lo tanto, el inciso debe ser declarado inconstitucional y nulo pues “contiene una patente deslegalización que sacrifica la reserva de ley ex artículo 43.2 CE”.

Para terminar con este punto, es necesario destacar los votos particulares que formulan los Magistrados D. Fernando Valdés Dal-Ré⁴⁴ y D. Juan Antonio Xiol Ríos. Respecto a la vulneración de los límites

⁴⁴Voto particular al que se adhiere la Magistrada doña Adela Asua Batarrita.

materiales del art. 86.1 CE, en particular la prohibición de “afectar a los derechos de los ciudadanos reconocidos en el Título I CE”, ambos magistrados entienden que el tribunal debió declarar inconstitucionales y nulos los preceptos de la norma señalados. Para llegar a esta conclusión el primer magistrado utiliza como principal pilar la relación de instrumentalidad de artículo 43 CE con el 15 CE -alusión hecha al ATC 239/2012- y el preámbulo de la norma enjuiciada donde dice que afronta una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud, lo que es entendido por el Magistrado como una reforma esencial, sustantiva, básica, fundamental o principal del derecho a la salud. El segundo magistrado, sin embargo, añade especial énfasis al hecho de que “el Gobierno no solo no ha alegado que las razones que le llevan a modificar la condición de asegurado sea reducir gastos, sino que, ha fundamentado este cambio normativo en unas medidas completamente distintas⁴⁵ y que nada tienen que ver con el coste económico que la prestación sanitaria a los colectivos excluidos tiene para el sistema.”⁴⁶. Respecto a la infracción por el Real Decreto-ley 16/2012 del art. 43 CE en lo relativo a la modificación del sistema de protección de la salud del que venían disfrutando los extranjeros sin permiso de residencia, ambos magistrados coinciden⁴⁷ en que se debió declarar la inconstitucionalidad y nulidad del art. 3 ter de la Ley 16/2003, en la redacción establecida por el art. 1.3 del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. Para realizar esta afirmación argumentan que el test de proporcionalidad agravado que debería pasar esta medida como regresiva en materia de los derechos sociales no ha sido concluido satisfactoriamente. Si esto hubiese sido así, consideran los magistrados se hubiese constatado que una medida que excluye a un determinado colectivo de la asistencia sanitaria prestada con cargo a fondos públicos sin tener en cuenta su capacidad económica no es

⁴⁵ Sangüesa Ruiz apunta que los “nacionales de terceros Estados afectados por la medida aparece como una especie de «efecto colateral» de la misma, que poco tiene que ver con sus objetivos declarados”.

⁴⁶ En este sentido “Según los expertos consultados, el ahorro económico que pudiera pretenderse con la limitación de cobertura asistencial a la atención sanitaria de urgencias no resulta apreciable, sino que, muy al contrario, se produce un incremento del coste a largo plazo, que resulta de la necesidad de aplicar tratamientos curativos, frente a la menor onerosidad de las medidas de prevención y diagnóstico temprano en el nivel de atención primaria.”. Información extraída de: Defensor del Pueblo de España. “Informe: Las urgencias hospitalarias en el sistema nacional de salud: derechos y garantías de los pacientes. estudio conjunto de los defensores del pueblo”. (2015). Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/las-urgencias-hospitalarias-en-el-sistema-nacional-de-salud-derechos-y-garantias-de-los-pacientes-estudio-conjunto-de-los-defensores-del-pueblo-enero-2015/>

⁴⁷ Por adhesión en este punto del Magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos al voto particular formulado por el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré.

coherente con la finalidad de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema público sanitario, pues “quien carece de medios económicos para subvenir a sus necesidades sanitarias ni va a pagar la asistencia en el servicio público, ni va a derivar a un servicio privado, terminando en numerosas ocasiones por hacer uso del servicio público de urgencias, que sí está previsto independientemente de la situación económica y de la condición administrativa del usuario.”. En apoyo de este argumento, estos magistrados también se refieren al ATC 239/2012 donde el Gobierno no consigue cuantificar el perjuicio económico derivado del hecho de que la Comunidad Autónoma del País Vasco mantuviera a los extranjeros sin permiso de residencia en el sistema de salud. Adicionalmente, se alude a la falta de motivación reforzada que toda norma regresiva en materia de derechos sociales debe incluir de acuerdo con las obligaciones internacionales asumidas y a la afectación de esta medida a un colectivo particularmente vulnerable. También se resalta que el padrón se conformaba como mero requisito, no como una condición de ejercicio del derecho. Para terminar, expone lo siguiente “que los estándares internacionales de protección de los derechos humanos no impongan una serie de medidas positivas a los Estados en un ámbito, no justifica la reducción de los estándares internos para ajustarse a los mínimos internacionales.”

Finalmente, es necesario destacar que como el Magistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré apunta “el Comité Europeo de Derechos Sociales (...) en las Conclusiones XX-2 referidas a España y datadas en noviembre del año 2014, al hilo de su valoración del Real Decreto-ley 16/2012, recuerda al Estado español cuáles son sus obligaciones positivas en relación con el acceso a la salud de los inmigrantes cualquiera que sea su estatuto jurídico, y apunta que la exclusión de los adultos extranjeros “irregulares” del sistema sanitario podría ser contrario al art. 11 de la Carta revisada de 1996”. No obstante, esta no es la única instancia internacional que ha tratado la regresión normativa aquí analizada, pues el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, ambos pertenecientes a la ONU, requirieron al Gobierno de España una explicación sobre la misma⁴⁸.

⁴⁸ Como se extrae de: DEFENSOR DEL PUEBLO DE ESPAÑA, *Informe: Las urgencias hospitalarias en el sistema nacional de salud: derechos y garantías de los pacientes. estudio conjunto de los defensores del pueblo*, 2015: “Diversas asociaciones y organizaciones no gubernamentales han hecho llegar a los Defensores del Pueblo estudios de casos sobre las irregularidades que se están sucediendo en el acceso de los inmigrantes sin autorización de residencia a la asistencia sanitaria de urgencia, y del esfuerzo que los interesados y las propias entidades sociales han de realizar para

También el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España expresa su preocupación sobre “el efecto regresivo en cuanto al disfrute del derecho a la salud que ha tenido el Real Decreto-ley núm. 16/2012 (...) y que no se ha llevado a cabo una evaluación exhaustiva sobre el impacto que ha tenido esta medida y que no sea considerada como temporal (art. 12)” e “insta al Estado parte a que lleve a cabo una evaluación exhaustiva sobre el impacto que ha tenido la aplicación del Real Decreto-ley núm. 16/2012 en el disfrute del derecho del más alto nivel posible de salud a fin de llevar a cabo los reajustes necesarios para garantizar la disponibilidad, accesibilidad, asequibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios y atención de salud, incluyendo la derogación de las disposiciones que implicaron retrocesos en la protección del derecho a la salud.”

d. Modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 7/2018

Incluso con numerosas sentencias del TC avalando la constitucionalidad del citado Real Decreto-ley 16/2012, desde su entrada en vigor no dejan de sucederse las quejas relativas a su contenido dentro y fuera de las Cámaras Parlamentarias. Situación que desemboca en que menos de dos meses después de que se aprobara la moción de censura contra Mariano Rajoy en el Congreso de los Diputados, el nuevo ejecutivo adoptase el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud⁴⁹. Normativa que abandona el término asegurado en el artículo 3 de la Ley 16/2003 para volver a utilizar el término titular y amplía la presentación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España siempre cumplan los requisitos previstos en el artículo 3.2 ter de la Ley 16/2003, que pueden resumirse en la inexistencia de un tercero obligado al pago⁵⁰.

solventar las dificultades existentes a la hora de buscar remedio para los problemas de salud que les afectan”.

⁴⁹ Cabe destacar que esta nueva normativa no elimina las previsiones en materia de copago farmacéutico. Por el momento, la AIReF (Agencia Independiente de Responsabilidad Fiscal) “estima un impacto de unos 300M por la supresión del copago farmacéutico a los pensionistas. Esta medida implica un aumento del gasto de las CCAA. Aunque el Plan Presupuestario no recoge una cuantificación de la medida, la AIReF ha incorporado a su escenario esta estimación, en la que se ha tenido en cuenta que varias CCAA ya tienen en vigor ayudas al copago.” Información completa disponible en: <http://www.airef.es/es/informes-orden/>

⁵⁰ Art. 3.2 ter Ley 16/2003: a) No tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, en virtud de lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable. b) No poder exportar el

No obstante, al igual que ocurrió con la anterior normativa, se ha vuelto a recurrir a la figura del Real Decreto-Ley para regular la materia. Esto requiere un inmediato debate y votación de totalidad en el Congreso de los Diputados para su convalidación o derogación - artículo 86.2 CE -y abre la posibilidad de las Cortes decidan tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia - artículo 86.3 CE-. Habiéndose producido en este caso tanto la convalidación como la tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia⁵¹, tramitación que se encuentra en estos momentos en curso y en la que ya se ha presentado una enmienda a la totalidad que fue rechazada⁵². Por lo tanto, habrá que esperar a la conclusión de la tramitación parlamentaria para arrojar conclusiones definitivas sobre el impacto legislativo iniciado con este Real Decreto-Ley 7/2018⁵³.

Conclusiones

Hace cuarenta años, se decidió ubicar el derecho a la protección de la salud, dentro de los principios rectores de la política social y económica convirtiendo este en un informador de la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos que solo podrá ser alegado ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen. No obstante, el tiempo ha sido utilizado de manera intensa en la materia y no solo se han firmado numerosos instrumentos internacionales que nos comprometen a la progresiva realización del derecho a la salud, sino que la legislación nacional en la materia ha ido siempre paralela a este objetivo hasta el Real Decreto-ley 16/2012. Por ello, no es de extrañar que haya habido una fuerte reacción tanto dentro como fuera de nuestras fronteras ante una legislación regresiva en esta materia. Es posible compartir la opinión del Tribunal Constitucional en la que se disocia el derecho de acceso a la asistencia sanitaria del derecho a obtener esta prestación de manera gratuita, pero no es menos posible admitir que una limitación del derecho a la asistencia sanitaria con cargo

derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia c) No existir un tercero obligado al pago.

⁵¹ CORTES GENERALES, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Pleno y Diputación Permanente año 2018. XII Legislatura Núm. 144. Sesión plenaria núm. 137*, celebrada el jueves, 6 de septiembre de 2018.

⁵² CORTES GENERALES, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Pleno y Diputación Permanente año 2018. XII Legislatura Núm.165. Sesión plenaria núm. 158*, celebrada el jueves, 15 de noviembre de 2018.

⁵³ La tramitación parlamentaria puede ser consultada en el siguiente enlace: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&PIECE=IWA2&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLUS.fmt&QUERY=%28%29.ACIN1.+%26+%28REAL+DECRETO-LEY+7%2F2018%29.OBJE.&DOCS=1-1

a fondos públicos a apersonas sin permiso de residencia no es proporcional con el fin de preservar la sostenibilidad del sistema si no hay consolidados estudios que lo demuestren. Por lo tanto, ya sea con la anterior normativa, que solo prestaba asistencia sanitaria a las personas sin permiso de residencia en casos de minoría de edad, urgencia o embarazo, o con la nueva normativa, que presta asistencia sanitaria siempre que no haya un tercero obligado al pago, es necesario unirse a las demandas que urgen al Estado Español a que realice un estudio de fondo sobre el gasto sanitario.

Bibliografía

- AGENCIA EUROPEA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, *Cost of exclusion from healthcare. The case of migrants in an irregular situation*, 2015.
- AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, *Migrants in an irregular situation: access to healthcare in 10 European Union Member States*, 2011.
- ESCOBAR ROCA, G., *El derecho, entre el poder y la justicia: Una introducción crítica al sistema jurídico español*, Tirant lo Blanch, 2017.
- ESCOBAR ROCA, G., (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- DELGADO DEL RINCÓN, L. E., "El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril", *Revista de estudios políticos*, (163), 2014, pp.189-231.
- SANGÜESA RUIZ, N., *Exclusión de los extranjeros en situación irregular del acceso gratuito al Sistema público de salud en España. Sentencia 139/2016 del Tribunal Constitucional. Rivista di BioDiritto, n.1/2017*, 2012.
- SOBRINO GUIJARRO, I., "Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España", *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 3(2), 2013, pp. 127-158.
- TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Health-related issues in the case-law of the European Court of Human Rights*, 2015.
- ZAMORA, M. A., "El principio de no regresividad de los derechos sociales en el ordenamiento constitucional español", *Revista De Derecho Político*, (100), 2017, pp. 849-879.

NOTAS

III. CHILE: LA DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ, UNA NUEVA INSTITUCIONALIDAD PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Ana María Moure*

Introducción

El Congreso Nacional de Chile aprobó por unanimidad el proyecto de Ley que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, después de completar su tramitación, el cual formó parte de los proyectos de ley prioritarios en materia de niñez y adolescencia que se han llevado a cabo en el país en las últimas décadas y ha significado un fortalecimiento de la institucionalidad en materia de derechos humanos, tratándose de un órgano específico encargado de velar por los derechos de los niños, niñas y adolescentes, con capacidad de intervención en la formulación de políticas públicas en dicho ámbito, en forma prioritaria.

La primera titular de la "Defensoría de los Derechos de la Niñez", es la abogada Patricia Muñoz García, quien fue designada por votación unánime del Senado de Chile, a propuesta de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, que tomó en cuenta que este cargo que estuviera encomendado a una persona de amplio prestigio y destacada trayectoria en el ámbito de la niñez, que le permitiera ejercer sus funciones atendiendo entre otros elementos, al alto grado de especialización de sus competencias y de profesionalización, en una mejor

* Profesora Asociada, Departamento de Derecho Internacional, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Magister en Derecho de la Unión Europea, Universidad de Leiden, Doctora en Derecho Europeo (PhD), Universidad de Alcalá, España/Universidad TU Dresden, Alemania

posición para dar cumplimiento a las tareas que este cargo implica para la realización efectiva de sus objetivos y finalidades.

La Defensoría, se puede definir como un organismo no judicial o cuasi-judicial, u órgano de control persuasivo, no coactivo, independiente que ayuda a enfatizar la vigencia de los derechos que se les han conferido a los niños, niñas y adolescentes, establecidos en la Convención de los Derechos del Niño, así como en instrumentos internacionales que la complementan y desarrollan.

En este sentido, la Defensoría de los Derechos de la Niñez es una institución pública, situada en la Región Metropolitana, definida como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que mediante sus recomendaciones, sugerencias y recursos, presta un servicio importante para los niños, desde un lenguaje cercano que busca facilitar soluciones justas y efectivas para la realización de los valores, principios y derechos que se han establecido en el derecho internacional e interno en el país.

Con esta orientación y proximidad puede acudir ante la Defensoría cualquier persona, ya que se trata de una institución abierta, cercana fácil, gratuita, y sin formalismos procesales.

Para cumplir con estas funciones, el titular de la Defensoría debe ser una persona independiente políticamente ante los poderes del Estado, elegida por consenso y que tiene libertad para disponer de autonomía en cuanto a su gestión interna y experiencia de instalación en cuanto a la creación de esta nueva institucionalidad, en el ámbito público.

El nombramiento de la Defensoría, fortalece las garantías de su sistema democrático, y al igual que en otros países, en el caso el chileno es una muestra de su autonomía, ya que se ha identificado la necesidad de fomentar otros medios de controles alternativos para la defensa de los derechos de los niños, que sean complementarios a las funciones propias de otros organismos del Estado, a través de un rol más bien propositivo en cuanto al impulso de mejores políticas públicas a nivel de infancia. En este sentido, la evidencia empírica demuestra que las Defensorías de la Niñez en la mayoría de otros países, cuentan con un grado importante de legitimación social, situándose como instituciones altamente valoradas por la ciudadanía, capaces de dar respuestas a sus inquietudes.

Por lo demás, en Chile alrededor del 20,9% de la población vive en situación de pobreza y la desigualdad de ingresos continúa siendo elevada. Se requieren, por lo tanto, acciones integrales de protección, promoción de capacidades y respeto de derechos, especialmente de manera transversal a grupos más vulnerables –mujeres, niños y niñas, pueblos indígenas, inmigrantes, personas mayores, con discapacidad y en situación

de calle-, reduciendo además brechas de género y territoriales¹. las personas menores de 18 años ascienden a más de 4 millones de personas, y es la población más afectada por la pobreza, la desigualdad y la violencia. Su reconocimiento como sujetos de derechos y salvaguardar el ejercicio efectivo de sus derechos constituye una de las bases fundamentales para avanzar hacia la superación de la exclusión, la desigualdad y el perfeccionamiento de nuestra democracia².

En consecuencia, el aporte de la Defensoría será clave para impulsar un mayor conocimiento teórico y práctico de la gestión gubernamental y privada en el área de infancia, como persona independiente e íntegra, que cuenta con un amplio consenso del Congreso Nacional lo que asegura su autonomía, experiencia y autoridad para presidir una institución desde una perspectiva interdisciplinaria. En tal sentido, podemos señalar que entre las principales características de la Defensoría destacan su nivel de legitimación, su accesibilidad, flexibilidad y credibilidad.

1. Definición y nombramiento

Se adopta un modelo de órgano especializado, independiente y autónomo, por medio de la Ley 21.067 que crea la Defensoría de la Niñez, la cual establece por primera vez en Chile una entidad separada que protegerá y promoverá los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

Durante la ceremonia de promulgación, la Presidenta Michelle Bachelet citó en su discurso a la poetisa española Gloria Fuertes, indicando: "Para dibujar un niño hay que hacerlo con cariño". "Ese es el mismo cariño que hemos trabajado en esta nueva institucionalidad y es el

¹ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, GOBIERNO DE CHILE, *¿Cómo hemos Avanzado?* En esta sección se presentan, por eje de derechos, los indicadores vinculados a los compromisos que el Estado de Chile ha contraído en materia de niñez y adolescencia, contenidos en el Plan de Acción Nacional de Niñez y Adolescencia 2018-2025. Disponible en: <http://www.creciendoconderechos.gob.cl/avances-y-desafios>.

² María Estela Ortiz, Secretaria Ejecutiva Consejo Nacional de la Infancia. Por otra parte, es relevante mencionar que Chile ocupa el último lugar en el ranking: 41º de 41 países de la Unión Europea/OCDE. Obtiene su mejor resultado en los objetivos de "Fin al hambre" (29º) y en "Aseguramiento de producción y consumo sustentable" (26º). El peor desempeño se observa en "Aseguramiento de salud y bienestar" (40º). La especialista en Políticas Públicas de UNICEF Chile, Martha Kluttig, explicó que "a pesar de los bajos resultados relativos de Chile en comparación con países de la OCDE y Unión Europea, el ejercicio de comparación nos permite fijar estándares desafiantes, y más acordes a su nivel de desarrollo económico. Vid.: UNICEF, *Informe de UNICEF Plantea Nuevos Desafíos para la Infancia vinculados a los Objetivos de Desarrollo Sustentable*, 2017.

mismo cariño hacia todos nuestros niños que debe estar presentes en todas las políticas que impulsemos de ahora y en el futuro”, resaltó³.

El Defensor o Defensora es electo por el Senado de Chile por un quórum de 2/3, a partir de una propuesta que realiza la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la misma Corporación. Permanece en su cargo por 5 años, sin posibilidad de reelección. Podrá ser removido por la Corte Suprema a requerimiento del Presidente de la República o de un tercio de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados.

Al igual que en otros sistemas comparados, la figura de la Defensoría debía formar parte del sistema de protección integral de los derechos de la niñez, cumpliendo una función de vigilancia hacia los órganos del Estado, existiendo diversas modalidades de institucionalización que fueron estudiadas antes de ser instaurada a nivel nacional. A estos efectos se tuvo en cuenta que la institución se asemeja a un *Ombudsman for Children* de naturaleza jurídica *sui generis*, una institución híbrida que debe dar cuenta de su labor e informar periódicamente de su gestión a los 3 poderes del Estado y que a su vez goza de independencia en el ejercicio de sus funciones.

La Defensoría se puede considerar como un órgano auxiliar, dependiente orgánicamente pero libre en su funcionamiento, que se ha incorporado a la institucionalidad del país, para contribuir a la profundización del sistema de garantías para la niñez, ajusta las instituciones existentes, adaptándolas a nuevas circunstancias y fomentando cambios que permitan a los niños gozar de mayor bienestar. Entre sus características principales se destacan: 1) Es una magistratura de tipo moral; 2) Realiza una supervisión de las actuaciones del Estado; 3) Tiene por objeto la promoción y defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; 4) Impulsa y tiene incidencia en las políticas públicas⁴.

Chile está comenzando a instalar una institución especializada para la promoción y protección de los derechos de los niños que permite, tal como se hace en otros ordenamientos jurídicos, fomentar de manera integral la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño⁵,

³ GOBIERNO DE CHILE, Presidenta Bachelet promulga *Ley que crea la Defensoría de la Niñez*, 22 de enero de 2018.

⁴ El Defensor debería representar una de las fuentes más dinámicas y activas en el desarrollo de políticas y proyectos participativos dirigidos a la infancia y la adolescencia. *Vid.*, RAVETLLAT BALLESTÉ, I., *El Defensor de los Derechos de la Niñez en Chile: Hacia un verdadero garante de su interés superior*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Estudios Constitucionales, Año 15, Núm. 1, 2017, pp. 255 – 306, p. 6.

⁵ Tempranamente desde su instalación, la nueva Defensora de los Derechos de la Niñez en Chile ha permitido perfilar y dar fisonomía al carácter de magistratura moral de la

compartiendo información, enfoques y estrategias que permiten promover los intereses de los niños frente a las autoridades públicas y privadas, y supervisar el desarrollo de las condiciones en las que crecen los niños en forma más cabal y suficiente y que puede identificar en forma más global las falencias de algunos organismos u otras instituciones que ya están funcionando, pero de una forma constructiva y complementaria.

A modo de ejemplo, la Unión Europea está adoptando un enfoque de fortalecimiento de los sistemas, basado la aplicación de la Observación General Núm. 5 titulada «Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño», a fin de garantizar que todos los elementos de los propios sistemas nacionales de los países socios estén mejor capacitados para proteger y hacer observar los derechos de los niños, garantizando que existan las estructuras y recursos necesarios mediante un enfoque de fortalecimiento de sistemas, Directrices que tienen como objetivo «que ningún niño quede excluido»⁶ y ante la pregunta sobre: ¿Qué es un enfoque de fortalecimiento de los sistemas? Se determina que cuando un Estado ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño, contrae obligaciones de Derecho internacional consistentes en aplicar todas las disposiciones de la Convención. Esto significa que los Estados miembros tienen la obligación de proteger los derechos de todos los niños mediante medidas, estructuras y recursos adecuados. Todos los sistemas tienen varios elementos. Entre los elementos clave se incluyen, por ejemplo, la legislación y las políticas, las asignaciones presupuestarias, la prestación de servicios, los organismos de coordinación y supervisión, la recopilación de datos, la concienciación y la formación, etc.⁷

Por otra parte, la Defensoría es una figura sin potestad que tiene entre sus finalidades dar cauce a las solicitudes que presentan los ciudadanos

institución que dirige. A modo de ejemplo, la Defensora de la Niñez en un oficio dirigido al Ministro de Educación, se refirió a la aplicación de las normas internacionales que obligan a Chile, y sobre uno de los deberes que adquiere, a través de todos sus órganos de administración, es el de “asegurar al niño la protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar”, resguardando su interés superior, agregando, además, : “que los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado y protección de los niños, cumplan con las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en la existencia de una supervisión adecuada”. En: OFICIO Núm. 20/2018; Aseveraciones públicas sobre rol Ministerio de Educación. Santiago, 23 de julio de 2018

⁶ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Revisión de las Directrices de la UE para la promoción y protección de los derechos del niño*, adoptada por el Consejo en su sesión Núm. 3525, celebrada el 6 de marzo de 2017.

⁷ Directrices de la UE para la promoción y protección de los derechos del menor Mensajes clave, SN 10060/17.

ante las autoridades, con la finalidad de manifestar algo, consultar o solicitar información o recurrir ante una actuación injusta y arbitraria, a través de la persuasión. La fortaleza de un Estado se mide precisamente por su capacidad de resolver conflictos eficazmente y que la administración de justicia sea para la resolución de conflictos un recurso ultima ratio.

Asimismo, esta institución se ha considerado como parte del Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez⁸. También se creó la Subsecretaría de la Niñez que forma parte de una nueva institucionalidad asumiendo las tareas de promoción y protección de los derechos de los niños⁹, además durante el último gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet¹⁰, se propuso por parte del Consejo Nacional de la Infancia, que Chile debía consolidar su institucionalidad, en el marco de un Sistema Universal de Garantías de Derechos de la Niñez y la Adolescencia, a nivel nacional, regional y local, que incorporara la creación de un Defensor de los Derechos de la Niñez.

El Consejo Nacional de la Infancia plantea: ¿Por qué esta institución es tan necesaria para un efectivo Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez? Las garantías de respeto, promoción, prevención y protección de los derechos del niño, constituyen un imperativo ético, una responsabilidad

⁸ Boletín Núm. 10315-18, de 24 de septiembre de 2015. El día 9 de diciembre de 2015 fue aprobado por unanimidad la idea de legislar; Reforma Constitucional que establece la protección integral de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Boletín Núm. 9139-07, en discusión del primer trámite constitucional ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Este Sistema permitirá institucionalizar las funciones necesarias para asegurar el respeto, promoción y protección del desarrollo físico, mental, espiritual, moral, cultural y social de los niños. Se destaca la consideración del Defensor de los Derechos de la Niñez, entre las instituciones participantes del sistema (indicación presentada por Oficio Núm.1528-363).

⁹ Boletín Núm. 10.314-06; Proyecto de ley, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, que crea la Subsecretaría de la Niñez, modifica la ley Núm.20.530, sobre Ministerio de Desarrollo Social, y otros cuerpos legales que indica. MENSAJE Núm. 994-363; Incorpora un nuevo objeto –velar por los derechos de los niños, con el fin de promover y proteger su ejercicio- y nuevas funciones al Ministerio de Desarrollo Social. Crea la Subsecretaría de la Niñez y dos nuevos órganos de participación social, el Consejo de la Sociedad Civil de la Niñez y el Consejo Nacional de los Niños.

¹⁰ Se destacan a este respecto: La elaboración y aprobación de la nueva Política Nacional de Infancia 2015-2025. Su objetivo entre otros fue garantizar que los niños, niñas y adolescentes de Chile puedan ejercer sus derechos de manera efectiva con la idea de concretar una política con efectos de largo plazo y que trascienda a un gobierno en particular. Para alcanzar esas metas se requerirá un conjunto de avances que aseguren estándares de calidad. Por ejemplo: Instalación de nuevos organismos; formación de personas vinculadas al trabajo con la niñez y adolescencia; nuevos procesos de aseguramiento de la calidad; y seguimiento permanente a las políticas públicas que se apliquen, etc., ocasión en la que firmaron el proyecto de ley que creó el Defensor de los Derechos de la Niñez.

colectiva, colaborativa, que requiere la implicación de todos los órganos del Estado. Así, los ministerios y servicios tienen responsabilidades en el diseño, planificación, coordinación y ejecución de políticas públicas en materia de niñez. Por lo tanto, la Defensoría es y siempre deberá ser dirigida por una persona con una vasta trayectoria profesional en el ámbito de la infancia y la defensa de sus derechos, cuyos aportes realizados le entreguen legitimidad técnica y ética, con el objeto de que el seguimiento, las orientaciones, las recomendaciones y las denuncias sobre la situación de los niños y niñas que realice, así como el trabajo de difusión y promoción de sus derechos que despliegue estén revestidos de la autoridad suficiente para ser escuchados y considerados por las autoridades, así como por los diferentes actores de la sociedad chilena.

Esta intervención se considera necesaria, toda vez que los niños al igual que otros ciudadanos o personas se ven enfrentadas a una serie de normas tanto internas como internacionales y estructuras complejas a nivel estatal, las que se encuentran dispersas e indeterminadas y que no necesariamente actúan de forma coordinada en sus actuaciones, generando una serie de problemas para la correcta garantía en el ejercicio de los derechos fundamentales de los niños.

Se ha optado al igual que otros modelos, por una magistratura de opinión y persuasión. Se considera un órgano revestido de '*auctoritas*' y no de '*potestas*', dado que su influencia y la eficacia de sus recomendaciones derivan de la objetividad e independencia con que desarrolla sus actuaciones, sin tener competencias de control vinculante, a diferencia de aquellos órganos que ejercen jurisdicción, lo que permite equilibrar aquellos casos específicos que necesitan de representación judicial diferenciándose de problemáticas sistémicas que puedan afectar los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Es un órgano especializado que ejerce un rol observador del Sistema de Garantías de los derechos de la niñez, de manera autónoma, que forma parte del sistema de protección de derechos humanos a nivel nacional, tomando en cuenta el principio del interés superior del niño y que tiene entre sus objetivos darle protagonismo a la niñez y respetar su derecho a ser oído así como su autonomía progresiva, con funciones de difusión, promoción y protección de sus derechos.

2. Institucionalidad de derechos humanos

La Defensoría es inédita y su creación a nivel sectorial, implica dotar al Estado de un nuevo organismo de protección y promoción de los derechos de los niños, que complementa la labor de las actuales instituciones y contribuye a desarrollar nuevas prácticas y políticas públicas en esta materia, en forma coordinada, constructiva y complementaria.

En su normativa se establece la obligación de coordinación en el ámbito de sus competencias con el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), y otros órganos de protección de derechos humanos, lo que garantice la protección y promoción integral de los derechos humanos.

A este respecto, destacamos la relación de colaboración entre el (INDH)¹¹ y el Defensor de los Derechos de la Niñez, en la elaboración de los informes para ser presentados ante organismos internacionales, estas y otras actividades en que ambas instituciones pueden potenciarse, ya que difieren en su ámbito de competencia y alcance en relación a su labor hacia la ciudadanía, en el ejercicio de sus respectivos roles en la difusión, promoción y protección de los derechos humanos.

En la medida en que se dé una actuación colaborativa entre las distintas instituciones referidas a la promoción y protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, es posible ya que ambas instituciones no se encuentran en una relación de subordinación, o de control jerárquico entre unas y otras. Incluso cuando se ha planteado respecto a la redacción del proyecto de ley, el hecho de una posible afectación de la autonomía del Defensor, cuando goza de una efectiva autonomía funcional, toda vez que el artículo 4º inciso ñ) prescribe el deber de coordinación con el Instituto de Derechos Humanos en el ámbito de sus competencias, en la elaboración de los informes que deba presentar a los órganos y comités especializados de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, así como ante otras organizaciones internacionales.

En tal sentido, de acuerdo a los Principios de Paris, acerca de las modalidades de funcionamiento de cualquier INDH, en cuanto al marco de

¹¹ De acuerdo a las obligaciones legales contenidas en la Ley 20.405 que crea el INDH, anualmente se elabora el Informe Anual sobre la Situación de Derechos Humanos en Chile, el cual tiene recomendaciones a los tres poderes del Estado, y que se envía a su vez para su conocimiento, al sistema universal y regional de derechos humanos. Adicionalmente, el INDH desarrolla anualmente los Informes complementarios, que son presentados ante los Comités de seguimiento de los tratados ratificados por Chile, en español, inglés y francés. Estos informes son presentados en la calidad de órgano autónomo, de manera complementaria a los que presenta el gobierno anualmente a través de la Cancillería, y son llamados así para diferenciarlos de los informes oficiales y de los presentados por organizaciones de la sociedad civil.

Algunos de los informes complementarios presentados por el INDH a los Comités de seguimiento de tratados internacionales ante de la Organización de Naciones Unidas son los siguientes: a) 2018: Derechos humanos de las personas jóvenes : Contribución para ser presentada ante el Consejo de Derechos Humanos en su 39º período de sesiones, Instituto Nacional de Derechos Humanos b) 2016: Informe Complementario INDH Presentado al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/907>. c) 2015: Informe Complementario INDH Presentado al Comité de los Derechos del Niño (CRC). Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/821>.

sus actividades, la institución nacional deberá mantener la coordinación con los demás órganos de carácter jurisdiccional o de otra índole encargados de la promoción y protección de los derechos humanos. Además, esta institución para poder ejercer sus funciones de manera autónoma, es decir, debe contar con independencia funcional, lo que corresponde también a la esencia del cargo, ayuda también a definir su naturaleza jurídica y su autonomía respecto a otros órganos de control, con los cuales puede o debe colaborar, teniendo en cuenta que ésta figura se rige en su actuación por el principio de independencia, lo cual significa no estar sometido ni admitir instrucciones de ningún otro organismo del Estado, atendiendo los derechos de los niños, niñas y adolescentes, para que éstos puedan desarrollar sus potencialidades, en condiciones más justas.

Indicábamos, que el Defensor se relaciona a nivel institucional con otros organismos del Estado, así como con otras instituciones de promoción de los derechos humanos, con la sociedad civil y aun cuando está comenzando también se relacionará con otras organizaciones o foros internacionales de protección de los derechos humanos, así como con distintas Asociaciones de Ombudsman, etc.

En consecuencia, se ha considerado importante impulsar su validación técnica y humana de la forma más amplia y transversal, entre actores relevantes –a nivel político, ONG, organismos internacionales- en materia de derechos humanos de la niñez, como un aval para la legitimidad del proceso de implementación de la Defensoría, que signifique un espacio de trabajo colaborativo y progresivo, para una óptima instalación del enfoque de derechos en la gestión pública y la acción ciudadana, que posea conocimientos y experiencias en el desarrollo de trabajo intersectorial, que permita la debida articulación entre distintos sectores –incluyendo organismos públicos, la sociedad civil, u otras organizaciones dedicadas a materias de infancia así como ser otra alternativa en la mediación de conflictos.

Por otra parte, en el párrafo Núm. 6 de la Resolución aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2012 [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/67/457/Add.2 y Corr.1)] 67/163. El papel de los ombudsman, mediadores y demás instituciones nacionales de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos humanos, a propósito de la vinculación entre las instituciones nacionales independientes de derechos humanos dedicadas a la promoción y protección de derechos humanos, para que trabajen con mayor colaboración, señala la necesidad de dotar “a los ombudsman, mediadores y demás instituciones nacionales de derechos humanos, allí donde existan, de un marco legislativo y los medios financieros apropiados

a fin de asegurar el ejercicio eficaz e independiente de su mandato y de reforzar la legitimidad y la credibilidad de sus actuaciones como mecanismos para la promoción y protección de los derechos humanos”.

En el derecho comparado, la labor de las Defensorías y demás instituciones que velan por la protección de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas, y concretamente de los niños tiene especial importancia dada la relación de cercanía e inmediatez que sostienen con la población, y de su capacidad para mejorar la calidad de vida de la misma. En este sentido los Defensores también pueden distinguirse entre instituciones integradas por uno o varios miembros; entre instituciones cuya orientación principal es asesorar al gobierno acerca de las políticas de derechos humanos y las que atienden quejas individuales; entre las que abordan todos los derechos humanos, incluyendo los económicos, sociales y culturales (DESC) y las que se limitan a cuestiones específicas, como la discriminación. En consideración a lo anterior, el Defensor se transforma en un nuevo mecanismo institucionalizado que puede recibir peticiones, y si las mismas son constitutivas de delito el Defensor tendría la obligación legal de denunciarlos al Ministerio Público o a la Justicia y en casos excepcionales de extrema gravedad, estaría habilitado para interponer acciones judiciales en virtud de su función de protección de los derechos de los niños.

En su futuro desempeño, de acuerdo a lo indicado por la sociedad civil la Defensoría podría, especialmente, hacer un seguimiento del establecimiento del sistema de protección integral y de las garantías de los derechos de la niñez; el sistema de protección administrativa; la reforma al sistema de protección especializada reformando el Servicio Nacional de Menores (SENAME), a través de la creación de dos nuevos servicios: el Servicio de Protección Especializada de Niños y Niñas, a cargo del Ministerio de Desarrollo Social, y el Servicio de Reinserción Social Juvenil, que estará radicado en el Ministerio de Justicia; la reforma a la ley de adopción; y la protección de grupos prioritarios como, por ejemplo, migrantes, niños y niñas pertenecientes a pueblos indígenas, niños y niñas discriminados por causa de su identidad género u orientación sexual, y niños y niñas en situación de discapacidad u otras situaciones de emergencia y crisis.

El propio Estado requiere seguir avanzando en materia institucional, desarrollando mecanismos que le permitan desarrollar sus funciones en forma óptima e identificar falencias que a veces el propio Estado y sus diversos órganos en el ejercicio de sus funciones no alcanza a detectar en que está fallando, pero cuando se puede realizar un control de tipo persuasivo y o no coactivo a través de un tercero imparcial como puede

contribuir la Defensoría a identificar y prevenir estas falencias e imperfecciones del sistema sin condenar ni castigar, sino a través de la persuasión para que esta institucionalidad se perfeccione y mejore.

Es decir, la Defensoría se configura como un órgano independiente de carácter autónomo, que puede ser un observador del sistema vigente a nivel constructivo no solo de lo que falla sino de lo que falta y es ahí donde su rol es clave en cuanto a ser una promotora y una persona que proponga nuevas políticas públicas, y además haga un seguimiento también de todo aquello que no funciona en forma perfecta, pero puede ir mejorando. Mediante disposiciones transitorias se regularán sus estatutos, así como por ley ya se regulan sus funciones y atribuciones de control, siendo facilitador de medios alternativos de resolución de conflictos a los procedimientos jurisdiccionales, y será una institución pública enfocada fundamentalmente en el resguardo de los niños que pueda promocionar y restablecer sus derechos y a su vez servir de órgano de control para la vigencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Bibliografía

- GOBIERNO DE CHILE, *Chile Agenda 2030 Objetivos de Desarrollo Sostenible, Informe Nacional Voluntario, Consejo Nacional para la Implementación de la Agenda 2030 y el Desarrollo Sostenible*, 16 de junio de 2017.
- GOBIERNO DE CHILE- MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA, *Proyecto de ley: Defensoría de los Derechos de la Niñez (Ministro Nicolás Eyzaguirre / Secretaría Ejecutiva Consejo Nacional de la Infancia, María Estela Ortiz)*.
- GOBIERNO DE CHILE, *Acuerdo Nacional por la Infancia*, 2017.
- GOBIERNO DE CHILE, *Presidenta Bachelet promulga ley que crea la Defensoría de la Niñez*, 22 de enero de 2018.
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre proyecto de ley que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez*, Boletín Núm. 10.584-07.
- Resolución aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2012 [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/67/457/Add.2 y Corr.1)] 67/163. *El papel de los Ombudsman, mediadores y demás instituciones nacionales de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos humanos*.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, I., *El Defensor de los Derechos de la Niñez en Chile: Hacia un verdadero garante de su interés superior*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Estudios Constitucionales, Año 15, Núm. 1, 2017, pp. 255 – 306.

SECRETARÍA EJECUTIVA DEL CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA, *El defensor del niño: Una garantía institucional para el respeto, promoción y protección del ejercicio de los derechos del niño*, LE MONDE Diplomatie | mayo 2016.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Revisión de las Directrices de la UE para la promoción y protección de los derechos del niño*, adoptada por el Consejo en su sesión Núm. 3525 celebrada el 6 de marzo de 2017.

IV. ESPAÑA: FOSA SIN NOMBRES. EL VALLE DE LOS CAÍDOS ¿HABRÁ PAZ PARA LOS MUERTOS?

Miguel Donayre Pinedo*

Para recuperar la historia es necesario que esté viva y, para eso, la historia debe convertirse en memoria. La historia, sin más, puede ser inmoral. La memoria, en cambio, nos recuerda que el pasado tiene una actualidad en el presente, que el pasado es contemporáneo del presente

Joan – Carles Mèlich

1

Muy cerca de Kigali está la que fuera la residencia del expresidente Juvénal Habyarimana, en el distrito de Kanombe. Es un lugar de la memoria en el país de las mil colinas, que trae malos recuerdos, pero que está ahí para no olvidar lo que allá se tejió. Es una casa pintada de blanco, muy grande y de amplias habitaciones. Cuando llegamos, nos atendió una guía que gustosamente nos mostró los vericuetos y secretos de la casa. En el patio hay una fuente de agua vacía en la que habitaba una inmensa anaconda a la que él le rendía culto y que era alimentada con animales vivos con el fin de mantenerla apacible. El atrezo mostraba el poder que Habyarimana ejercía. Le gustaba tanto el tenis que la mansión tenía una pista que ahora tenía la red raída y las líneas despintadas. Las habitaciones eran laberintos inescrutables. El temor que invadía al dueño de la casa era que le pudieran matar, por eso diseñaba vías de escape y se blindaba con alarmas en las escaleras, con el fin de que nadie se acercara a las habitaciones de sus hijos y tampoco a la conyugal; era un previsible buen padre de familia. En una de las habitaciones, contaba la guía, fue recibido el Papa Juan Pablo II con toda la pompa que mandaba el protocolo. En esa misma estancia Habyarimana recibía por las noches a un chaman para que le hiciera rituales de brujería que le protegieran de todo mal. En uno de los terrenos aledaños a la casa se puede ver parte del fuselaje de un avión. Se trata del aparato que fue abatido por un misil donde murió expresidente Habyarimana en otros y que dio lugar al genocidio posterior. Es un jet Falcon 50 que fue el regalo del primer ministro francés Jacques Chirac.

* Doctor en Derecho por la Universidad Alcalá, docente y consultor sobre derechos humanos, justicia de transición, medio ambiente y pueblos indígenas.

Una de las alas de la casa, es una habitación con muchas sillas, la guía nos indica que en esa sala se planeó la matanza de hutus contra los tutsis - se calcula la muerte de un millón de personas¹. A lo largo de la visita no hay ninguna foto o referencia a Habyarimana. Llegamos de vuelta al Hotel des Mille Collines sin decir una palabra.

2

El día era frío, con un cielo encapotado que amenazaba lluvia en Buenos Aires. Pisábamos la Escuela de Mecánica de la Armada, conocida trágicamente como la ESMA. "Ubicación: En la Capital Federal, sobre la Avda. del Libertador al oeste, calle Comodoro Rivadavia y Leopoldo Lugones al éste y la calle Santiago Calzadilla al sur. Al norte linda con la escuela industrial Raggio²". Es un terreno muy grande. Por allí pasa una avenida principal en la que no cesa ese ruido permanente de automóviles. La edificación pareciera una fábrica industrial ¿la industria de la muerte? Muy cerca de allí se encuentra un estadio de fútbol del equipo River Plate, el fútbol es para cierto sector de la población argentina una religión. Éramos un grupo de diez a doce personas con una guía. A lo largo del recorrido hay carteles donde se puede ver fotos que nos indican brevemente historias de vida de las personas que allí estuvieron detenidas, algunas de ellas desaparecidas todavía. Hasta el corazón más duro se encoje con estas historias adversas. Recuerdo la historia de Marta Mastrogiacomo, era docente de griego, correctora de estilo y traductora. "Amó a Hugo con toda la inteligencia y la emoción", reza la apostilla. El 20 de octubre de 1975 fue secuestrada y llevada al Centro Clandestino de Detención (CCD)- ESMA y su paradero se ignora hasta ahora. O el de Franca Jarach, tenía dieciocho años. Tocaba la flauta y escribía poemas. Se asoció al movimiento sindical peronista. Fue secuestrada el 25 de junio de 1975 y fue vista en el CCD- ESMA, continúa desaparecida. En la visita guiada nos llevan al lugar donde estaba el centro de tortura, el Casino de Oficiales. Sientes un zurriagazo en las emociones. Es un lugar muy lúgubre y con poca luz. Ventanucos casi al ras del suelo. Se te quedan grabados nombres como el de Capucha, Dorado, El pañol, La pecera, Capuchita. Es un lugar que te obliga a no olvidar la barbarie de la que puede ser capaz el ser humano.

3

A unas horas en coche de Bisáu, por la floresta, está situada la localidad de Cacheu, a orillas del río del mismo nombre. Allí se encuentra el Memorial Da Escravatura e do Tráfico Negreiro. Es una instalación de dos

¹ El libro del periodista Philip Gourevitch es una crónica descarnada y angustiosa de lo que sucedió esos infaustos días.

² COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS, *Nunca más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, Eudeba 2014, p. 85.

plantas una parte está ya terminada (donde se hacen exposiciones), y la otra está en plena construcción. Muy cerca de este memorial se puede visitar un fuerte militar portugués casi en abandono, recuerdo de la ignominiosa colonización y del comercio de esclavos. Entre los que apoyaron la reconstrucción de este Memorial se muestran como a notas de pie de página los logos de la Unión Europea, instituciones portuguesas e italianas. Allí se pueden ver mapas y fotografías de los principales líderes rebeldes contra la esclavitud como Frederick Douglass³, así como aparejos que se usaban para limitar la libertad de las personas que eran descepadas de sus comunidades y ser llevadas como esclavas a otros lugares. A lo largo de la visita no recuerdo que hubiera, colgadas en las paredes o estanterías fotografías de los comerciantes negreros.

4

En los años setenta las dictaduras enraizadas en el Sur de Europa mudaron hacia modelos más democráticos como ocurrió en España y Portugal, el autoritarismo como remedio a la inestabilidad⁴, era la receta de esos tiempos, pero esta se agotó por muchas razones. Esos procesos de transición fueron pactados bajo la sombra de quienes detentaban el poder. Los acuerdos alcanzados reflejan ciertas áreas de impunidad⁵ que redundaron en la calidad de sus democracias y en sus administraciones de justicia, se genera la sensación que hay una justicia para “los de arriba” y otra “para los de abajo”. Pasado el momento de entusiasmo por la transición política española, la lectura posterior y la tendencia actual es muy crítica con lo negociado, se indica por ejemplo que la profundización de la democracia más plena fue ralentizada⁶ o que fue incompleta⁷.

³ DAVIS, A., *Mujeres, raza y clase*, Akal, 2018. En esta obra se reseña la vida de este líder antiesclavista.

⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa, *Las bifurcaciones del orden. Revolución, ciudad, campo e indignación*, Trotta, 2018.

⁵ MARTÍN PALLÍN, J.A. y ESCUDERO ALDAY, R., *Derecho y memoria histórica*, Trotta, 2008. Estos autores, por ejemplo, a la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, la llaman como una auténtica ley de “punto final” que regula esferas de impunidad.

⁶ Por eso llama la atención en los comentarios de España A/HRC/27/56/Add.3 al Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff se diga en el apartado 14: “El modelo español de transición ha sido considerado durante años precisamente eso, un modelo a seguir, y muchas de sus características han servido de inspiración en numerosos procesos de transición post-autoritaria tanto en América Latina como en otros lugares del mundo, y más recientemente, en Túnez”. Curiosamente, siguiendo los procesos de transición en América Latina no hay país que siga el modelo español por ser deficitario en medidas de justicia, verdad y reconciliación.

⁷ NAVARRO, V., *Bienestar insuficiente, democracia incompleta*, Anagrama, 2005, p.190. Este autor señala que: La democracia española necesita una reconciliación basada no en el olvido, sino en el reconocimiento y corrección de los errores, que mucho mayores entre los vencedores que entre los vencidos.

Algunos autores mencionan al caso español como el caso del perdón amnésico⁸, caracterizado por amnistías generales y poco interés para el esclarecimiento de la verdad o por facilitar la negociación entre los actores y la reconciliación a través del olvido⁹.

El historiador peruano Alberto Flores Galindo observaba que en las sociedades de poco diálogo el debate, inmediatamente, se polariza. Eso ocurre en España con el tema de la guerra civil o en Perú con el tema de Sendero Luminoso. Rápidamente los grupos se tornan alrededor de dos trincheras en una resentida batalla dialéctica y retórica. Eso hace difícil cualquier política pública de reconciliación.

La tendencia creciente a llevar a cabo procesos de preservación de la memoria histórica pasó a institucionalizarse entre 1997 y 2005, aunque se germinó en 1980, con la formulación del concepto del deber de recordar¹⁰. El trabajo alrededor de las conmemoraciones sufre un giro de noventa grados, por lo general promovido por las víctimas de las violaciones de derechos humanos. Las conmemoraciones no solo buscan mirar al pasado, sino al presente y al futuro.

Se recomienda mucha cautela al tratar el tema de la memoria y el uso que se puede dar a esta porque existe la memoria usurera, que no es otra cosa una memoria resentida y calculadora, olvidadiza y memoriosa, según su conveniencia. Una memoria en permanente estado de guerra en estados de paz¹¹. En este mismo sentido, Todorov señalaba que la recuperación del pasado es indispensable; lo cual no significa que el pesado deba regir el presente, sino que, al contrario, este hará del pasado el uso que prefiera¹².

⁸ En los comentarios de España, apartado 7, al Informe de Pablo de Grieff se indica: “La transición española constituye un caso único de reconciliación nacional sin justicia penal, por decisión deliberada y consensuada por la inmensa mayoría de las fuerzas políticas parlamentarias de evitar la justicia transicional. El equilibrio entre los distintos intereses, paz y democracia, justicia y reconciliación, se encontró en España a costa de renunciar a la justicia penal”. El comentario es muy contradictorio en relación con uno de los pilares de la justicia de transición, la justicia.

⁹ UPRIMNY, R., *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá 2006. Es muy gráfico en el contexto español recordar la frase “se van a reabrir heridas” que tiene como fondo atizar el temor y el bálsamo el olvido.

¹⁰ REYES, M., “Las piezas de la memoria”, En ESCUDERO ALDAY, R., *Diccionario de la memoria histórica. Libros de la Catarata*, 2011, pp. 15- 2. Señalaba que el deber de memoria es tomar al acontecimiento impensable como lo que da que pensar.

¹¹ IBÁÑEZ FANÉS, J., *Antígona y el duelo. Una reflexión moral sobre la memoria histórica*, Ensayo Tusquets, febrero 2009.

¹² TODOROV, T., *Los abusos de la memoria*. Quinta edición, Traducción de Miguel Salazar, Paidós Contexto, abril 2013.

Desde el ámbito político jurídico tiene gran connotación el informe del relator Joinet¹³ cuando repuja el derecho a saber: No se trata sólo del derecho individual que toda víctima o sus familiares tienen a saber lo que ocurrió, que es el derecho a la verdad. El derecho a saber es también un derecho colectivo que hunde sus raíces en la historia, para evitar que puedan reproducirse en el futuro las violaciones. Además Joinet señalaba que al Estado "le incumbe, el "deber de recordar", a fin de protegerse contra esas tergiversaciones de la historia que llevan por nombre revisionismo y negacionismo; en efecto, el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y debe por ello conservarse. En el plano de la reparación añadía que las medidas de carácter simbólico, en concepto de reparación moral, como el reconocimiento público y solemne por el Estado de su responsabilidad, las declaraciones oficiales de restablecimiento de la dignidad de las víctimas, los actos conmemorativos, los bautizos de vías públicas, y las erecciones de monumentos facilitan el deber de recordar.

Este informe primigenio es reforzado por el Informe de Diane Orentlicher¹⁴, la experta independiente que actualizó los principios para la lucha contra la impunidad, que adiciona el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. En el informe de Orentlicher, se menciona el derecho inalienable a la verdad, el deber de recordar, el derecho a las víctimas a saber y, finalmente, las garantías de hacer efectivo el derecho a saber. Se suman en esta misma dirección los informes de los Relatores Theo van Boven¹⁵ y Cherif Bassiouni¹⁶, que constituyeron la base de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, aprobados por la Asamblea General en su Resolución 60/147 el 16 de diciembre de 2005. En esta resolución se establecen los principios básicos y directrices sobre el derecho a las víctimas de violaciones de las normas de derechos humanos. En el apartado IX hay un tratamiento sobre las reparaciones, no sólo

¹³ *E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1* 2 de octubre de 1997. Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión

¹⁴ *E/CN.4/2005/102/Add.1* 8 de febrero de 2005. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Adición Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

¹⁵ *E/CN.4/1997/104*, 16 de enero de 1997.

¹⁶ *E/CN.4/2000/62*, 18 de enero de 2000.

materiales, pues se menciona asimismo las disculpas públicas, las conmemoraciones y homenajes a las víctimas¹⁷.

Además, en el frente judicial diferentes sentencias han venido señalando algunas medidas de reparaciones simbólicas, como las de *19 Comerciantes*, la *Masacre de Río Negro*¹⁸, *Caso del Penal Castro Castro*¹⁹ o *El Mozote*²⁰ entre otras. En este mismo camino están las recomendaciones solicitadas por las Comisiones de la Verdad de diferentes países como Guatemala, El Salvador, Perú, Timor del Este entre otros.

La reparación no sólo se traduce en las indemnizaciones sino también en medidas no jurídicas en el ámbito simbólico y de la memoria. Como señalaba la Relatora Farida Shaheed, las sociedades divididas y en situaciones posteriores a conflictos se enfrentan a la necesidad de encontrar un difícil equilibrio entre olvido y recuerdo²¹. Entre las manifestaciones conmemorativas de la Relatora Especial de derechos culturales están:

Los lugares originales como campos de concentración, antiguos centros de tortura y detención, sitios de matanzas y fosas comunes, y monumentos emblemáticos de regímenes represivos.

Los lugares simbólicos como monumentos permanentes o efímeros que llevan grabados los nombres de las víctimas; calles, edificios o infraestructuras rebautizados; fenómenos conmemorativos virtuales por Internet y museos históricos/conmemorativos.

¹⁷ A/RES/60/147, 21 de marzo de 2006.

¹⁸ En el *Caso 19 comerciantes c. Colombia*, sentencia del 5 de Julio de 2004, párr. 273, se ordenaba: La Corte estima que el Estado debe erigir un monumento en memoria de las víctimas. En este mismo camino de esta el *Caso de la Masacre de río Negro c. Guatemala*, sentencia del 5 de julio de 2004: Los apartados 279 y 280 se obligaba al Estado recupere la memoria de las víctimas fallecidas y desaparecidas.

¹⁹ Por ejemplo, El ojo que llora en Perú. En la sentencia del *Caso del Penal Miguel Castro Castro c. el Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2006, párr. 463, se ordenaba: El Estado deberá asegurar, dentro del plazo de un año, que todas las personas declaradas como víctimas fallecidas en la presente Sentencia se encuentren representadas en el monumento llamado "El Ojo que Lloro", de forma tal que los familiares de las víctimas fallecidas puedan incorporar una inscripción con el nombre de la víctima como corresponda conforme a las características del monumento.

²⁰ *Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador*, sentencia de 25 de octubre de 2012. En el parágrafo 370, se pedía que el Estado adopte medidas para el mejoramiento del monumento construido para recordar a las víctimas en la plaza del caserío El Mozote, "lo cual incluye asegurar la inclusión de los nombres de todas las víctimas que en este proceso sean consideradas como víctimas", así como que el referido monumento sea declarado monumento nacional y que, a partir de ello, el Estado se haga responsable de su mantenimiento y protección.

²¹ Informe de la Relatora, p. 7

Los actos como la presentación pública de disculpas, la inhumación ceremonial, paseos, desfiles y exposiciones temporales.

La Relatora señala además que pueden ser incluidos diferentes expresiones culturales como las obras de arte, películas, documentales entre otros que contribuyen a los procesos de preservación de la memoria histórica.

La justicia de transición es un proceso que no termina en un determinado momento específico. Como bien señala Mèlich en el epígrafe de este artículo, la memoria tiene actualidad. Es presente. Mucho de lo ocurrido en el pasado, que no es resuelto correctamente, vuelve otra vez, o vuelve y es reinterpretado una vez más.

En el proceso de transición y de justicia de transición en los ámbitos de la verdad, justicia, reparaciones y garantías de no repetición, el tema de reconciliación no ha sido abordado debidamente en el caso español a lo largo de estos cuarenta años de democracia. Básicamente se ha centrado más en el tema de las reparaciones, con el defecto grave de que estas reparaciones no fueran asumidas en clave de derechos humanos²². Lamentablemente, la preservación defectuosa de la memoria colectiva ha sido hegemónica para los que ganaron la guerra civil.

Uno de esos quebrantos ha sido el denominado Valle de los Caídos. Al respecto, en el apartado de símbolos y monumentos del Informe de la Comisión interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo, de 28 de julio de 2006, señalaba al Valle de los Caídos como “el más importante símbolo de la Guerra Civil y de la dictadura”²³. Algunos lo denominan “de una complejidad irresuelta”²⁴ o desafortunado panteón que Franco se hizo a sí mismo y a los vencedores de la guerra²⁵.

En España, después del proceso de transición, el Estado se concentró en el ámbito de las reparaciones tal como se señaló

²² DONAYRE PINEDO, M., *Justicia de transición, indicadores y Defensor del Pueblo*, Tirant lo Blanch, 2017. En el citado Informe A/HRC/27/56/Add.1 del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff indicaba en el apartado 86: “Si bien España ha realizado notables esfuerzos para reparar discriminaciones iniciales, propias del régimen franquista, en la actualidad muchas organizaciones y víctimas han expresado que se siguen sintiendo como “víctimas de segunda categoría”. Este sentimiento vendría alimentado por una serie de medidas más ambiciosas en favor del reconocimiento y reparación otorgadas a otra categoría de víctimas de delitos graves como el terrorismo.

²³ Informe General de la Comisión interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo, de 28 de julio de 2006.

²⁴ FERRANDIZ, F., *Lugares de la memoria*. En ESCUDERO ALDALY, R., [coord.]. *Diccionario de memoria histórica*, Catarata, 2011, pp. 27- 33.

²⁵ AGUILAR FERNÁNDEZ, P., *Políticas de la memoria y memorias de la política*, Alianza Editorial, 2008., p. 157.

anteriormente. El Defensor del Pueblo, al abrir sus oficinas, resaltaba en su primer Informe Anual ante las Cortes que las quejas más frecuentes y los principales colectivos reclamantes procedían de los “problemas dimanantes de la aplicación concreta de las normas vigentes sobre esa materia posguerra civil” (Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía; Real Decreto-ley 6/1978, de 6 de marzo de 1978, sobre beneficios a los militares que tomaron parte en la guerra civil, y normativa concordante.)²⁶

En el año 2000, con la presencia e impulso del movimiento memorialista, que promovió la exhumación de una fosa común en Priaranza del Bierzo (León)²⁷ se comenzaron a discutir con posiciones muy encontradas los temas de la justicia, verdad, reconciliación del proceso de la justicia de transición, con fuerza, en el ámbito público. Se llegó a hablar que una moda “memorialista” había llegado a este lado de la península. Bajo este contexto se abordó la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, conocida coloquialmente como la Ley de memoria histórica.

En el preámbulo de la ley de memoria histórica se reitera el “espíritu de la transición” como el modelo de convivencia de la ciudadanía española en estos últimos años. En su artículo primero se señala que esta ley tiene por “objeto reconocer y ampliar derechos a favor de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil y la Dictadura, promover su reparación moral y la recuperación de su memoria personal y familiar...”. La principal crítica a la ley es que deja todas las iniciativas en manos privadas. El Estado minimiza sus obligaciones, como en las exhumaciones de víctimas. Además, en paralelo, cualquier reparación moral está constreñida al ámbito del derecho individual a la memoria personal y familiar²⁸.

En la ley se hace una mención expresa sobre el Valle de los Caídos sobre la que a continuación profundizaremos. El Valle de los Caídos o Basílica Menor de la Santa Cruz del Valle de los Caídos es su nombre oficial²⁹, es un monumento que es el testimonio de un período de España y cuya titularidad es pública y se gestiona a través de Patrimonio Nacional. Se dispuso la construcción de una Basílica y monasterio en la finca de Cuelgamuros, mediante Decreto de 1 de abril de 1940, en el municipio de

²⁶ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual del Defensor del Pueblo 1983*, 1985, p. 34.

²⁷ SILVA, E., *Las fosas de Franco. Crónica de un desagravio*, Temas de Hoy, 2005.

²⁸ SAUCA CANO, J.M, “El derecho ciudadano a la memoria histórica: concepto y contenido”, en: MARTÍN PALLÍN, J.A. y ESCUDERO ALDAY, R., *Derecho y memoria*, Trotta 2008, pp.73-104.

²⁹ DE ANDRES, J., *Los símbolos y memoria del Franquismo*, Fundación Alternativas, 2006. p. 16.

San Lorenzo del Escorial. El terreno ocupado por el monumento es de 1.300 hectáreas y el muro que lo rodea tiene 25 kilómetros de largo.

De acuerdo con el decreto, este lugar se erigió para “perpetuar de la memoria de los que cayeron en nuestra gloriosa cruzada”³⁰. Su inauguración del 1 de abril de 1959 se hizo coincidir con el vigésimo aniversario de la conclusión de la guerra civil. La construcción del monumento estuvo a cargo de personal contratado y asimismo, por numerosos presos políticos, bajo las normas del Patronato Central de Redención de Penas por el trabajo. Las obras estuvieron a cargo del arquitecto Pedro Muguruza desde 1941 que relevado por Pedro Méndez entre 1950 al 1959³¹, se comenta, por otro, que las obras ideadas y supervisadas por el mismo Franco. Como señala De Andrés³² el dato técnico da una idea del carácter faraónico de la obra: una gran cruz de 150 metros de altura y 200,000 toneladas de peso. Además cuenta con un templo excavado en la roca, de 260 metros de longitud y una altura máxima de 40; una explanada de 30.000 metros cuadrados, asentada sobre los 130.000 metros cúbicos de escombros generados al perforar la montaña. La profesora Paloma Aguilar menciona que la ambigüedad de este monumento y las dudas permanentes sobre lo que habría de simbolizar viene desde sus orígenes³³.

En este lugar yacen registrados los restos de 33. 847 personas víctimas de los dos lados de la contienda. Entre 1959 hasta 1983 fueron llevados a cabo 491 traslados de cuerpos procedentes de diferentes fosas y cementerios de toda España que fueron depositados en columbarios individuales y colectivos, sitios en las ocho cavidades adyacentes al crucero y a las capillas de la Basílica de la Santa Cruz³⁴.

El monumento tiene una pasmosa carga franquista, con todo lo que conlleva, como el golpe de 1936, la victoria franquista en la Guerra Civil, la Dictadura, Franco y el Franquismo. Además, señala De Andrés, se ha convertido en el centro de peregrinación para los grupos nostálgicos del Franquismo y de la extrema derecha en general, todo ello es un obstáculo para su desactivación simbólica, que cuenta con una importante dosis de complicidad de los encargados del monumento³⁵.

³⁰ Informe Comisión de Expertos, en la parte final del informe está publicado la legislación que pesa sobre este monumento., pp. 29-30.

³¹ Informe Comisión de Expertos, p. 3.

³² DE ANDRÉS, J., *Los símbolos y memoria del Franquismo*, Fundación Alternativas, 2006.p. 17.

³³ AGUILAR FERNANDÉZ, P., *Políticas de la memoria y memorias de la política*, Alianza Editorial, 2008, p.154.

³⁴ Informe Comisión de Expertos p. 3.

³⁵ DE ANDRÉS, J., *Los símbolos y memoria del Franquismo*, Fundación Alternativas, 2006, p. 17.

Cuando uno visita este lugar toda la historia penosa que hay detrás de este monumento no está explicada ni reseñada por quienes son los titulares del monumento. Pareciera que estamos ante un monumento despojado de historia. El Relator de Naciones Unidas, Pablo de Grieff señalaba que “en su estado actual, el sitio no proporciona ningún tipo de información o señalización que explique la prevalencia de simbología franquista y fascista y la exaltación del campo “vencedor” de la Guerra Civil³⁶.

La Ley de memoria histórica en su precepto 16, regula en lo tocante sobre el Valle de los Caídos. Ahí se reiteran las normas generales sobre los lugares de culto y los cementerios públicos. Sin embargo, a pesar de esta reiteración, las manifestaciones de personas nostálgicas del franquismo han venido realizándose con la omisión de deberes de parte de la autoridad.

En ningún artículo de la ley de memoria histórica se hace una mención específica sobre qué hacer con este monumento, sobre el que persistente un debate público que muchas veces se nubla por intereses de los partidos políticos. Hubiera sido recomendable que esta situación se regulase con el fin que se promoviese la desactivación progresiva de este monumento como sitio de los peregrinos franquistas³⁷.

En ese contexto, con una nueva coalición de fuerzas políticas en el Congreso, se publica el Real Decreto-ley 10/2018, de 24 de agosto, por el que se modifica la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura. Tras casi diez años de la Ley de memoria histórica se regula específicamente sobre el Valle de los Caídos. En ese lapso de tiempo se han venido haciendo demostraciones públicas de lealtad al dictador Franco en ese lugar. En el Real Decreto ley en comentario se hace una extensa exposición de motivos en la que se explica la decisión de exhumar y trasladar los restos del dictador Francisco Franco.

La parte formal del Real Decreto ley podría ser discutible y de hecho lo es, pues, la justicia de transición es un proceso que no acaba en un punto

³⁶ Informe de Pablo de Grieff, apartado 32. Hice esa misma acotación en una observación no participante en el Valle de los Caídos cuando elaboraba la tesis doctoral. Pareciera un monumento despojado de toda carga histórica.

³⁷ *A/HRC/36/39/Add.3, Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances 7 September 2017*, decía el párrafo 39: El Grupo de Trabajo entiende que la actuación sobre el Valle de los Caídos requiere de un amplio consenso de todas las fuerzas políticas como ya se ha mencionado en su informe de visita. Se lamenta, no obstante, que el Estado no haya indicado las medidas concretas para llevar a cabo las recomendaciones contenidas en el informe de la Comisión de Expertos para el Valle de los Caídos de 29 de noviembre de 2011.

y final. A esto se suma que los aspectos sustantivos también son debatibles. La medida de la exhumación y traslado de Francisco Franco del mencionado valle parece saludable dado su carácter disuasivo que contribuye a resignificar este monumento. Sin embargo, al mismo tiempo, es insuficiente. Ya que esta medida debería obedecer, a una política más integral de reconciliación impulsada por parte del Estado que debería aplicarse a todos los símbolos y monumentos dejados por la dictadura.

Por último, a título ilustrativo, en una feria de arte contemporáneo de Madrid, uno de los artistas plásticos presentó la siguiente obra: la figura de Francisco Franco metida y conservándose en un dispensador de refrescos³⁸. Cuando el artista fue entrevistado sobre su obra explicó que en la mentalidad de la ciudadanía española la presencia del dictador se sigue conservando y bien. Esta obra de arte es una llamada de atención contra este viejo fantasma que aparece continuamente en el debate público en una ausencia de reconciliación.

Bibliografía

- AGUILAR FERNÁNDEZ, P., *Políticas de la memoria y memorias de la política*, Alianza Editorial, 2008.
- DE ANDRES SANZ, J., *Los símbolos y memoria del Franquismo*. Fundación Alternativas, 2006.
- ESCUDERO ALDAY, R. y PEREZ GONZALES, C., *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*. Editorial Trotta 2013.
- ESCUDERO ALDALY, R. (coord.), *Diccionario de memoria histórica*. Editorial Catarata, 2011.
- GOUREVITCH, P., *Queremos informarle de que mañana seremos asesinados con nuestras familias: Historias de Ruanda*, Debate, 2009
- IBÁÑEZ FANÉS, J., *Antígona y el duelo. Una reflexión moral sobre la memoria histórica*, Ensayo Tusquets, febrero 2009.
- MARTÍN PALLÍN, J.A., y ESCUDERO ALDAY, R., *Derecho y memoria histórica*, Trotta, 2008.
- MÈLICH, J., *La lección de Auschwitz*, Herder, 2004.
- NAVARRO, V., *Bienestar insuficiente, democracia incompleta*, Anagrama, 2005.
- CONADEP, *NUNCA MÁS. Informe de la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas*, Eudeba, 2015.
- COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Compilación de documentos de la Organización de las Naciones Unidas*, 2007.

³⁸ Franco, presente... en Arco:
https://elpais.com/cultura/2012/02/13/actualidad/1329163264_681831.html

SANTOS, Boaventura de Sousa, *Las bifurcaciones del orden. Revolución, ciudad, campo e indignación*, Trotta, 2018.

GOUREVITCH, P., *Queremos informarle de que mañana seremos asesinados con nuestras familias: Historias de Ruanda*, Debate, 2009

Jurisprudencia

Caso del Penal Miguel Castro Castro c. el Perú, Sentencia del 25 de noviembre de 2006, párr. 463.

Caso 19 comerciantes c. Colombia, Sentencia del 5 de Julio de 2004, párr. 273.

Caso Masacres de Río Negro c. Guatemala, Sentencia del 4 de septiembre de 2012, párrs. 279 y 280.

Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador, Sentencia de 25 de octubre de 2012.

Fuentes en internet

SHAHEED, F., [Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales](#).

GOBIERNO DE ESPAÑA: [Memoria histórica Valle de los Caídos](#)

EL PAIS: [El Valle de los Caídos: museo o ruina](#); [Siete cosas que \(quizás\) no sabías del Valle de los Caídos](#); [El Valle de Franco, Julián Casanova; Franco, presente, en Arco, Franco será exhumado sin el voto del PP y Ciudadanos](#)

COALICIÓN INTERNACIONAL DE SITIOS DE CONCIENCIA: <https://www.sitesofconscience.org/es/quienes-somos/>

[La transición española no fue modélica: respuesta a Nicolás Sartorius, Vicenç Navarro](#)

V. MÉXICO: LEY GENERAL EN MATERIA DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS, DESAPARICIÓN COMETIDA POR PARTICULARES Y DEL SISTEMA NACIONAL DE BÚSQUEDA DE PERSONAS.

Ariadne García Hernández

Introducción

La Ley General en materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas tuvo como actor detonante al Movimiento por Nuestros Desaparecidos en México (MNDM)¹, cuyos integrantes se propusieron conseguir una ley que les permitiera un nivel de certeza para encontrar a sus seres queridos; en este esfuerzo se sumaron también organizaciones de la sociedad civil y organismos internacionales.

A partir del año 2010, varias organizaciones de derechos humanos y agrupaciones de familias de personas desaparecidas comenzaron a llevar una serie de Encuentros Nacionales contra la Desaparición Forzada, en 2015 surge el trabajo, para lograr una Ley General en el tema.

Al mismo tiempo, otro de los actores para la generación de esta Ley General fue la configuración del Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad, el 26 de abril de 2011, el cual fungió como una plataforma que permitió visualizar la dimensión de la violencia que se vivía en México y poner en la agenda nacional e internacional la realidad de las víctimas de violencia.²

Bajo este contexto, en el año 2011 se realiza una visita a México del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas e Involuntarias de la Organización de las Naciones Unidas, quien en su informe del año 2013

¹ El MNDM está integrado por más de 70 colectivos de familiares de personas desaparecidas México y tres países de Centroamérica, consultado en: <https://sinlasfamiliasno.org/nosotros/>

² *El Movimiento por Nuestros Desaparecidos en México y su Camino Hacia la incidencia Legislativa: La siembra colectiva, una apuesta por la esperanza*, Centro de Colaboración Cívica, Senado de la República, agosto de 2018, p. 19.

recomienda a México fortalecer sus esfuerzos para hacer efectivos los derechos a la verdad, la justicia y la reparación a todas las víctimas de desaparición forzada. Recomendó tipificar el delito de desaparición, garantizar la coordinación entre las autoridades responsables de la seguridad pública, garantizar la jurisdicción de los tribunales civiles en la materia, establecer un Programa Nacional de Búsqueda de Personas con un protocolo de acción inmediata y garantizar el derecho a la reparación integral a las víctimas. Hizo énfasis en la necesidad de generar un marco legal que diera más y mejores herramientas para la búsqueda de personas desaparecidas a favor de la defensa de los derechos de las víctimas.³

Otro suceso contundente fue la desaparición de los 43 estudiantes de la Escuela Normal Rural Isidro Burgos en Ayotzinapa, en septiembre de 2014, hecho que detonó la atención nacional e internacional sobre la desaparición forzada, que generó la creación del Grupo Interdisciplinario de Expertas y Expertos Independientes (GIEI) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, espacio donde se emitieron recomendaciones al gobierno mexicano.

Sin duda, varias acciones llevadas a cabo durante 2015 contribuyeron a poner sobre la mesa el tema de la desaparición forzada y la necesidad de generar una Ley General, entre lo más relevante fue: la presentación en abril del Informe Especial de Desaparecidos y Fosas Clandestinas en México, de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH); la difusión del *Informe del caso Ayotzinapa* por el GIEI en septiembre; la observación en campo, en septiembre y octubre, con énfasis en ejecuciones extrajudiciales y desaparición forzada y tortura por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y la visita al país del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Zeid Ra`ad Al Hussein.

Las Recomendaciones emitidas por el Comité de Desapariciones Forzadas de la ONU de 2015, también fueron un parteaguas, ya que en ellas se recomendó:

Párrafo 14: El Comité alienta enérgicamente al Estado parte a reconocer la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones individuales e interestatales en virtud de los artículos 31 y 32 de la Convención con miras a reforzar el régimen de protección contra las desapariciones forzadas previsto en la misma.

Párrafo 16: El Comité, recordando el artículo 41 de la Convención, recomienda que el Estado parte adopte las medidas necesarias para asegurar que, tanto a nivel federal como estatal, la legislación y la práctica

³ *Informe de Misión a México, Grupo de Trabajo de la ONU sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias.* Vid., https://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/informe_DesapForz_2aEd_web.pdf

se ajusten plenamente a las obligaciones consagradas en la Convención. Al respecto, lo alienta a aprobar a la mayor brevedad posible una ley general que regule de manera integral los aspectos de la desaparición forzada contenidos en la Convención, en particular aquellos relativos a la prevención, investigación, juzgamiento y sanción de las desapariciones forzadas, así como a la búsqueda y situación legal de las personas desaparecidas. Asimismo, el Comité recomienda que se garantice la participación de las víctimas de desaparición forzada, las organizaciones de la sociedad civil y la CNDH en todo el proceso encaminado a la adopción de esta ley.

Con todos los elementos antes citados, el MNDM, durante 2016 fungió como interlocutor ante diferentes actores nacionales; entre ellos, el Poder Legislativo con miras a la construcción de la Ley General. Se llevaron a cabo audiencias regionales para escuchar la problemática de la desaparición forzada, durante las discusiones se formuló la idea de una institución que se dedicara exclusivamente a la búsqueda, así es como surge la necesidad de la Comisión Nacional de Búsqueda.

2017, se caracterizó porque el Movimiento se enfocó a que el proyecto de Ley fuera aprobado. A través de un intenso trabajo entre el Equipo Técnico y las familias del MNDM, miembros de la Campaña Nacional contra la Desaparición Forzada, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y representantes de las tres comisiones del Senado de la República se comenzó a elaborar una nueva propuesta de Ley.

Finalmente, el 17 de noviembre de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley General en materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas.

1. Contexto Internacional

A partir del inicio de la vigencia de un tratado internacional de derechos humanos, surgen para los Estados diversos deberes en orden a su aplicación, que pueden implicar por parte de los órganos estatales: a) la expedición de leyes o disposiciones de carácter general que, por una parte, armonicen el ordenamiento nacional con lo previsto en el tratado y, por otro lado, permitan hacer realidad el contenido y los fines de las normas de éste; b) la modificación de prácticas administrativas y de criterios judiciales para hacerlos acordes con lo previsto en el instrumento internacional; c) la instrumentación de políticas públicas y la aplicación de

recursos económicos, que permitan la realización de los derechos establecidos por el tratado⁴.

Al hablar del tema de desaparición forzada, es de vital importancia enunciar el marco de los principales instrumentos universales de derechos humanos de los cuales México es parte, son los siguientes:

- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.
- Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
- Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder.
- Principios relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias y Sumarias.
- Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones.
- Principios Actualizados para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha Contra la Impunidad⁵.

Todos los instrumentos anteriormente señalados contienen disposiciones que van directamente relacionadas con la desaparición forzada de personas; sin embargo, es de destacar la Convención Internacional sobre la Protección de Todas las Personas ante las Desapariciones Forzadas de la ONU, ratificada por México en marzo de 2008, mismo que entró en vigor hasta el 23 de diciembre de 2010. Aún tiene pendiente aceptar la competencia de dicho Comité en los términos de los

⁴ El significado de la aceptación de la competencia de los Comités de Naciones Unidas, facultados para decidir peticiones individuales en materia de derechos humanos y su previsible impacto en la impartición de justicia en México, Carmona Tinoco, Jorge Ulises, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8546/10552#N1>

⁵ CELI, A., USHAKOVA, T., *Protocolo de Actuación para la Protección de los Derechos de las Víctimas de Desaparición Forzada de Personas*, CNDH, Universidad de Alcalá, PRADPI, 2017, p. 15.

artículos 31 y 32 de la Convención, lo que se traduce en que las víctimas puedan presentar quejas ante el Comité, y que este pueda recibir quejas de otros Estados Parte en relación a México.

Se trata de una medida indispensable para generar condiciones que garanticen la efectiva investigación y sanción de la desaparición forzada, así como un medio para que se hagan realidad los derechos fundamentales a la verdad, la justicia y la reparación integral que estos casos requieren.

En este sentido, la labor que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en cumplimiento del mandato constitucional previsto en el artículo 102, apartado B, ha exhortado respetuosamente al Ejecutivo Federal a tomar las medidas necesarias para que México acepte a la brevedad la competencia del Comité contra la Desaparición Forzada para recibir y examinar las comunicaciones presentadas por personas que se encuentren bajo su jurisdicción o en nombre de ellas, que aleguen ser víctimas de violaciones en las disposiciones de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas, en términos del artículo 31 de dicho instrumento internacional.

Asimismo, el organismo ha subrayado la importancia y urgencia de la aceptación de la competencia del Comité contra la Desaparición Forzada en diversas ocasiones, una medida indispensable para generar condiciones que garanticen la efectiva investigación y sanción de este delito, así como un medio para que se hagan realidad los derechos irrenunciables a la verdad, justicia y reparación integral que estos casos requieren⁶.

Respecto a la competencia del Comité la CNDH señaló lo siguiente:

1. La desaparición forzada es un delito grave, complejo y pluriofensivo, en tanto que generalmente requiere para su realización de la participación de varias personas y supone la comisión de varios ilícitos. Por su naturaleza, ha sido calificada como delito continuo o permanente por diversos tribunales internacionales y nacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues la actividad consumativa perdura en el tiempo.

2. En una desaparición forzada pueden violarse distintos derechos fundamentales, tales como: el reconocimiento de la personalidad jurídica; la libertad y seguridad de la persona; no ser sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; a la identidad; a un juicio imparcial y a las debidas garantías judiciales; a un recurso efectivo con reparación e indemnización; a conocer la verdad sobre las circunstancias

⁶ COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, comunicado de prensa CGCP/348/2014, 15 de noviembre de 2014.

de la desaparición, así como a la vida, en caso de muerte de la persona desaparecida.

3. Todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le produce graves sufrimientos, lo mismo que a su familia y a la sociedad en su conjunto. Además, se configura como una violación grave a los derechos humanos prevista en tratados internacionales tales como:

i.) la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada;

ii.) la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas;

iii.) la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad;

iv) el Estatuto de Roma (cuando ésta se hubiera cometido de forma sistemática o masiva, situación que se vincula de forma importante con la imprescriptibilidad de este delito) y,

v.) la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada.

4. Tras los vergonzosos hechos ocurridos con la desaparición forzada de los 43 estudiantes normalistas de Ayotzinapa, y del legítimo reclamo de verdad y de justicia de los familiares de las víctimas, de la sociedad mexicana en su conjunto y de la comunidad internacional, con el fin de resolver este oprobioso caso, así como otras desapariciones forzadas que se han presentado en diversos estados de la República, esta Comisión Nacional recuerda la obligación del Estado Mexicano de dar cumplimiento, cabal e integral, a los compromisos internacionales que ha adquirido en materia de derechos humanos.

5. En este contexto, México tiene pendiente de atender dos recomendaciones formuladas por mecanismos internacionales de derechos humanos que han solicitado que, sin demora, se acepte la competencia del Comité contra la Desaparición Forzada, como son los casos del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas e Involuntarias y el Mecanismo de Examen Periódico Universal.

6. También es necesario precisar que el Programa Nacional de Derechos Humanos 2014- 2018, menciona como estrategia 3.3 la de atender las problemáticas de derechos humanos más señaladas por organismos nacionales e internacionales. Asimismo, la línea de acción 3.3.3 da cuenta del compromiso que asumió el gobierno mexicano de promover el reconocimiento de la competencia del Comité contra la Desaparición Forzada para recibir peticiones individuales.

Asimismo, conforme a la Convención Internacional sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas,

artículo 2, se entenderá por “desaparición forzada” el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.

La misma Convención en el artículo 24, contempla una definición de “víctima” más amplia que incluir a la persona desaparecida; sino también, a toda persona que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada, como es el caso de los familiares. Aquí se incluye el derecho a conocer la verdad “sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida”.⁷

Dentro del marco regional, los instrumentos a tomar en consideración son:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948,
- Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969,
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994.

2. Marco Nacional

La Ley General en materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas, establece una serie de medidas y protocolos que, desempeñarán un papel crítico para terminar o al menos matizar la crisis que se viven en México en la materia. Unifica la definición penal de desaparición forzada con estándares internacionales y asigna roles claros a los diferentes organismos gubernamentales responsables de manejar los casos.

Es importante destacar que la Ley crea 4 instrumentos básicos⁸:

1) SISTEMA NACIONAL DE BÚSQUEDA DE PERSONAS (SNBP), asegura la inmediata movilización de la búsqueda, localización e identificación de Personas Desaparecidas y No Localizadas a cargo de la Comisión Nacional de Búsqueda (CNB) y de las Comisiones Locales, que ejecutan de forma conjunta, coordinada y simultánea los procesos de búsqueda ante la Denuncia, Reporte o Noticia que la autoridad federal,

⁷ CELI, A., USHAKOVA, T., *Protocolo de Actuación para la Protección de los Derechos de las Víctimas de Desaparición Forzada de Personas*, op. cit., p. 18.

⁸ http://hchr.org.mx/images/doc_pub/Informe-Mexico-ante-el-CED-2018.pdf

estatal o municipal recabe y les transmita por cualquier medio tecnológico o de telecomunicación relacionados con la desaparición o no localización de personas. De igual forma, tienen el mandato de investigar y sancionar los delitos en materia de desaparición de personas a cargo de las Fiscalías Especializadas de la PGR y las Procuradurías Locales, quienes además impulsan la búsqueda de personas. EL SNBP cuenta con las siguientes herramientas:

1. El Registro Nacional de Personas Desaparecidas y No Localizadas;
2. El Banco Nacional de Datos Forenses;
3. El Registro Nacional de Personas Fallecidas No Identificadas y No Reclamadas;
4. El Registro Nacional de Fosas;
5. El Registro Administrativo de Detenciones;
6. La Alerta Amber;
7. El Protocolo Homologado de Búsqueda; y
8. Otros registros necesarios para su operación.

Las atribuciones del SNBP son: expedir modelos de lineamientos que permitan la coordinación entre autoridades en materia de búsqueda de personas así como de investigación de los delitos; establecer, en coordinación con las autoridades federales y las entidades federativas, la integración y funcionamiento de un sistema único de información tecnológica e informática que permita el acceso, tratamiento y uso de toda la información relevante para la búsqueda e investigación de los delitos; generar los mecanismos y acuerdos necesarios para dar cumplimiento a las recomendaciones y requerimientos del SNBP; evaluar el cumplimiento del Programa Nacional de Búsqueda y el Programa Nacional de Exhumaciones y dar seguimiento y evaluar la aplicación del Protocolo Homologado de Búsqueda.

2) COMISIÓN NACIONAL DE BÚSQUEDA (CNB), es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, que determina, ejecuta y da seguimiento a las acciones de búsqueda de Personas Desaparecidas y No Localizadas, en todo el territorio nacional, sus principales características son: emitir y ejecutar el Programa Nacional de Búsqueda, rector en la materia; emitir los lineamientos que regulen el funcionamiento del Registro Nacional y coordinar la operación del mismo; solicitar a la Policía Federal que realice acciones específicas de búsqueda de Personas Desaparecidas o No Localizadas; solicitar el acompañamiento de las instancias policiales de los tres órdenes de gobierno cuando sea necesario que el personal de la CNB realice trabajos de campo; solicitar informes a las Comisiones Locales sobre el cumplimiento del Programa Nacional de Búsqueda; diseñar y proponer

mecanismos de coordinación y colaboración con las demás autoridades de los diferentes órdenes de gobierno para llevar a cabo acciones de búsqueda de personas; asesorar y canalizar a los familiares ante la Fiscalía Especializada para realizar su denuncia; ejecutar las acciones de búsqueda con los elementos con que cuente de acuerdo al protocolo aplicable. Y de manera coordinada con las Comisiones Locales, realizar y dar seguimiento a las acciones de búsqueda, atendiendo a las características propias del caso; acceder sin restricciones a la información contenida en plataformas, bases de datos y registros de todas las autoridades para realizar la búsqueda; integrar grupos de trabajo para proponer acciones específicas de búsqueda, así como analizar el fenómeno de desaparición, incluso a nivel regional; mantener reuniones periódicas y comunicación continua con las Comisiones Locales de Búsqueda, a fin de intercambiar experiencias y buscar las mejores prácticas para la localización de personas; disponer de un número telefónico, así como de cualquier otro medio de comunicación de acceso gratuito para proporcionar información, sin necesidad de cumplir con formalidad alguna, para contribuir en la búsqueda de Personas; solicitar a los concesionarios de radiodifusión y telecomunicaciones, previa autorización de los Familiares, la difusión de boletines relacionados con la Búsqueda y establecer acciones de búsqueda específicas para las desapariciones de personas vinculadas con movimientos políticos.

3) EL REGISTRO NACIONAL DE PERSONAS DESAPARECIDAS Y NO LOCALIZADAS, concentrará a través de la PGR, la información actualizada de los registros de Personas Desaparecidas y No Localizadas, tanto de la federación como de las entidades federativas, con el objeto de proporcionar apoyo en las investigaciones para su búsqueda, localización e identificación.

4) CONSEJO NACIONAL CIUDADANO, integrado por defensores de derechos humanos, especialistas y familiares de víctimas, cuyo objetivo será asesorar y emitir opiniones al SNBP, en materia de búsqueda de Personas.

- Serán nombrados por el Senado de la República previa consulta pública a las organizaciones de la sociedad civil.
- Los Consejeros integraran un Comité para la evaluación y seguimiento de las acciones emprendidas por la CNB.

3. Contenido de la Ley General

Establece dos tipos penales, que son de carácter permanente, se persiguen de oficio y no prescriben.

- Delito de desaparición forzada de personas con pena de prisión de 40 a 60 años.

- Delito de desaparición cometida por particulares con pena de prisión de 25 a 50 años.

También contempla otros delitos vinculados con la desaparición de personas, así como sus sanciones; establece la forma de coordinación entre las autoridades de los distintos órdenes de gobierno; obliga a esclarecer los hechos y prevenir, investigar, sancionar y erradicar los delitos de desaparición forzada; crea el Sistema Nacional de Búsqueda de Personas (SNBP). Como parte del SNBP, crea la Comisión Nacional de Búsqueda (CNB),

Establece que las víctimas tienen derecho a medidas de reparación integral, las cuales no prescriben y consisten en:

- Medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y medidas de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica, en términos de la Ley General de Víctimas.

- En los casos, de víctimas por Desaparición Forzada de personas, la Federación y las Entidades Federativas, son responsables de asegurar la reparación integral cuando sean responsables sus servidores públicos o particulares bajo la autorización, consentimiento, apoyo, aquiescencia o respaldo de éstos.

- En los casos de víctimas de Desaparición cometida por Particulares, la Federación y las Entidades Federativas compensarán de forma subsidiaria en los términos establecidos en la Ley General de Víctimas.

Establece un mecanismo de Declaración Especial de Ausencia, para familiares de personas desaparecidas. Es un proceso simplificado para los familiares a fin de acceder a la custodia de menores de edad, a los bienes, régimen de seguridad social o patrimonio una vez que el Juez del orden civil competente emita la Declaración Especial de Ausencia.

Contempla medidas de seguridad. Las fiscalías especiales tienen facultades para autorizar la incorporación de los familiares de la víctima, activistas, personas defensoras de derechos humanos y periodistas que intervengan en la búsqueda, investigación o proceso penal de los delitos, a los programas de protección de personas para salvaguardar su integridad.

Se insta en la Ley el Mecanismo de Apoyo Exterior de Búsqueda e Investigación, que es el conjunto de acciones y medidas tendientes a facilitar el acceso a la justicia y el ejercicio de acciones para la reparación del daño, en el ámbito de su competencia, a personas migrantes. Sus principales atribuciones son: coadyuvar en la búsqueda y localización de personas migrantes desaparecidas con la CNB y en la investigación y persecución de los delitos que realicen las Fiscalías Especializadas en coordinación con la Unidad de Investigación de Delitos para Personas Migrantes; su funcionamiento incluye al personal que labora en los

Consulados, Embajadas y Agregadurías de México en otros países; cuando la búsqueda requiera de diligencias en otro país, bien sea el de origen, el de tránsito o el de llegada de la persona migrante, se activa el Mecanismo de Apoyo Exterior a fin de garantizar que la información y elementos probatorios sean tramitados de forma inmediata y efectiva a lo largo del proceso de búsqueda.

Establece que queda prohibida la inhumación de cadáveres o restos de personas cuya identidad se desconozca o no hayan sido reclamados no pueden ser incinerados, destruidos o desintegrados, ni disponerse de sus pertenencias; tratándose de menores de 18 años, de los cuales haya noticia, reporte o denuncia sobre su desaparición en cualquier circunstancia, se iniciará carpeta de investigación en todos los casos y se emprenderá la búsqueda, aunque no existan elementos para suponer que se cometió un delito; establece que las entidades federativas deberán crear consejos estatales ciudadanos que funjan como órganos de consulta de las Comisiones Locales de Búsqueda.

Por su parte, El Programa Nacional de Búsqueda y Localización, a cargo de la CNB contempla: la identificación de tiempo y lugar de episodios críticos de desaparición de personas en el país, la definición de los contextos de las desapariciones y las metodologías a emplearse para la búsqueda y localización en cada uno de esos contextos; un método específico de análisis de contexto que contribuirá a la búsqueda y localización de personas desaparecidas en episodios de violencia política del pasado y los mecanismos y modalidades de participación de las familias, colectivos de familias y organizaciones de la sociedad civil o personas acompañantes en los procesos de diseño, implementación, seguimiento y evaluación del Programa.

Conclusión

La Ley dispone a la creación de áreas y protocolos especializados no sólo en la investigación de los casos, búsqueda y procesamiento de información, sino en la sistematización de los datos obtenidos, que permita realizar un mapeo de los factores de riesgo que inciden, en cada región del país, en la comisión del delito de desapariciones contra niñas, niños y adolescentes y sus consecuencias.

Las acciones que se implementen deben tener como objetivo primordial visibilizar los problemas en la materia y generar un marco normativo general que sirva de modelo nacional para la prevención, investigación, sanción y reparación del daño a las víctimas directas e indirectas de la desaparición forzada de personas y de la desaparición de personas cometida por particulares.

Sin duda, la Ley General en materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas, representa avances, pero también grandes retos que habrán de superarse durante la implementación de cada uno de los elementos que la conforman.

VI. URUGUAY: VIOLENCIA HACIA LAS MUJERES BASADA EN GÉNERO. LEY 19580 - APORTES A SU ANÁLISIS

Adelaida Entenza*
Elena Goiriena*

Introducción

La Defensoría de Vecinas y Vecinos de Montevideo (DVVM) es la primera y única institución ombudsman en nuestro país a nivel local, creada por decreto de la Junta Departamental de Montevideo, ámbito legislativo de nuestro departamento. Abrió sus puertas en el mes de diciembre del año 2006, y se encuentra en la gestión de la segunda titular de la Institución quien asumiera en el mes de junio del 2014.

Según el mandato de creación, la DVVM deberá “promover el respeto de los derechos humanos dentro del Departamento, el mejor cumplimiento de los servicios departamentales y/o municipales y el logro de una mayor transparencia y eficacia de la gestión del Gobierno Departamental”. Una de las principales funciones de la DVVM es la concientización del significado esencial de los derechos humanos y las libertades fundamentales, al tiempo de atender la casuística de quejas y reclamos que llegan de la ciudadanía.

Casi desde sus inicios viene dando pasos significativos en materia de transversalización de la perspectiva de género que la han posicionado a nivel nacional e internacional como institución referente. La incorporación de esta perspectiva como visión transversal de la gestión institucional implica la posibilidad y oportunidad de transitar desde una aparente neutralidad en cuanto a la reproducción de las desigualdades de género, hacia el análisis y explicitación de un modo de desarrollo de políticas internas y estrategias metodológicas de la gestión institucional, que efectivamente y en forma explícita, resuelvan y eliminen los estereotipos que reproducen esas desigualdades. El principio de igualdad de resultados es una guía para el cumplimiento del derecho a la igualdad y no discriminación.

* Responsable de la Asesoría Jurídica y en DDHH- DVVM.

* Responsable de la Asesoría en Transversalización de Género -DVVM.

Desde el año 2014 cuenta con una Política Institucional de Género que, en concordancia con su plan estratégico vigente (2015-2019) se propuso “transversalizar la gestión institucional de la Defensoría de Vecinas y Vecinos de Montevideo con la perspectiva de género, como elemento sustancial para el logro de la inclusión de la equidad de género en sus distintos ámbitos internos, y la contribución de la transformación y promoción de nuevos enfoques en la gestión pública”. En este marco ha realizado e incorporado algunas acciones específicas como la creación de la Asesoría en Transversalización de Género en su organigrama, la transversalización en género de su Plan Estratégico y del Protocolo de Actuación Defensorial, capacitación permanente en género desde el Programa de Inducción para ingreso de personal; integración de la perspectiva de género en la gestión de asuntos y mediación comunitaria, declaración tolerancia cero a la violencia y discriminación de género en el ámbito institucional; consolidación del lenguaje inclusivo en sus documentos, informes, recomendaciones, y en la política comunicacional institucional; articulación interinstitucional departamental, nacional e internacional con organismos vinculados a la lucha por los derechos de las mujeres y perspectiva de género. Cabe destacar la integración de la Red de Defensorías de Mujeres de la FIO desde su creación (2007), la coordinación de la Región Sur hasta el 2016, año en que asume la Coordinación General de la Red hasta el momento.

1. Marco para la Promulgación de la Ley de Violencia Hacia las Mujeres Basada en Género

La violencia de género en el Uruguay ha estado y está en un lugar primordial en la agenda de los derechos de las mujeres, desde el movimiento de mujeres y movimiento feminista inicialmente, con la paulatina incorporación del Estado y los distintos niveles de Gobierno, con avances sostenidos en la promulgación de normativa nacional así como de políticas públicas, pero que no llegan a visualizarse en la situación casi incambiada en cuando a muertes de mujeres asesinadas por ser mujeres.

No existe en nuestro país un seguimiento integral estadístico de las distintas dimensiones que implica la violencia basada en género. En el mes de noviembre de 2018, se está realizando el lanzamiento oficial del Observatorio de Violencia Basada en Género hacia las Mujeres por parte del Instituto Nacional de las Mujeres (INMUJERES). El Observatorio fue creado por la Ley que aquí se presenta, y que se espera pueda consolidarse como una fuente integral de información para la investigación y ajuste de políticas públicas en la temática.

Sí es posible obtener algunos datos básicos, como el desarrollo en los últimos años de denuncias de “violencia doméstica y asociados” que

según la División Políticas de Género del Ministerio del Interior, muestra un aumento sostenido de las mismas: 35.813 denuncias en el año 2015, 34.300 denuncias en el año 2016, 39.311 denuncias en el año 2017 y 20.053 denuncias en el primer semestre del año 2018.

Según el mismo servicio, de los feminicidios ocurridos en el año 2017:

- 82% de las mujeres asesinadas convivía o había convivido con el agresor.
- 70% de los autores fueron procesados por la justicia, 30% cometió suicidio después del hecho.
- 48% de las mujeres asesinadas tenían hijos y/o hijas menores a cargo.
- 35% de las mujeres fueron asesinadas con arma de fuego.
- 91% de los asesinatos ocurrieron en una residencia.

Entre enero y octubre de 2017, 1.011 niños, niñas y adolescentes fueron víctimas de explotación y abuso sexual en nuestro país:

- 39.5% niñas
- 18% niños
- 37% adolescentes mujeres
- 5.5% adolescentes varones

El Programa tobilleras electrónicas del Ministerio del Interior: aumentó de 97 tobilleras en el año 2013 a más de 500 en el año 2017: 98% de víctimas son mujeres, 98,5% de ofensores son varones.

2. Antecedentes en legislación nacional

Uruguay ha recorrido una trayectoria legislativa vinculada a la violencia de género, de la que se destacan:

- Ley 17.386/2001. Acompañamiento durante el parto. Toda mujer tendrá derecho a estar acompañada de una persona de su confianza durante el trabajo de parto y el nacimiento.
- Ley 17.514/2002. Violencia Doméstica. Prevé mecanismos de protección en el ámbito civil, y crea los juzgados especializados en la temática.
- Ley 17.815/ 2004. Violencia Sexual contra niños, adolescentes o incapaces.
- Ley 17.938/2006. Derogación de la Extinción del Delito Sexual por el matrimonio del agresor con la víctima.
- Leyes 17.957/2006 y 18244/2008. Registro de Deudores Alimentarios.

- Ley 18.039/2006, Modifica Artículo 23 del Código de Procedimiento Penal. Asegura el procedimiento de oficio en todos los casos en que la víctima se encuentra en una relación de subordinación frente al agresor.
- Ley 18214/2007. Castigo físico y humillante a niños, niñas y adolescentes en las tareas de cuidado intrafamiliar.
- Ley 18.104/2007. Igualdad de Derechos y Oportunidades entre Hombres y Mujeres. Impone al Estado Uruguayo el deber de asegurar el diseño, la elaboración, la ejecución y el seguimiento de las políticas públicas integrando la perspectiva de género.
- Ley 18.246/2008. Unión Concubinaria. Garantizar derechos en las relaciones de pareja no matrimonializadas.
- Ley 18.250/2008. Migración. Tipifica los delitos de Trata y Tráfico de Personas.
- Ley 18.561/2009. Acoso Sexual en el ámbito laboral y docente.
- Ley 18.620/2009 - Derecho a la Identidad de Género y Cambio de Nombre y Sexo en Documentos Identificatorios.
- Ley 18.850/2011. Hijos de personas fallecidas como consecuencia de hechos de violencia doméstica. Se establece en su favor una pensión no contributiva y una asignación familiar especial.
- Ley 18.868/2012. Prohíbe la exigencia de controles de embarazo en cualquier etapa del proceso de contratación por parte de las empresas.
- Ley 18.987/2012. Interrupción Voluntaria del Embarazo. Despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo, para el caso que la mujer cumpla con ciertos requisitos que se establecen y se realice durante las primeras doce semanas de gravidez.
- Ley 19.075/13. Matrimonio Igualitario. Sustituye el artículo 83 del Código Civil, por la definición de matrimonio civil como la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo.

3. Ley de violencia hacia las mujeres basada en género

La Ley de Violencia hacia las Mujeres Basada en Género (Ley 19580/2017) se promulga explicitando que para su interpretación e integración, “se tendrán en cuenta los valores, fines, los principios generales de derecho y las disposiciones de la Constitución de la República y de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en particular la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención De Belem Do Para), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra La Mujer (CEDAW), la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN), la

Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores”.

Tiene como objeto garantizar el efectivo goce del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia basada en género abarca la protección y tutela a mujeres de todas las edades, mujeres trans y de las diversas orientaciones sexuales, condición socioeconómica, pertenencia territorial, creencia, origen cultural y étnico-racial o situación de discapacidad, sin distinción ni discriminación alguna. Es una ley específica que amplía significativamente los marcos de protección al establecer lineamientos y mandatos en cuanto a políticas integrales de prevención, atención, protección, sanción y reparación.

Su aprobación ha sido el resultado de un proceso participativo, interinstitucional y de la sociedad civil organizada vinculada a la temática, liderado por el Consejo Nacional Consultivo de lucha contra la Violencia Doméstica (CNCLVD) en funcionamiento desde el año 2002, orientado a la adecuación a los estándares e instrumentos internacionales de derechos humanos en la materia, y a consolidar un marco jurídico nacional integral para prevenir y reparar la violencia basada en género¹. La nueva Ley lo sustituye por el Consejo Nacional Consultivo por una Vida Libre de Violencia de Género hacia las Mujeres, con el cometido de asesorar al Poder Ejecutivo; diseñar, supervisar y monitorear el Plan Nacional contra la Violencia basada en Género hacia las Mujeres; articular la implementación de políticas sectoriales en la temática; crear, apoyar y fortalecer comisiones departamentales en todo el territorio nacional; ser consultado y opinar preceptivamente en políticas y proyectos de ley y realizar informes anuales sobre el cumplimiento de sus cometidos.

Esta ley, de orden público e interés general, establece una serie de principios rectores y directrices para su aplicación, entre los que se destaca: prioridad de los derechos humanos, responsabilidad estatal, celeridad y eficacia, igualdad y no discriminación, igualdad de género, integralidad, autonomía de las mujeres, y el interés superior de niñas y adolescentes.

4. Definición y diferentes manifestaciones de Violencia

El artículo 4º señala que “la violencia basada en género es una forma de discriminación que afecta, directa o indirectamente, la vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, así como la seguridad personal de las mujeres”, y la define como “toda conducta, acción u omisión, en el ámbito público o el privado que, sustentada en una relación desigual de poder en base al género, tenga

¹ <http://www.inmujeres.gub.uy/innovaportal/file/18258/1/folleto-ley-amigable.pdf>

como objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos o las libertades fundamentales de las mujeres”. Abarca tanto las conductas perpetradas por el Estado o por sus agentes, como por instituciones privadas o por particulares.

En cuanto a las diferentes manifestaciones de violencia basada en género, la ley reconoce las siguientes formas: física, psicológica o emocional, sexual, por prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género, económica, patrimonial, simbólica, obstétrica, laboral, en el ámbito educativo, el acoso sexual callejero y las violencias política, mediática, femicida, doméstica, comunitaria, institucional y étnica racial. Estas diferentes manifestaciones “no son excluyentes entre sí ni de otras que pudieran no encontrarse explicitadas” (artículo 6º).

Además de los derechos reconocidos a todas las personas en la legislación vigente, nacional e internacional aplicable, a toda mujer víctima de alguna de las formas de violencia basada en género, en los procedimientos administrativos o judiciales se le deben garantizar un conjunto de derechos (artículo 7º). Así por ejemplo: a contar con mecanismos eficientes y accesibles en materia de denuncias; a obtener una respuesta oportuna y efectiva debiendo ser su opinión tenida en cuenta en todas aquellas decisiones que le afecten; “considerándose especialmente el contexto de violencia” que le afecte; a recibir protección judicial inmediata y preventiva; a la gratuidad de las actuaciones; a un abordaje de su testimonio desde una perspectiva de género, igualdad y no discriminación²; a la “no confrontación con su agresor (...) prohibiéndose cualquier forma de mediación o conciliación en los procesos de protección o penales”; así como el acceso “a la justicia y la reparación a través de un recurso sencillo y rápido ante los Tribunales competentes” (art. 8).

Asimismo, prevé y explicita los derechos específicos de niñas, niños y adolescentes, sean víctimas o testigos de actos de violencia, sin perjuicio de los derechos que establecen las normas aplicables, el derecho a: ser informados por su defensa sobre sus derechos; que su relato sobre los hechos denunciados sea recabado por personal técnico especializado, en lugares adecuados; a la restricción máxima posible de concurrencia a la sede judicial o policial; ser protegidos en su integridad física y emocional; en las audiencias no podrá estar presente la persona denunciada como agresora; el respeto de la privacidad de la víctima y familiares

² Art. 8.H. A que su testimonio no sea desvalorizado en base a estereotipos de género sustentados en la inferioridad o sometimiento de las mujeres, o en otros factores de discriminación tales como la edad, la situación de discapacidad, la orientación o identidad de género, el origen étnico racial, la pertenencia territorial, las creencias o la identidad cultural.

denunciantes respecto de terceros y recibir información previa accesible a su edad y madurez (art. 9).

5. Principales Novedades de la Ley 19580

Una de las novedades a destacar es la creación del Observatorio sobre Violencia Basada en Género hacia las Mujeres, el que estará a cargo de una comisión interinstitucional conformada por la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (Presidencia de la República), el Ministerio del Interior, el Instituto Nacional de las Mujeres y la Red Uruguaya contra la Violencia Doméstica y Sexual (sociedad civil). Al momento de redacción del presente artículo, está realizándose la presentación pública del mismo en cumplimiento del mandato legal. Entre sus principales cometidos, además de recolectar, procesar, registrar, analizar, publicar y difundir información periódica y sistemática sobre violencia basada en género hacia las mujeres, se encuentran también los de realizar estudios e investigaciones sobre la materia así como sobre el cumplimiento de la ley en el ámbito administrativo y judicial, oficiar como base de datos documental y de sistematización de buenas prácticas, así como evaluar el impacto de las políticas públicas y realizar recomendaciones para su fortalecimiento, entre otros (arts. 18 y 19).

Otra de las novedades relevantes que introduce la ley son las modificaciones en el ámbito penal con inclusión de nuevos delitos que no se encontraban previstos en el Código Penal (1934)³. En tal sentido, se tipifica el delito de abuso sexual (art. 272 bis C.P.)⁴, el delito de abuso sexual especialmente agravado (art. 272 ter CP)⁵ y el abuso sexual sin contacto corporal (art. 273 bis CP)⁶ así como la tipificación del delito de divulgación de imágenes o grabaciones con contenido íntimo (art. 92 de la Ley 19.580/17). El desafío que se está presentando actualmente refiere a que la única figura utilizada para las situaciones de violencia sexual era hasta el momento el delito de atentado violento al pudor (art. 273 CP)⁷. integrando la nueva ley las figuras mencionadas precedentemente y que son más específicas y ajustadas. Pero dado que el delito de atentado violento al pudor no fue expresamente derogado, se generan algunas dificultades de interpretación y en algunos casos los(as) fiscales actuantes continúan utilizando este delito en casos de abuso sexual.

³ <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933/36>

⁴ https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933/272_BIS

⁵ https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933/272_TER

⁶ https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933/273_BIS

⁷ <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933/273>

La integralidad innova también en tanto es una ley programática que señala acciones y pautas concretas, lo que implica un desafío para el Estado en cuanto a su implementación. El cumplimiento y articulación de la política pública nacional contra la violencia basada en género, será guiada por una serie de directrices establecidas por la ley en diversos ámbitos como las políticas de salud, las políticas laborales y de seguridad social, las políticas de seguridad, la fijación de las políticas de defensa nacional, las políticas de comunicación, las políticas de las relaciones exteriores, las políticas de infancia y adolescencia, las políticas sobre personas mayores y las políticas sobre discapacidad.

Estas directrices conjugan orientaciones claras para las distintas políticas públicas que en general refieren a: transversalización institucional de la perspectiva de género en planes, programas, reglamentos, servicios e instituciones a cargo; capacitación y formación permanente al funcionariado; cobertura universal, accesibilidad e igualdad de trato como principios generales; acciones de sensibilización y difusión como herramientas preventivas; elaboración de protocolos de actuación específicos con perspectiva de género; focalización en herramientas de registro e investigaciones. La Ley prevé entonces una gran batería de directrices que coadyuvan a la integralidad de la política pública contra la violencia basada en género con mandatos específicos.

Considerando que la educación es un pilar fundamental para el logro de la igualdad, resultan de especial relevancia los contenidos que contempla la ley en esta esfera más allá de los antes mencionados y más genéricos. Se destacan: transversalización con género en las instituciones educativas, lo que determina que se adopten medidas para proteger el derecho a la educación de estudiantes en situaciones de violencia basada en género; contenidos curriculares con perspectiva de género; materiales informativos y educativos para la prevención y detección de la violencia basada en género hacia las mujeres, sensibilización para el personal docente, así como la prohibición de toda medida discriminatoria hacia estudiantes, personal docente y no docente, basada en su orientación sexual o identidad de género. En cuanto a la contratación de personal docente en las instituciones de educación formal, la ley en forma expresa establece como requisito la “ausencia de antecedentes administrativos o penales en asuntos de violencia física, psicológica, sexual, doméstica, considerándolo inhabilitante para la función docente” (art.21) Por su parte, la ley establece una serie de medidas concretas tendientes a asegurar la permanencia de las víctimas de violencia basada en género en el sistema

educativo (art.39) en línea con lo estipulado en la Ley General de Educación (2008)⁸.

6. Avances y desafíos en la aplicación de la Ley 19.580

La Ley representa un hito en el avance y lucha contra la violencia basada en género, en tanto es a la vez un punto de llegada y otro de partida. Es un punto de llegada como conclusión de un proceso de muchos años de trabajo en el marco del Consejo Nacional Consultivo de lucha contra la Violencia Doméstica, en el que se articula Estado con sociedad civil, y que por ello ha encontrado acciones y políticas en marcha que vienen a reforzarse con la promulgación de la Ley que aquí se analiza. Pero a la vez es un punto de partida, en tanto distribuye y exige competencias específicas donde no las había, innova en la exigibilidad de nuevos derechos, otorga y fortalece presupuestos. Desde el propio Estado se ha manifestado que el cumplimiento de la ley es una prioridad, para lo que la clave es la respuesta interinstitucional.

A menos de un año de su aprobación, es posible destacar algunas de las actuaciones y acciones que se están llevando adelante desde el ámbito gubernamental en el marco de la ley, más allá de que formaran parte ya de la política de igualdad de género nacional. Estos avances fueron presentados por autoridades del Gobierno Nacional en un acto público en Montevideo, el 25 de octubre del presente año.

Hay acuerdo de que uno de los focos principales es la sensibilización y capacitación permanente sobre los contenidos y enfoque de la nueva ley para todo el funcionariado público, principal ejecutor de las políticas públicas vinculantes en la ley, y es una tarea en la que la mayoría de las carteras del Estado a nivel del poder Ejecutivo así como el Poder Judicial y Fiscalía están avanzando.

7. Algunos avances específicos informados públicamente

a. Desde INMUJERES

- El Consejo Nacional Consultivo se encuentra en etapa de renovación de su integración y apoyando la elaboración de los planes departamentales para el cumplimiento de la ley.
- Acciones de difusión y formación y capacitación permanente como un aspecto fundamental y a su vez orientadas a transversalizar varios programas con el enfoque de la ley.

⁸ Ley 18.437/2008, art. 74 (De las alumnas en estado de gravidez). Las alumnas en estado de gravidez tendrán derecho a continuar con sus estudios, en particular el de acceder y permanecer en el centro educativo, a recibir apoyo educativo específico y justificar las inasistencias pre y post parto, las cuales no podrán ser causal de pérdida del curso o año lectivo. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18437-2008>

- Se ha iniciado el proceso de análisis del articulado de la ley para identificar qué artículos requerirán una reglamentación específica.
- El momento de presentación del presente artículo coincide con el lanzamiento e instalación pública del Observatorio.
- Entre los desafíos más sustantivos identificados se encuentra el de revisar los modelos de intervención.
- En materia de presupuesto para el INMUJERES, desde el 2015 a la fecha el mismo se ha duplicado, pero existe el desafío de ampliarlo sustantivamente en el próximo presupuesto quinquenal.

b. Ministerio de Salud Pública

- La ley implica llevar adelante una serie de cambios en el sector salud orientados a la incorporación del enfoque de la ley en la atención y el abordaje de situaciones de violencia. Como avances en esta área se pueden destacar el lanzamiento del “Manual clínico para el Sistema Nacional Integrado de Salud. Atención de salud para las mujeres que han sufrido violencia de pareja o violencia sexual (2018)”⁹ habiendo sido capacitadas hasta el momento unas 250 personas.
- Ministerio del Interior:
 - Proceso de recopilación y atención de dudas sobre la aplicación de la ley orientado al funcionariado del Ministerio y operadores policiales.
 - Realización de una consultoría para el análisis comparativo de la ley y el nuevo Código de Proceso Penal, y con base a ello revisar los procedimientos policiales y efectuar las armonizaciones que correspondan.
 - Se están realizando encuentros nacionales para fortalecer las direcciones departamentales.
 - Avances en la diversificación y mejora de los mecanismos de denuncias.
 - Acciones orientadas a la prevención y atención de la violencia a nivel interno del Ministerio del Interior.
 - Se realizan ajustes en el sistema informático de denuncias, incluyendo las que surgen del Código Penal y mejoras orientadas a registrar las otras manifestaciones de violencia que no constituyen delito, de forma que no queden sub-registradas.

⁹ MINISTERIO DE SALUD DE URUGUAY Y ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD: http://www.msp.gub.uy/sites/default/files/archivos_adjuntos/Manual%20Cl%C3%ADnico%20SNIS-MSP_2018_R.pdf

c. Fiscalía General de la Nación

- Acciones de capacitación en violencia, trata, femicidio
- Acciones orientadas a la elaboración de un protocolo sobre femicidio;
- Acciones orientadas a avanzar en la elaboración de indicadores sobre los delitos de género tipificados por los nuevos marcos normativos;
- Acciones para la difusión de material que se ha elaborado sobre trata, así como orientadas a la preparación de material sobre acoso callejero y violencia.
- La Fiscalía General de la Nación ha elaborado un documento de instrucción de los delitos sexuales¹⁰, explicitando por un lado los mitos culturales existentes en torno a la violencia sexual, así como las perspectivas exigibles para su abordaje, argumentando que “para la adecuada intervención ante la violencia sexual (tanto para la valoración de los hechos, de la prueba como para la argumentación jurídica) es necesario incorporar la perspectiva de género e interseccionalidad y el enfoque de derechos”.

d. Poder Judicial

- Fortalecimiento de las acciones de capacitación y formación (inicial y continua) en el ámbito del Centro de Estudios Judiciales, abarcando las diferentes áreas del derecho (de familia, penal y laboral, etc.).
- Mejoras en la accesibilidad para que la formación esté disponible para todo el ámbito territorial (a través de herramientas y plataformas virtuales) así como para ampliar la participación, intervención e intercambios.
- Se propone para el próximo año contar con información sistematizada sobre la nueva jurisprudencia emitida en el marco de los nuevos marcos normativos.

8. Marco jurídico normativo complementario

Cabe destacar la reciente adopción en nuestro país de dos leyes que, por su especial relevancia en materia de violencia basada en género, integran este marco de avances legislativos a nivel nacional: La Ley 19538/2017¹¹ por la que se modifican los artículos 311 y 312 del Código Penal,

¹⁰ FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Instrucción Núm. 8 sobre delitos sexuales*: <http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/file/3480/1/instruccion-8-.pdf>

¹¹ <http://www.impo.com.uy/bases/leyes-originales/19538-2017>

relacionados con actos de discriminación y femicidio y la Ley Integral para Personas Trans.

La Ley 19.538 incorpora la figura del femicidio en el artículo 312 del Código Penal. No lo hace como una figura penal autónoma, sino como un agravante muy especial del homicidio, definiéndolo como aquel homicidio que se comete “contra una mujer por motivos de odio, desprecio o menosprecio, por su condición de tal” (numeral 8º). La relevancia de una investigación y metodología desde la perspectiva de género será fundamental a la hora de calificar el femicidio.

A su vez, mediante la incorporación del numeral 7º a este mismo artículo del Código Penal se tipifican como agravantes muy especiales del delito de homicidio cuando sea cometido “como acto de discriminación por la orientación sexual, identidad de género, raza u origen étnico, religión, discapacidad u otra característica o condición de la víctima”.

En este contexto de modificaciones legislativas que buscan reconocer y profundizar la protección de los Derechos Humanos de todas las personas, ha sido recientemente sancionada la Ley Integral para Personas Trans (Ley 19.684)¹². Esta ley tiene como objeto “asegurar el derecho de las personas trans residentes de la República a una vida libre de discriminación y estigmatización, para lo cual se establecen mecanismos, medidas y políticas integrales de prevención, atención, protección, promoción y reparación”.

Esta actualización de los marcos normativos se enmarca tanto en los compromisos asumidos en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos¹³ como del Sistema de Naciones Unidas orientándose hacia el cumplimiento de otros compromisos asumidos por el Estado. Se destacan entre los más recientes la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas (adoptada en el año 2015)¹⁴ que se propone entre uno de sus objetivos lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas (ODS 5), así como la Estrategia de Montevideo para la Implementación de la Agenda Regional de Género

¹² *Vid.*, <http://www.impo.com.uy/bases/leyes/19684-2018>.

¹³ Cabe destacar que actualmente se encuentran en proceso de elaboración en el ámbito de Comisión Interamericana de Mujeres (OEA/CIM) los “Lineamientos Interamericanos por la Igualdad de género como bien de la humanidad” los que tienen como objetivo de fortalecer la igualdad de género en la región y enfrentar los discursos existentes en contra de la igualdad de género y los derechos de las mujeres. Disponibles en: <http://www.oas.org/es/cim/docs/cim-cd-doc10-17-es.pdf>

Por su parte también se encuentra en línea con la *Ley Modelo Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en la Vida Política*: <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/LeyModeloViolenciaPolitica-ES.pdf>

¹⁴ <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>

adoptada en la XIII Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe (2016)¹⁵.

En una región que está experimentando preocupantes regresiones en materia de igualdad de género así como en cuanto al reconocimiento y protección de derechos en materia de diversidad sexual e identidad de género, la aprobación de estos nuevos marcos jurídicos da cuenta del compromiso del Estado de seguir avanzando hacia el pleno respeto y consolidación de los derechos humanos.

En lo que respecta a la Defensoría de Vecinas y Vecinos de Montevideo, le compete la integración de los nuevos parámetros que presenta la ley aquí analizada, y realizar las acciones que sean pertinentes orientadas a asegurar que, en aquellos asuntos vinculados a estas temáticas que ingresan a nuestra Institución, los enfoques, principios, lineamientos y compromisos que se determinan en estos nuevos marcos normativos se encuentren plenamente contemplados.

¹⁵ https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/41011/1/S1700035_es.pdf

VII. ARGENTINA: JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO AL AGUA

Ricardo Riva*

Introducción

La Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Neuquén acompañó desde el 2011 a vecinos de seis barrios con acciones judiciales que permitieron lograr el suministro de agua potable para más de 2 mil familias.

Los vecinos de Toma 2 de Mayo, Cuenca XV, Valentina Norte Rural, Colonia Rural Nueva Esperanza, Toma 7 de Mayo y Loteo Social Vista Hermosa no tenían acceso al agua, elemento vital para la vida humana. Se trata de barrios ubicados en la periferia de la ciudad en el que viven mayormente las personas de sectores más vulnerables de la comunidad.

En enero del 2015 aproximadamente 200 familias de Toma 7 de Mayo estuvieron 20 días sin suministro de agua. En esa época del año la temperatura en Neuquén ronda los 30 grados centígrados, en una región de clima semidesértico con un promedio de 200 milímetros de lluvia anual. Dadas tales circunstancias los vecinos acudieron a la Defensoría del Pueblo y en las reuniones escucharon 'azorados' como funcionarios de organismos públicos municipal y provincial, se echaban las culpas y responsabilidades ante la falta de respuesta al planteo.

En una demanda por requerimiento de agua la Sala I de la Cámara de Apelaciones fue contundente cuando se pronunció ante una presentación de la Municipalidad de Neuquén que interpuso un recurso contra una medida cautelar que la obligaba a entregar agua a vecinos del asentamiento 2 de Mayo. Es decir, el gobierno de la ciudad se negaba a dar agua a niños, mujeres y ancianos de los barrios mencionados. La Sala señaló: "El caso que viene a estudio de esta Sala involucra la protección de un derecho humano fundamental (...) y es que el acceso al agua es una necesidad humana innegable. De todos los recursos y elementos ambientales existentes, el líquido elemento es el que impacta de mayor manera en la subsistencia humana, sin que la técnica o la tecnología hayan podido reemplazarlo".

* Defensor del Pueblo de la Ciudad de Neuquén.

En la sentencia se argumentó que: “el advenimiento de los Derechos Humanos como un régimen especial de protección, el derecho al agua se ha consolidado dentro de las garantías propias de este instituto. En nuestra perspectiva, entendemos que estos tres institutos jurídicos en los que ha evolucionado el derecho el uso común, el servicio público de agua y el derecho humano al agua no son más que distintas formas jurídicas de atender la misma realidad: el acceso al agua es una necesidad humana que no puede ser desamparada por el orden jurídico”.

El actual Defensor del Pueblo, Ricardo Riva, asumió su primer mandato en el 2011 e impuso como eje de trabajo del organismo el reconocimiento y defensa de derechos humanos. Esto comprende garantizar a todos los vecinos de la ciudad el acceso al agua potable en cantidad y calidad satisfactorias para satisfacer la demanda diaria de consumo a nivel regional.

Se detectó entonces que en determinados sectores de la ciudad los vecinos no contaban aún con los trámites de regularización dominial de la tierra, siendo esta una problemática habitual que ha crecido durante las últimas décadas a un ritmo vertiginoso sin que ello se haya visto acompañado de una adecuada planificación urbano ambiental.

Dicha realidad llevó a que distintos sectores de la ciudad hayan quedado relegados en la provisión y suministro de los servicios públicos elementales para el desarrollo de cada una de las familias, considerando entre ellos como primordial el abastecimiento de agua potable, sin el cual ningún otro derecho podrá echar sus raíces.

Las intervenciones llevadas a cabo en ese sentido han sido de lo más variadas y en muchos casos fueron la punta de inicio para el tratamiento de otros aspectos vinculados con mejorar la calidad de vida de los vecinos, por cuanto se ha avanzado más allá del agua hacia la energía, gas, saneamiento, recolección de residuos, entre otros.

En algunos planteos se logró la titularidad dominial de la tierra en proceso de regularización, acompañando a cada familia en todas sus etapas frente a procedimientos administrativos planteados por parte del Estado de manera tediosamente burocrática, hecho que hacía difícil en términos generales una comunicación y entendimiento fluido con las distintas áreas gubernamentales.

Todas estas acciones han permitido un cambio sustancial en la calificación de “ilegales” que expresaban autoridades del gobierno municipal sobre los vecinos que se encontraban padeciendo estas injusticias -y su correlato hacia la Defensoría como “Defensor de los ilegales”-. Se pudo demostrar que la falta de titularidad de la tierra no era un fundamento válido para impedir u obstaculizar el acceso a un derecho humano fundamental como lo es el agua.

La Defensoría cuando recibe un reclamo por el corte o deficiente suministro de agua, ya sea que este servicio se esté brindado por red o mediante distribución en camiones cisterna, se entabla de manera urgente un primer contacto con los funcionarios responsables a fin de indagar en las causas de ello y poder tener previsibilidad en relación a la demora para su resolución, manteniendo un contacto permanente con los vecinos.

Cuando pese a las gestiones, el problema seguía vigente, sin poder arribar a acuerdos sostenibles en el tiempo, la Defensoría ha optado por avanzar hacia la instancia judicial, en el convencimiento que es el juez el último garante de los derechos involucrados.

La actuación de esta Defensoría en su actual gestión ha sido novedosa en la promoción de acciones judiciales frente al Estado Municipal y Provincial que dieron lugar a procesos ambientales colectivos.

Si bien, la legitimación activa del Defensor del Pueblo parte en el ordenamiento dado por la Constitución Nacional a partir de la reforma producida en 1994 y un poco más cercana en el tiempo y de menor jerarquía, en la Carta Orgánica Municipal y ordenanzas que reglamentan su actuación, no había sido usada con anterioridad.

Dicha legitimación, en cada caso, ha recibido de manera unánime la habilitación por parte de los jueces para actuar en representación de los intereses de incidencia colectiva, evitando así tener que articular tantas acciones como personas afectadas, claro está, por una misma causa.

También, fue admitido desde lo formal el tipo de proceso iniciado, siendo la acción de amparo acompañada muchas veces de medidas cautelares que pretendían garantizar en forma inmediata la tutela del derecho afectado, dada su naturaleza y riesgo en aguardar el dictado de una sentencia definitiva. Fue entonces la vía idónea por su rapidez para enmarcar este tipo de planteos.

1. Acciones judiciales para acceso al agua

a. Toma 2 de Mayo y Cuenca XV

En septiembre de 2012 se inició una acción de amparo para que se ordene al Municipio la distribución de agua potable en el sector, donde viven aproximadamente 300 familias. El Juzgado Civil Núm. 3 declaró su admisibilidad y la Municipalidad de Neuquén apeló tal resolución, lo que fue desestimado por los jueces intervinientes, quienes indicaron que "...el caso involucra la protección de un derecho humano fundamental..." y que "el acceso al agua es una necesidad humana innegable". En mayo de 2013 la justicia falló sobre la cuestión de fondo y ordenó implementar las medidas administrativas y/o técnico/legales adecuadas para garantizar los derechos fundamentales de los vecinos. Como consecuencia, la

Municipalidad dio cumplimiento a la medida judicial abasteciendo de agua a las familias de Toma 2 de Mayo.

b. Amparo por la provisión de agua potable para vecinos de Valentina Norte Rural

La Defensoría del Pueblo acompañó a los vecinos de Valentina Norte Rural, sector Los Hornitos y sector X y XI de Toma Esfuerzo, en el amparo para garantizar la distribución de agua mediante camiones en forma diaria. Se celebraron audiencias y visitas al lugar. Finalmente, se logró en Cámara un acuerdo en el que se incluyó la realización de la obra red para todo el sector, quedando a cargo de la Municipalidad el sector de Los Hornitos y del IPVU, el sector de Toma Esfuerzo dada la titularidad de las tierras. El convenio fue homologado y en diciembre del año 2015 se finalizaron las obras. Queda pendiente aún regularizar los servicios de luz y gas.

c. Acción autosatisfactiva por el cese de distribución de agua potable en la Colonia Nueva Esperanza II

En enero del 2014 el Defensor del Pueblo inició un proceso judicial de representación colectiva para garantizar la distribución de agua potable en un sector no urbanizado. Se demandan al estado local y provincial y ambos, a través de sus diferentes reparticiones, resultan condenados. Luego de las apelaciones que efectúan los referentes de los órganos ejecutivos, y ya garantizada la provisión de agua potable para consumo, se trabajó en forma conjunta para relocalizar a las personas ubicadas en un sector industrial hacia tierras óptimas, productivas y de las que puedan ser titulares. Actualmente quedan pendientes algunas relocalizaciones, para lo que se lleva adelante un trabajo activo de mediación entre las empresas y familias (20/12/2013).

d. Amparo para la provisión de agua potable en Toma 7 de Mayo

Mediante una medida autosatisfactiva del Juzgado Civil Núm. 3, se garantizó la provisión ininterrumpida de agua mediante camiones a los vecinos del sector. La Municipalidad apeló la medida. El Juzgado rechazó la apelación y readecuó la medida autosatisfactiva como medida cautelar innovativa y ordenó se presente la acción de fondo. En consecuencia, se promovió acción de amparo para mantener la medida dispuesta y lograr las obras de infraestructura necesarias para dotar de agua mediante redes al sector. La Provincia anunció las obras en el marco del proceso de regularización que involucra al sector (30/03/2015).

e. Provisión de agua al loteo social Vista Hermosa

Se presentó un amparo contra la Municipalidad y el EPAS para que garantice la realización de las obras necesarias y suficientes para dotar de redes de distribución de agua potable a los habitantes del mencionado loteo social. Hasta tanto se realicen estas obras, de manera cautelar este organismo solicitó la distribución de 500 litros diarios de agua potable a las 70 familias que viven allí (30/03/2015).

f. Acceso al agua en Colonia Rural Nueva Esperanza

En 2013 el Defensor del Pueblo solicitó a las autoridades municipales y provinciales la realización de obras de infraestructura para abastecer de agua de riego al sector productivo Colonia Rural Nueva Esperanza. Hasta que finalicen esos trabajos, reclamó proveer de agua al sector, donde se desarrollan tareas de producción primaria. En agosto de 2013 el estado provincial adjudicó la obra para la ejecución del sistema de bombeo para riego. En la actualidad las familias cuentan con el suministro de agua.

2. Jurisprudencia

Dado que: “el acceso al agua es una necesidad humana innegable. De todos los recursos y elementos ambientales existentes, el líquido elemento es el que impacta de mayor manera en la subsistencia humana, sin que la técnica o la tecnología hayan podido reemplazarlo.

La hidroponía ha permitido el desarrollo de cultivos sin suelo; el reciclado o la mejor tecnología minera permite recuperar materiales en desechos o escombreras; las fuentes de energía alternativa pueden suplantar los combustibles orgánicos; la gestión genética ha mejorado la oferta alimenticia. Pero el agua para las necesidades vitales que tiene el ser humano, no ha sido reemplazada.

Seguramente por ello, entendemos, desde las mismas instituciones del derecho clásico, se ha contemplado el derecho de todo hombre a satisfacer sus necesidades vitales mediante instituciones como el “uso común”, muchas veces suministrado colectivamente a través del abastecimiento poblacional. La evolución hacia el Estado de Bienestar implicó que el derecho incorporara nuevas instituciones para satisfacer esas esenciales necesidades individuales de importancia colectiva, consolidándose el servicio público de agua potable como un mecanismo estatal para asegurar la satisfacción de tal acceso. Finalmente, con el advenimiento de los Derechos Humanos como un régimen especial de protección, el derecho al agua se ha consolidado dentro de las garantías propias de este instituto.

En nuestra perspectiva, entendemos que estos tres institutos jurídicos en los que ha evolucionado el derecho —el uso común, el servicio público de agua y el derecho humano al agua— no son más que distintas formas jurídicas de atender la misma realidad: el acceso al agua es una necesidad humana que no puede ser desamparada por el orden jurídico...”

“...Hoy en día, el derecho humano al agua ha sido reconocido en un gran número de documentos internacionales, tales como tratados, declaraciones y otras normas.

Por ejemplo, en la Declaración de Mar del Plata de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua de 1977 se expresó que “todas las personas, sin importar su estado de desarrollo y su condición económico social, tienen el derecho a acceder a agua potable en cantidad y calidad equivalente para cubrir sus necesidades básicas”. En la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se dispone que los Estados Partes asegurarán a las mujeres el derecho a “gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de [...] el abastecimiento de agua”. En la Convención sobre los Derechos del Niño se exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades y la malnutrición mediante “el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre”. En la Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible de 1992 se sostiene que “es esencial reconocer ante todo el derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso a un agua pura y al saneamiento por un precio asequible”.

Existe así una marcada tendencia a una consagración clara del derecho al agua en forma específica, propiciándose su reconocimiento en las cartas de derechos fundamentales. Concretando esta tendencia, mediante la Observación General Núm. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, el derecho al agua se ha especificado dentro del campo de los derechos humanos a la salud, al nivel de vida y a la alimentación.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966 en su Resolución 2200 A (XXI) (51), reconoce: “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación,...reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre” (art. 11) y “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (art. 12).

La referida Observación General Núm. 15 ha especificado los arts. 11 y 12 del referido Pacto, entendiendo que el agua: “es un bien público fundamental para la vida y la salud” y que “el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable,

accesible y asequible para el uso personal y doméstico". De esta forma, ratificó el criterio de identificar el derecho al agua como un derecho humano amparado en el Pacto, tal como había sustentado previamente en los párrafos 5 y 32 de la Observación General Núm. 6 (1995) sobre derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores.

El referido documento del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales vincula además el derecho al agua con el derecho al más alto nivel posible de salud¹, y al derecho a una vivienda y una alimentación adecuadas². Este derecho —entiende— también debe considerarse conjuntamente con otros derechos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, entre los que ocupa un lugar primordial el derecho a la vida y a la dignidad humana.

La vinculación del agua con la calidad de vida y con la satisfacción de otros derechos humanos, es posiblemente la base de una expansión conceptual del derecho al agua que hoy se está produciendo, generándose un planteo superador de la concepción que vincula tal prerrogativa humana a las necesidades vitales de subsistencia que amparaba el uso común: este paradigma implica mucho más que la manutención, y exige no sólo una actividad planificadora sobre el mejor beneficio social al que se debe destinar el agua disponible, sino también en algunas circunstancias el otorgamiento de concesiones de uso especial que resulten una condición necesaria para la calidad de vida de los individuos.

La Constitución Nacional de Argentina, a partir de 1994, ha receptado con jerarquía constitucional diversos textos internacionales que reconocen el derecho al agua en forma directa, o que reconocen diversos derechos (como la vida, la salud, etc.) que tienen como presupuesto el acceso al agua.

De esta manera, el derecho al agua no puede en la actualidad ser divorciado del Derecho de los derechos humanos y su régimen superior de protección..."³.

He transcripto la extensa cita por cuanto permite dimensionar cómo, el derecho al agua es un derecho humano fundamental, que se constituye como parte esencial de los derechos más elementales de las personas, tal el derecho a la vida, a la autonomía y a la dignidad humana y proyecta sus efectos sobre otros inmanentes al ser humano, como es, por caso, el derecho a la salud.

¹ Art. 12.1 del Pacto y la Observación General Núm. 14 del Comité, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.

² Art. 11.1 y Observación General Núm. 4 del Comité.

³ PINTO, M., TORCHIA, N., LIBER, M., GONZÁLEZ DEL SOLAR, N., RUIZ FREITES, S., *Configuración del derecho al agua: del uso común al derecho humano. Particularidades de su integración y expansión conceptual*, LLGran Cuyo, 2007 p. 386.

Este contexto de decisión desde el inicio permite discernir que la tutela reclamada es impostergable: ¿Cómo se repara ulteriormente que quienes habitan en la “Toma 2 de Mayo”, no accedan hoy al agua?

Esto determina que los agravios introducidos bajo los acápites de “inexistencia de los requisitos esenciales para el otorgamiento de la medida cautelar innovativa” y “anticipo de tutela judicial” no puedan prosperar.

Siguiendo este orden, abordaré el tratamiento de ellos.

III. Como ha quedado establecido en la resolución que aquí se recurre “el agua es una pre-condición necesaria para todos nuestros derechos humanos, y que sin el acceso equitativo a un requerimiento mínimo de agua potable serían inalcanzables otros derechos establecidos -como el derecho a un nivel de vida adecuado, a la salud, al bienestar, a la dignidad, así como para el ejercicio de los derechos civiles y políticos⁴.”

Dadas estas razones y siendo, en definitiva, que todo el cuerpo normativo internacional -con jerarquía constitucional en nuestro país- procura garantizar el pleno goce y disfrute de tales derechos -sin que la invocación de las disposiciones de derecho interno puedan justificar su incumplimiento-, entiendo que en el caso se logró acreditar por los actores tanto la verosimilitud en el derecho como el peligro en la demora invocados ya que de no accederse a la medida solicitada podría incurrirse en la generación de un grave daño en la vida y en la salud no sólo de los amparistas sino también de su grupo familiar, y en los que se encontrarían también inmersos niñas y niños- y de todos los habitantes de tal sector de esta ciudad...”

Estos extremos, en los que el Juez funda su decisión cautelar, no han sido rebatidos por el apelante.

Reconoce que el derecho al agua es un derecho humano inalienable y no controvierte que los amparistas no lo tienen garantizado, su crítica se centra fundamentalmente en descifrar quien es el obligado a proveer el servicio (sobre este aspecto, volveré más adelante).

No se cumplimenta, entonces, en este punto, el requisito del art.265 del código procesal, por cuanto las formulaciones aquí efectuadas no conforman un ataque concreto y razonado al fallo recurrido, sino que, por el contrario, sólo traslucen una disconformidad con lo decidido.

III.1. A esta altura debo señalar que no desconozco la naturaleza excepcional de la tutela anticipatoria. Sin embargo, la situación de vulnerabilidad que provoca la falta de acceso al agua potable para consumo humano presenta con suficiente nitidez la afectación del derecho fundamental que requiere el amparo cautelar, tanto en punto al requisito

⁴ Cf. CCNQN Sala I, 22/02/11, *Espinoza Gabriela y Otros C/Coop. Serv. Rincon de Emilio Ltda. y Otros S/Accion de Amparo*, Exp 418316/10, Tº 1 Fº 59/64 Núm. 10.

de la apariencia de derecho, como con relación al peligro en la demora y a la irreparabilidad del perjuicio.

El magistrado, conforme lo he transcripto, ha dado razón de porque encontró reunidos los recaudos de procedencia y estas razones no han sido refutadas por el recurrente.

III.2. Es cierto que la medida importa un anticipo de la tutela judicial y que se confunde con el objeto de la pretensión principal, cual es que se garantice la distribución de agua potable al Sector Toma 2 de Mayo.

Tampoco escapan a mi entendimiento los reparos que se pueden presentar –en casos como este– en punto al adelanto de opinión o a la tacha de prejuzgamiento. Pero, en mi criterio, esto no se configura.

Nótese aquí que, si la respuesta judicial es debida, debe ser dada y no puede ser, por tanto, tachada de prematura: provocada la obligación de la respuesta judicial, ante una concreta petición de tratamiento impostergable, sus términos no pueden ser utilizados para fundar esta causal (de prejuzgamiento).

Es que, como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, no es posible que —so pretexto de incurrir en prejuzgamiento— un juez pueda denegar una medida cautelar, cuando la tutela no admite demora. Así sostuvo:

“...9. Que, ante tales afirmaciones, la alzada no podía desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuzgamiento, pues en ciertas ocasiones —como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa— existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, estudio que era particularmente necesario en el sub lite en razón de que el recurrente pretendía reparar —mediante esa vía— un agravio causado a la integridad física y psíquica tutelada por el artículo 5, inciso 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

10. Que ello resulta así pues es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones —en tanto dure el litigio— sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva.

11. Que, de considerarse admisible el único sustento dado por el a quo, la medida cautelar innovativa se convertiría en una mera apariencia jurídica sin sustento alguno real en las concretas circunstancias de la causa, habida cuenta de que toda presentación en tal carácter se

enfrentaría con el valladar del eventual prejuzgamiento del tribunal como impedimento para la hipotética resolución favorable al peticionario”.

“12. Que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie —según el grado de verosimilitud— los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado”⁵.

Y es pertinente aquí traer a colación la observación que se efectúa en la Exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 2000, en tanto se reconoce que es posible que “...la decisión sobre las medidas cautelares, antes de la demanda o ya en el seno del proceso, genere algunos prejuicios o impresiones en favor o en contra de la posición de una parte, que puedan influir en la sentencia...” pero al mismo tiempo considera: “...todos los Jueces y Magistrados están en condiciones de superar impresiones provisionales para ir atendiendo imparcialmente a las sucesivas pretensiones de las partes y para atenerse, en definitiva, a los hechos probados y al Derecho que haya de aplicarse...”⁶.

Sirva esto de respuesta al agravio relativo a que la decisión compromete la cuestión de fondo debatida en la causa y de prevención frente a los reparos que la decisión que aquí se adopta, pueda generar.

IV. Los reproches introducidos en orden a que no se ha tomado en cuenta el régimen legal aplicable al agua en el ejido de la ciudad de Neuquén, a la transgresión al principio de división de poderes y a la incompetencia del Juzgado civil en razón de la materia, tampoco se presentan como optativos de la decisión cautelar adoptada.

IV.1. En cuanto al régimen legal, tal como lo indica la recurrente, la Carta Orgánica Municipal prevé en su artículo 51 que “...La Municipalidad, a los efectos de mejorar y sostener la calidad de vida en el ejido, geográficamente desértico, implementará como parte del régimen ambiental, en coordinación con los organismos provinciales y nacionales competentes, políticas que garanticen y promuevan: 1) La captación, tratamiento y distribución del agua de acuerdo con sus diferentes usos, aplicando criterios racionales y tecnologías apropiadas...”.

Y debe señalarse, además, que entre las atribuciones y deberes del Intendente, se encuentra la de “...13) Administrar los bienes municipales, asegurar la adecuada prestación de los servicios públicos y la ejecución de las obras públicas, otorgar permisos y habilitaciones y ejercer el poder de policía en todos sus aspectos, de acuerdo con las normas vigentes (art. 85);

⁵ Cfr. CSJN, *Camacho Acosta c. Grafi Graf SRL y otros*.

⁶ Citado por Meroi, Andrea, en: *Imparcialidad del juez y medidas cautelares*.

el artículo 139 dispone que “Serán de competencia de la Municipalidad todos los servicios públicos que se presten en el ejido municipal, respetando las jurisdicciones reservadas a los Estados nacional y provincial y ejerciendo las facultades concurrentes cuando ello proceda.

En cuanto a los servicios esenciales, determina que “la Municipalidad asegurará la prestación, por sí o por terceros, de los servicios públicos esenciales” (art. 140), indicando que son deberes y derechos de todos los vecinos: “...Cuidar la salud y la educación como un bien social;...Vivir en un ambiente sano;...Acceder a los servicios públicos...” (art. 9).

El artículo 16 establece que es competencia municipal, sin perjuicio de las competencias contenidas en la Constitución provincial, “Ordenar y organizar el territorio; ejercer el poder de policía;...promover y asegurar el arraigo vecinal y familiar;...asistir a la familia en sus derechos y libertades;...promover y proteger la salud;...asegurar la prestación de servicios públicos domiciliarios básicos...”.

En este contexto y –tal como también lo introduce la recurrente– se dicta la Ordenanza 12.395 que en su primer artículo determina que “El servicio público objeto de la presente se define como el de captación, derivación, potabilización para el consumo humano, transporte, distribución, entrega y comercialización de agua potable; la recolección, transporte, tratamiento, disposición final y comercialización de las aguas servidas a través de los servicios de desagües cloacales, incluyéndose también aquellos efluentes industriales que las normas vigentes permiten que se viertan al sistema cloacal. Se considera la prestación del servicio como un “Derecho Humano”, en los términos y condiciones del presente Marco Regulatorio...”

Y, más allá de la remisión a todas sus disposiciones, quizás sea relevante destacar que el artículo 6, referido al concesionario dispone que: “...El concesionario deberá mantener permanentemente, extender y renovar, cuando fuere necesario, las redes o sistemas externos y prestar los servicios en las condiciones establecidas en el presente a todo inmueble habilitado comprendido dentro de las áreas servidas y de expansión, de acuerdo con lo establecido en los respectivos planes de mejoras y expansión de los servicios”; indica por su parte el artículo 12: “La autoridad de aplicación tiene como finalidad ejercer el poder de planeamiento, regulación y fiscalización. El objeto de la autoridad de aplicación es asegurar la calidad, continuidad y regularidad de los servicios, la protección de los usuarios y de la comunidad en general, la fiscalización y verificación del cumplimiento de las normas vigentes y del contrato de concesión...”

Y si bien es cierto que el efectivo cumplimiento del derecho al agua puede ser reclamado no sólo al Estado sino también a los concesionarios, en el caso de que los haya⁷, debe recordarse que, conforme lo expone Bielsa, la titularidad del servicio público le pertenece al Estado y que, con la concesión, solamente se delega la prestación del servicio, pero no la publicatio ya que el Estado conserva para sí el control de la prestación del servicio⁸. En sentido análogo indica Barra que la titularidad o competencia se mantiene en cabeza del Estado, a quien los particulares pueden hacer responsable por actos u omisiones del concesionario que afecten el núcleo central de la delegación, o sea la prestación en forma normal del servicio⁹.

En este contexto constitucional y normativo y, más allá de los cuestionamientos, relaciones y delimitaciones que pudieran efectuarse entre concedente y concesionario, no parece que, desde el análisis provisorio propio de esta instancia cautelar, el Municipio se presente ajeno a la garantía del acceso al agua por parte de las personas asentadas en la Toma (lo que involucra –acoto- a 300 familias, conforme surge del informe acompañado por el propio municipio y que obra en copia a fs. 13/14).

Esto determina, a su vez, que el agravio tocante a la errónea apreciación de los hechos se relativice a poco que se advierta, además, que el Estado Municipal ha sido co-demandado en esta causa.

IV.2. En cuanto a la cuestión de competencia, es claro que, habiéndose escogido la vía de la acción de amparo, son competentes los jueces de primera instancia¹⁰.

IV.3. A esta altura se puede vislumbrar que, si el agravio relativo a la transgresión al principio de división de poderes se finca en que la cautelar fue despachada sin haberse cumplido los recaudos procesales, su basamento cae.

En este mismo punto debo decir que es función central de la magistratura hacer efectivas las garantías constitucionales en los casos que se presentan a resolución y frente al requerimiento de parte: ante una concreta afectación a un derecho humano fundamental, los jueces deben acordar la protección prevista en la Constitución y esta tutela, cuando es impostergable y se encuentran –como en el caso- reunidos los recaudos para su procedencia, no puede ser denegada.

⁷ Cfr. PINTO, M., TORCHIA, N., LIBER, M., GONZÁLEZ DEL SOLAR, N., RUIZ FREITES, S., *op. cit.*

⁸ Cfr., *Derecho Administrativo*, T. 1, p. 309.

⁹ Cfr. “La concesión de obra y servicio público en el proceso de privatización”, *RDA*, Núm. 6, p. 33.

¹⁰ Cfr. reiterada y uniforme doctrina del TSJ, entre tantas otras, R.I. Núm. 954/93 in re *Nogués, Roberto s/acción de amparo* y R.I. Núm. 1324/96 in re *Beltrame Juan Carlos s/acción de amparo*; R.I. 2114/99 en autos: *Franzoni Santiago c/Municipalidad de San Martín de los Andes s/recurso de amparo*; R.I. 5057/05

Es que, como ha señalado la CSJN "...Ello es así, pues le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando está en juego el derecho a la vida y a la integridad física de las personas. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados (conf. causa citada precedentemente; Fallos: 328:1146)..."¹¹.

V. Por último, frente a la respuesta dada, quizás pierda virtualidad referirse al efecto con el cual fue conferido el recurso de apelación.

No obstante ello, entiendo conveniente poner acento en la misión tuitiva de los jueces en el proceso de amparo y, por consiguiente, destacar que la tutela rápida y expedita de los derechos humanos fundamentales, desde la perspectiva de los tratados internacionales, podría ser frustrada en su eficacia, si el recurso se concede con efecto suspensivo (argumento Fallos 316:479).

Es que "...debe repararse, por un lado, la función constitucional de la acción de amparo como garantía destinada a restablecer sin demora los derechos o garantías lesionados, restringidos o amenazados por actos u omisiones manifiestamente ilegales o arbitrarios. Y, por el otro, en el carácter propio de las medidas cautelares que las define como anticipo de jurisdicción, de finalidad esencialmente tuitiva, destinadas a preservar la efectividad del decisorio de mérito y cuya procedencia se encuentra condicionada a la verosimilitud del derecho invocado y al peligro en la demora... Asimismo ha de tenerse en cuenta el fundamental principio del ordenamiento jurídico conforme el cual las normas constitucionales posteriores importan la derogación de las leyes anteriores que se muestran verdaderamente incompatibles con el sistema establecido por aquellas... Esa incompatibilidad se presenta toda vez que la suspensión de los efectos de una medida cautelar adoptada con observancia de los recaudos antes aludidos, como consecuencia de la interposición de un recurso de apelación, no preserva debidamente la efectividad del decisorio de mérito y, en consecuencia, no protege adecuadamente los derechos y garantías presuntamente lesionados y en esa medida restringe la eficacia y operatividad del amparo" si las circunstancias concretas del caso así lo exigen- para adecuar la ley adjetiva a la garantía constitucional..."¹². En

¹¹ Fallos 330:4134.

¹² Conf. AMMIRATO, A. L., "El régimen procesal del amparo según la jurisprudencia del nuevo fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires", *Lexis*

igual sentido resolvió la Sala II. En el recurso de queja interpuesto in re Cohen Graciela c. G.C.B.A. s/ amparo, resolución del 13/12/2000 y en los autos "Giribaldi c. G.C.B.A. s/ amparo", res. del 7/2/2001).

(Sala I de la Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Neuquen en autos: Benitez Miriam y Otros contra Municipalidad de Neuquen y otro S/Inc. Apelacion Med Cautelar (expte. Núm. 31850/12).

Nexis", J.A., número especial de Derecho Procesal Constitucional, Septiembre 19/2001 p. 9. Donde el autor cita un precedente de la sala I, in re Asociación Vecinal Belgrano c. Manuel Belgrano y otros c. G.C.B.A. y otros s/ amparo, Expte. 21.

VIII. COLOMBIA: PÚBLICO Y PRIVADO EN EL ACCESO AL AGUA O LA PERSISTENTE DIFICULTAD DE LEER EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN CLAVE DE DERECHOS (Sentencia T-223/18 de la Corte Constitucional, de 7 de junio de 2018)

Guillermo Escobar Roca*

Planteamiento

Pese a su falta de reconocimiento expreso en la Constitución Política de Colombia, la Corte Constitucional, consolidando una tendencia iniciada en 2007, garantiza en la Sentencia T-223/18 el derecho al agua como derecho fundamental de prestación. En el caso, se produce una omisión absoluta de prestación (falta de suministro o servicio de acueducto en una vivienda), que carece de justificación, y que debe ser otorgada por la Administración municipal. Sin embargo, el fallo deja demasiado margen a la discrecionalidad administrativa en dicho otorgamiento y la argumentación adolece de un análisis poco exigente del Derecho administrativo prestacional. En mi opinión, cuando la normativa administrativa no está escrita en clave de derechos, como es el caso, resulta más correcto utilizar la figura de la inconstitucionalidad por omisión, para evitar que la violación del derecho se reitere en el futuro.

1. Los hechos y la respuesta inicial de la justicia ordinaria

Por definición, los derechos deben cumplirse por sus obligados, y si no es así, sus titulares disponen de una garantía judicial para lograr dicho cumplimiento. La acción de tutela, prevista en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia (en adelante, CPC), permite a “toda persona” reclamar ante cualquier juez, “mediante un procedimiento preferente y sumario [...] la protección inmediata de sus derechos

* Director del Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica y Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Alcalá.

constitucionales fundamentales”¹, cuando estos “resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”, de prestadores de servicio público o de particulares (en este tercer supuesto, solo en casos de afectación grave y directa al interés colectivo o de subordinación o indefensión del titular del derecho), consistiendo la garantía judicial (el fallo debe dictarse en diez días) en una orden de actuación o de abstención.

La acción de tutela, sin embargo, solo procede “cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. En el caso analizado, este problema no se discutió, pues el juez ordinario aceptó esta vía procesal, aunque bien pudo haberla rechazado con la excusa de que debió haberse acudido a un proceso contencioso administrativo ordinario.

Veamos en síntesis los hechos y el desarrollo de la acción de tutela en la jurisdicción ordinaria. Una familia disfruta desde hace diez años del suministro de agua en su vivienda, al parecer sin que la conexión estuviera legalizada y sin pagar por ella. Aguas del Tequendama, empresa que suministra el servicio en esa área, descubre este hecho durante unas obras, y suspende el servicio sin previo aviso. La familia se queja al personero municipal², quien entabla acción de tutela ante el juez ordinario

¹ La Constitución clasifica los “derechos” del título II en “derechos fundamentales” (capítulo 1), “derechos económicos, sociales y culturales” (capítulo 2) y “derechos colectivos y del ambiente” (capítulo 3). Seguidamente, al hablar de “la protección y aplicación de los derechos”, prevé, entre otros mecanismos, la acción de tutela (llamada amparo en otros países), a favor de los “derechos constitucionales fundamentales” y la acción popular, a favor de “los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza” y contra “los daños ocasionados a un número plural de personas”. Podría pensarse que la tutela protege solo los derechos del capítulo I (pues las denominaciones coinciden); sin embargo, la Corte ha optado por una interpretación diferente del concepto “derechos fundamentales”, entendiendo por tales no solo los enumerados en el capítulo I sino también “(i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo” (T-760 de 2008).

² Los personeros municipales están previstos en el art. 118 CPC, dentro del Ministerio Público. La CPC solo señala sobre ellos que son elegidos por el concejo. Sus funciones se encuentran en el art. 178 de la Ley 136/1994, y entre ellas figuran las siguientes: “intervenir eventualmente y por delegación del Procurador General de la Nación en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales”, “exigir a los funcionarios públicos municipales la información necesaria y oportuna para el cumplimiento de sus funciones”, “divulgar los derechos humanos y orientar e instruir a los habitantes del municipio en el ejercicio de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado”, “cooperar en el desarrollo de

contra Aguas del Tequendama. El Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de la Mesa la admite a trámite, pero la desestima³, por considerar que la empresa no estaba obligada al suministro del agua “toda vez que el inmueble se encuentra por fuera del perímetro de su competencia y no es un predio sirviente del paso de la tubería”. Sin embargo, el juez considera que “el municipio es la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de agua” y requiere a la familia y al personero a que inicien “las gestiones pertinentes ante la Alcaldía del municipio de Tena y/o las empresas prestadoras del servicio público del agua en donde se encuentra ubicado el predio, con el fin de obtener la conexión que permitiera el acceso al recurso”. Como se advierte, la sentencia no es clara en la determinación de quién está obligado al suministro. La sentencia del Juzgado Promiscuo es revisada por la Corte Constitucional⁴, quien resuelve el caso en la sentencia que ahora comento.

2. El agua como derecho fundamental

La Corte comienza distinguiendo entre el agua como derecho fundamental (acción de tutela) y como derecho colectivo (acción popular); se trata de una diferenciación no muy correcta en términos dogmáticos (más bien el derecho es único, aunque pueda protegerse en vías alternativas) pero que podemos entender por motivos procesales. Luego se plantea la cuestión de la subsidiariedad de la tutela, lo que parece innecesario, pues esta acción ya fue admitida por el Juzgado Promiscuo y la Corte Constitucional no tiene la obligación de explicar de nuevo, al menos con tanto detalle, por qué admite la revisión. Pero vayamos ya a la cuestión de fondo.

El agua no figura en el catálogo de los derechos de la CPC. La CPC solo se refiere al agua, dentro del título XII (“Del régimen económico y de

las políticas y orientaciones propuestas por el Defensor del Pueblo en el territorio municipal” e “interponer por delegación del Defensor del Pueblo las acciones de tutela en nombre de cualquier persona que lo solicite o se encuentre en situación de indefensión”. La Corte Constitucional establece cuatro requisitos de la legitimación procesal de los personeros: la indefensión de la persona o grupo afectado, la solicitud de mediación (no cabe de oficio), la individualización o determinación de los afectados, y una argumentación sobre la afectación a derechos fundamentales.

³ El lector español se sorprende gratamente de la celeridad de la justicia colombiana: la acción se presenta el 31 de agosto y la sentencia se dicta el 14 de septiembre.

⁴ Interesa mencionar una particularidad del Derecho procesal constitucional colombiano: las sentencias que desestiman acciones de tutela son enviadas de oficio a la Corte Constitucional, quien decide discrecionalmente su revisión, estableciéndose para ello una Sala de Selección de Tutelas, compuesta cada una por dos magistrados, designados mensualmente de forma rotatoria y por sorteo. Nuevamente, nos congratulamos de la celeridad (en comparación con la Justicia española, mucho más lenta): la revisión de la sentencia de 14 de septiembre se decide el 15 de diciembre y la Sentencia de la Corte se dicta el 7 de junio.

la Hacienda Pública”), capítulo V (“De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos”), en su artículo 366, según el cual “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable”. Sin embargo, al menos desde 2007, la Corte ha reconocido un derecho fundamental al agua⁵. Se trata a mi juicio de la creación jurisprudencial de un nuevo derecho, que podríamos denominar transversal⁶, en tanto se deduce de otras figuras, como la salud (art. 49) o la alimentación⁷, construido “por abajo”⁸, en tanto el agua es presupuesto de ambas, y quizás también de alguna otra. La creación judicial de derechos o interpretación evolutiva de la Constitución, pese a resultar discutible en términos democráticos, puede ser aceptada por razones prácticas (pues redundaría en el progreso de los derechos), siempre que se argumente bien. En este sentido, la Corte razona correctamente, pues además de buscar la incardinación del “nuevo derecho” en figuras expresamente reconocidas⁹, que es obvia (es claro que sin agua no hay salud y que alimentarse incluye beber) y no requiere mayor desarrollo¹⁰, añade dos argumentos más, ambos de naturaleza sistemática: interna o por conexión con el principio constitucional de dignidad (arts. 1 y 42), y, más clara y detalladamente, externa, mediante el Derecho internacional¹¹. Este último criterio de interpretación resulta además obligado por el artículo 93 CPC, que señala: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se

⁵ Por todos, SUTORIUS, M. y RODRÍGUEZ, S., “La fundamentalidad del derecho al agua en Colombia”, *Revista de Derecho del Estado*, Núm. 35, 2015.

⁶ ESCOBAR ROCA, G., *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 467-469.

⁷ Téngase en cuenta no obstante que la alimentación solo se reconoce como derechos expreso a la niñez (art. 44).

⁸ ESCOBAR ROCA, G., *Nuevos derechos y garantías de los derechos*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 36-37.

⁹ Estrictamente, no habría sido necesario, pues el catálogo colombiano, a diferencia del español, es abierto: según el art. 94 CPC, “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

¹⁰ *Vid.*, no obstante, GARCÍA, A., *El derecho humano al agua*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 24 y ss.

¹¹ La Sentencia cita tres convenciones sobre grupos específicos y, como *soft law*, la Conferencia de Naciones Unidas sobre el agua de 1977 y sobre todo la importante Observación General Núm. 15 (2002), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Para más detalles sobre el derecho al agua en el Derecho internacional, *vid.* ESCOBAR ROCA, G. (dir.), *Derecho al agua. XII Informe sobre derechos humanos de la Federación Iberoamericana del Ombudsman*, Trama, Madrid, 2015, pp. 23 y ss.

interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

Una vez sentado que el derecho al agua es un derecho fundamental, al no encontrarse regulado de forma específica en una ley de desarrollo, se hace preciso definirlo mínimamente, para saber de qué estamos hablando. La Corte establece aquí tres componentes del derecho, que intentaré reconstruir de una forma dogmáticamente más clara:

a) Su titularidad universal, que parece poco discutible.

b) Su carácter “inalterable, ya que en ningún momento puede reducirse o modificarse más allá de los topes biológicos”. Aquí la tesis no es clara y parece contradecir la tendencia progresiva de los derechos, como si el contenido del derecho al agua fuera demasiado “mínimo” (solo la cantidad y calidad de agua necesaria para la vida o la salud) y no pudiera ampliarse en el futuro. De otro lado, parece apuntarse a un contenido esencial en sentido absoluto, es decir, no susceptible de intervención alguna; en otras palabras, nada puede justificar la omisión en la prestación de este derecho.

c) Su carácter objetivo, “puesto que no tiene que ver con la percepción subjetiva del mundo o de subsistencia, sino que se instituye como una condición ineludible de subsistencia para cada una de las personas que integran el conglomerado social”. Correctamente, la Corte viene así a señalar que la determinación de la prestación exigida no depende de las circunstancias subjetivas de sus titulares, lo que sin duda redundará a favor de la seguridad jurídica.

Si bien el derecho al agua ha sido configurado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas como de estructura compleja, destaca claramente su faceta prestacional. Parece claro que el agua es, ante todo, el derecho a que los obligados (después veremos quiénes) suministren a sus titulares (toda persona) este recurso, y lo hagan en unas determinadas condiciones, bastante desarrolladas por el *soft law* internacional, y que no es momento de recordar aquí¹².

3. ¿Pero quién debe cumplir con el derecho al agua?

En el caso, la cuestión clave es determinar quién es el obligado al suministro. La Corte comienza señalando las obligaciones constitucionales del Estado (en sentido amplio, como sinónimo de poderes públicos), mediante la interpretación conjunta de los artículos 311, 314.3,

¹² P. ej., GARCÍA, A., “El derecho al agua”, en NOGUERA FERNÁNDEZ, A. y GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. (dirs.), *Lecciones sobre Estado social y derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 617 y ss. Recientemente, CALVETE MORENO, A., “El derecho humano al agua”, en TORNOS MAS, J. (coord.), *El servicio de suministro de agua en España, Francia e Italia*, Iustel, Madrid, 2018.

365 y 366 CPC, de los cuales se deduce el deber de los municipios de prestar ese suministro.

Un problema importante y poco estudiado por la dogmática de los derechos es cómo articular las obligaciones administrativas de cumplimiento de los derechos fundamentales y el principio de vinculación positiva de la Administración a la ley (que entiendo en sentido material¹³), según el cual la Administración solo puede hacer aquello que la ley previamente le indica. Obviamente, la solución pasa por entender implícito a todos los derechos de prestación (y a la faceta prestacional de los derechos de defensa) un deber estatal de legislar, pero esta vía se enfrenta a un nuevo escollo: los mecanismos procesales para obligar al Parlamento (o al Gobierno, si no existe reserva de ley) a legislar, que no siempre existen¹⁴.

Por tanto, en el caso, el legislador debe concretar la obligación constitucional de los municipios de suministro de agua, es decir, transformar un deber genérico en obligaciones específicas. Al respecto, el artículo 5 de la Ley 142/1994, dispone que los municipios deben “asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, y telefonía básica conmutada, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio”. Tras la lectura del precepto, la Corte reitera que “el Estado tiene la función de asegurar la prestación del servicio público de acueducto por mandato constitucional y que, en primera medida, dicha responsabilidad recae en los municipios”.

Ahora bien, si continuamos buceando en el Derecho administrativo, nos llevamos un jarro de agua fría. En el desarrollo reglamentario de la ley citada (Decreto 302/2000), la obligación municipal misteriosamente se diluye, pues para la conexión al servicio el inmueble debe encontrarse en una zona donde existan redes de alcantarillado o acueducto (art. 7) y la entidad prestadora del servicio (que puede ser privada) “podrá” encargarse de las obras necesarias a cambio de un pago (arts. 8 y 10). Como se advierte, al final el Derecho administrativo se olvida de la obligación constitucional y la perspectiva de derechos desaparece. Así viene a afirmarlo la Corte: “las dudas acerca de la determinación de las obligaciones de los distintos actores vinculados a la garantía del derecho

¹³ Al menos en España: *El Derecho, entre el poder y la justicia. Una introducción crítica al sistema jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 190-191.

¹⁴ En su análisis del Derecho colombiano, V. BAZÁN concluye que existe acción contra la omisión absoluta de la Administración, no así contra la omisión absoluta del Parlamento; en todo caso, siempre cabe el control contra las omisiones relativas: *Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales*, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2014, pp. 772-774.

al agua son más difíciles de despejar cuando no existe la infraestructura propia del servicio público, pues no hay, en tal escenario, normas que establezcan claramente esas responsabilidades, lo que en alguna medida se debe a que este derecho no fue incluido expresamente en el texto constitucional y no ha sido regulado en una ley estatutaria, y en esa faceta su contenido es de carácter programático”. Parece existir entonces un doble lenguaje, el Derecho constitucional (el municipio “debe”) y el Derecho administrativo (las empresas concesionarias “pueden”), que parecen incompatibles. Sin embargo, la Corte insiste: “el derecho fundamental al agua potable es exigible incluso cuando no existe servicio de acueducto, toda vez que la categoría de fundamental implica su universalidad, y está ligada a la necesidad vital que constituye para cualquier persona obtener el recurso hídrico apto para el consumo. En consecuencia, la satisfacción de esta necesidad básica no está supeditada al cumplimiento de determinados parámetros técnicos”. Y añade, en coherencia con el carácter “inalterable” del derecho: “si no se cumplen los requerimientos legales para obtener la conexión al acueducto, ello de ninguna manera implica la exoneración del deber de garantizar el derecho fundamental al agua”.

Sin embargo, a partir de aquí, la Corte retrocede. No se atreve a declarar la inconstitucionalidad del Decreto 302/2000 (que a mi entender habría sido lo más coherente) ni a imponer un deber municipal de conexión al suministro: “tampoco es posible ordenar, en principio, la construcción del acueducto”. Aunque no se dice, seguramente tras este paso atrás se encuentra la dificultad de muchos municipios de encarar este gasto. Ahora bien, existe una contradicción, pues no cabe, de un lado, afirmar que existe un derecho, y por tanto una obligación, de suministro y, de otro, dar por válido el Decreto 302/2000, que en la práctica viene a afirmar lo contrario, esto es, una habilitación discrecional de las empresas concesionarias.

La Corte no se atreve a imponer nuevas obligaciones a las empresas (y aquí seguramente tiene razón, pues estas deben cumplir lo pactado en el contrato y nada más) pero tampoco a aumentar el gasto municipal. Entonces, ¿quién es el responsable del suministro? Si no existe un responsable, el derecho al agua es una farsa. La Sentencia no es muy coherente pues no resuelve con claridad quién es el responsable. Para enredar más la cuestión, concluye su argumentación “general” añadiendo a los acueductos comunitarios (léase, auto-gestionados o, más claramente: que los ciudadanos se organicen y se paguen su agua): “los acueductos comunitarios también están obligados, al igual que las empresas prestadoras del servicio [¿pero no eran los municipios?, GER], a garantizar un mínimo de agua apto para consumo humano a las personas”.

Veamos cómo la Corte sale del embrollo en la parte final, titulada “caso concreto”. Comienza afirmando que se vulneró el derecho al agua de la familia, cuando esta tesis debió ser la conclusión de una argumentación previa, no su premisa. De haberse seguido los pasos, dogmáticamente establecidos, de análisis de las intervenciones (que no vulneraciones) sobre los derechos¹⁵, la Sentencia habría ganado en calidad y claridad.

Por fin, ya casi al final, la Corte no tiene más remedio que afrontar la pregunta clave del caso: quién es el responsable. No lo es Aguas del Tequendama pues su contrato no incluye el suministro en la zona del inmueble de la familia afectada: correcto, pues (insisto) lógicamente no se pueden imponer a una empresa privada obligaciones fuera de su contrato. Por suerte, ahora el acueducto comunitario desaparece. Luego, no queda otra que atribuir la responsabilidad al municipio.

4. El fallo o la espera de un Derecho administrativo constitucionalizado

Si los derechos no son cumplidos por sus obligados, se ponen en marcha sus garantías, en este caso las judiciales. Los derechos sociales de prestación, en tanto asociados por definición a la satisfacción de necesidades básicas de las personas, requieren por lo general remedios rápidos. Aunque la justicia colombiana (en comparación con mi país) es ejemplar (si bien no se precisa la fecha de la queja al personero, este actúa el 16 de febrero de 2017 y la Sentencia de la Corte es de 7 de junio de 2018), la solución al problema real y concreto de la familia afectada es algo tardía pero tiene la virtualidad (dando por hecho que los jueces colombianos, o al menos los abogados que litigan ante ellos, leen a la Corte Constitucional) de ayudar a que en el futuro sea la primera instancia quien dicte una sentencia de estas características.

Todavía una parte significativa de la doctrina se opone a la justiciabilidad de los derechos sociales, entre otros motivos, por el poder excesivo que se otorga a los jueces y la ruptura del equilibrio de poderes que ello implica. No es este el momento de responder a esta crítica, que he desarrollado en ocasiones anteriores¹⁶, bastando con recordar que la tesis contraria a la justiciabilidad tiene una pequeña parte de razón, añadiendo ahora la conveniencia de ir pensando en una lógica no de oposición entre poderes (judicial y ejecutivo en este caso) sino de colaboración entre ellos, desde un mínimo respeto a la discrecionalidad administrativa. De hecho, la fase procesal de ejecución de sentencia puede ser vista como una cierta forma de diálogo o colaboración.

¹⁵ *Derechos sociales...*, cit., pp. 603 y ss.

¹⁶ *Derechos sociales...*, cit., pp. 298 y ss.

En su fallo, la Corte dicta tres medidas contra la Alcaldía de Tena:

a) La Alcaldía, en 48 horas, debe “realizar una visita al inmueble y establecer cuál es la situación socio económica actual del núcleo familiar y sus necesidades básicas en términos de escasez de agua potable, con el fin de determinar la cantidad de agua a suministrar”. Correctamente, antes de adoptar una medida, la Administración debe conocer las circunstancias fácticas del problema a solucionar.

b) La Alcaldía, en 72 horas, debe suministrar agua a la familia, con carácter provisional, se entiende. Si no se construye el acueducto, puede haber problemas de ejecución del fallo, y la Sentencia debió ser más imaginativa, proponiendo soluciones (si el acueducto no se construye, no parece haber otra fórmula que el transporte del agua).

c) La Alcaldía, en el plazo de un año, debe formular y ejecutar un “proyecto de soluciones alternativas [...] que brinde una solución definitiva al problema de escasez y calidad de agua del núcleo familiar. Para ello, la Alcaldía podrá elegir la alternativa que mejor considere para la provisión del recurso, la cual puede incluir la provisión del servicio a través de asociaciones de usuarios que prestan el servicio de acueducto en las zonas rurales de ese municipio”. Aunque el plazo de un año parece excesivo, se respeta un amplio margen de discrecionalidad administrativa, aunque a mi juicio de manera poco afortunada, pues solo pone un ejemplo de cómo podría realizarse el suministro... justamente el que no cuesta dinero ni al municipio ni a la empresa.

Un último apunte sobre la aplicación directa de los derechos fundamentales de prestación. Por definición, los derechos fundamentales son de aplicación directa, esto es, sin necesidad de desarrollo legislativo. No obstante, el artículo 85 CPC introduce una bipartición en el catálogo de los derechos, pues unos son de “aplicación inmediata” y de los demás nada se dice (*sensu contrario*, parecen ser de aplicación mediata¹⁷, quizás inmediata cuando lo diga el legislador o cuando transcurra un cierto tiempo); como el agua no figura expresamente en el catálogo, no sabemos si este derecho es de aplicación inmediata o mediata (depende de la *sedes materia* donde se inserte, y aquí la Corte utiliza varias), pero la Sentencia que comento, casi de pasada y como si no fuera la cosa, afirma literalmente que se trata de un derecho de aplicación “inmediata”. Ahora bien, la Corte no se atreve a declarar la inconstitucionalidad por omisión (relativa) de la normativa administrativa aplicable, esto es, a agarrar el toro por los cuernos. Cuando obliga al municipio a realizar el suministro (no sabemos cómo), señala: “de conformidad con lo dispuesto en el Decreto

¹⁷ Entre los no citados como de “aplicación inmediata” figuran la paz, el trabajo, la no extradición, el asilo, la asociación y la libertad sindical y todos los contenidos en los capítulos 2 y 3.

1898 de 2016". La Sentencia se limita al caso concreto y no pone en marcha el mecanismo, típicamente colombiano, del "estado de cosas inconstitucional". Sin llegar a tanto, bien podría haber realizado un análisis de la normativa administrativa desde una perspectiva de derechos¹⁸, que hubiera llevado a concluir bien una declaración de inconstitucionalidad por omisión bien una interpretación, aunque forzada, constitucionalmente conforme de dicha normativa. En definitiva, parece que la lógica de los derechos no acaba de penetrar en la lógica del Derecho administrativo: toda una tarea pendiente para la dogmática y jurisprudencia del inmediato futuro.

Conclusión

Los vaivenes y enredos de la Sentencia podían a mi juicio haberse evitado si reconstruimos su argumentación en tres tesis (y así además la Sentencia habría cabido en la mitad de páginas):

- 1) Tesis general de doctrina de los derechos:
 - a) El derecho al agua incluye el suministro de agua en la vivienda.
 - b) El suministro de agua en la vivienda es contenido esencial del derecho al agua. Esto es, la falta de suministro de agua en la vivienda nunca puede ser justificada (p. ej., con la excusa de conexión ilegal, lejanía del acueducto, falta de recursos o exclusión de la zona del contrato con la empresa concesionaria).
 - c) En caso de que las empresas concesionarias no realicen el suministro, debe hacerlo el municipio.
- 2) Tesis general de garantía de los derechos:
 - a) Los jueces deben garantizar el cumplimiento de los derechos, inclusive de prestación.
 - b) Si el municipio no cumple con su obligación de suministro, esta obligación puede reclamarse en vía judicial.
 - c) Los jueces deben imponer al municipio el suministro.
- 3) Aplicación de las tesis generales al caso concreto:

¹⁸ El Decreto 1898 sigue la lógica tradicional del Derecho administrativo, configurando obligaciones de la Administración municipal sin derechos correlativos ni garantías concretas y precisas para el caso de incumplimiento de tales obligaciones. Es más, abre la puerta a que el municipio se evada del mandato que, recordemos, es constitucional: "En caso de que el municipio o distrito identifique razones técnicas, operativas o socioeconómicas que impidan la prestación mediante sistemas de acueducto, alcantarillado o el servicio de aseo en los centros poblados rurales, se podrá implementar lo dispuesto en la sección 3 del presente capítulo". Pues bien, la sección 3 habla de "soluciones alternativas", centradas en la iniciativa social y que pueden ser financiadas (o no) por la Administración. La desaparición del agua como derecho fundamental es evidente.

- a) La familia carece de suministro de agua en su vivienda (intervención = vulneración).
- b) El municipio debe suministrar el agua a la familia.
- c) Como el municipio no lo hizo, el juez debe imponérselo.

En cuanto a la perspectiva de derechos en el Derecho administrativo:

- a) Según la Constitución, los derechos sociales de prestación deben ser cumplidos por la Administración.
- b) La Administración debe actuar si el Derecho administrativo (leyes o reglamentos) obliga a ello.
- c) Si ni las leyes ni los reglamentos concretan las obligaciones de actuación de la Administración de cumplimiento de los derechos sociales de prestación, entonces se produce una inconstitucionalidad por omisión.
- d) En caso de inconstitucionalidad por omisión, los jueces deben obligar al legislador o a la Administración a dictar la normativa necesaria para el cumplimiento de los derechos sociales de prestación.

IX. SISTEMA INTERAMERICANO: 30 AÑOS DEL PROTOCOLO SAN SALVADOR. BALANCE Y PERSPECTIVAS

Christian Courtis*

Introducción

Este año 2018 marca el trigésimo aniversario de la adopción del Protocolo de San Salvador – Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. La presente nota presenta los puntos altos y bajos de la trayectoria del Protocolo de San Salvador, e identifica algunos desafíos y oportunidades que merecen mayor exploración por parte de organizaciones de la sociedad civil, instituciones nacionales de derechos humanos y otros actores preocupados por la plena efectividad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en la región.

1. Rasgos generales del Protocolo de San Salvador

El Protocolo de San Salvador fue adoptado el 19 de noviembre de 1988, como instrumento complementario a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales¹.

Del solo examen de su articulado resulta evidente que su fuente directa ha sido el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC): la redacción de las obligaciones generales y una gran parte de los derechos incluidos en ambos tratados coinciden².

Hay, sin embargo, algunas diferencias importantes entre ambos. Amén de algunas diferencias en el contenido concreto de varios derechos³,

* OACNUDH-Nueva York

¹ *Vid.*, en general, ZERBINI R. LEÃO, R., *La Construcción Jurisprudencial de los Sistemas Europeo e Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, cap. V a).

² Basta comparar, por ejemplo, el artículo 2.1 del PIDESC y artículo 1 del Protocolo de San Salvador, o bien el orden y el contenido de los artículos 6, 7, 8 y 9 de ambos instrumentos.

³ Por ejemplo, la redacción del Protocolo de San Salvador es más completa y emplea un lenguaje más actualizado en materia de derecho a la seguridad social (art. 9) y derecho a

el Protocolo de San Salvador incluye algunos derechos no mencionados por el PIDESC: el derecho a un medio ambiente sano (artículo 11), los derechos de los niños (artículo 16), de los adultos mayores (artículo 17) y de las personas con discapacidad (artículo 18)⁴.

Otra diferencia importante entre el Protocolo de San Salvador y el PIDESC se registra en materia de mecanismos de supervisión y protección. Si bien ambos instrumentos coinciden en establecer un sistema de examen de informes periódicos de los Estados partes, el Protocolo reconoce además en su propio texto la justiciabilidad internacional de dos derechos – solución no prevista en el PIDESC. En efecto, el Protocolo de San Salvador hace justiciables a través del procedimiento de peticiones individuales diseñado por la Convención Americana de Derechos Humanos – es decir, denuncia ante la Comisión Interamericana y posterior juicio ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos – la libertad sindical y el derecho a la educación⁵.

Al momento de adopción del Protocolo de San Salvador no existía un mecanismo de quejas que permitiera acudir al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) ante alegadas violaciones de los derechos contenidos en ese instrumento. Esta carencia fue subsanada por la adopción, en 2008, del Protocolo Facultativo al PIDESC⁶. Cabe recordar que en el caso del Protocolo Facultativo al PIDESC la competencia del Comité DESC no está limitada a la libertad sindical y al derecho a la educación, sino que abarca la lista completa de derechos del PIDESC. Es decir que lo que – al momento de la adopción del Protocolo de San Salvador – constituyó un avance en comparación con el PIDESC, ha sido superado por la protección ofrecida por el Protocolo Facultativo al

la salud (art. 10). En materia de derecho a la educación el Protocolo agrega una referencia al derecho a la educación de las personas con discapacidad (art. 13.3.e), que paradójicamente ha quedado desactualizado tanto en términos de lenguaje como de contenido en relación con la más reciente Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada en 2006.

⁴ Aunque en los casos de los derechos de los adultos mayores y de las personas con discapacidad el lenguaje usado está desactualizado con respecto a instrumentos más recientes como la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada en 2015, y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada en 2006. El artículo 17 del Protocolo de San Salvador habla de “protección de los ancianos” y el artículo 18 de “protección de los minusválidos”.

⁵ Cfr. Protocolo de San Salvador, art. 19.6

⁶ *Vid.*, en general, COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS-IIDH, *Comentario del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Ginebra-San José: CIJ-IIDH, 2008; SALAMERO TEIXIDÓ, L., *La protección de los derechos sociales en el ámbito de Naciones Unidas. El nuevo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Madrid: Civitas, 2012.

PIDESC, en la hipótesis de que un mismo Estado haya ratificado ambos instrumentos⁷.

Por otro lado, hay pese a tratarse de un instrumento más antiguo, el PIDESC reconoce algunos derechos no mencionados por el Protocolo de San Salvador. Así, por ejemplo, el Protocolo de San Salvador no reconoce explícitamente un derecho a un nivel de vida adecuado, mientras que el PIDESC se refiere a ese derecho en su artículo 11.1, mencionando explícitamente algunos elementos que lo componen – entre ellos, la vivienda y el vestido. A partir de esta cláusula, el Comité DESC ha desarrollado extensamente el contenido del derecho a la vivienda, a través de dos observaciones generales⁸, empleadas frecuentemente como base para el examen de informes periódicos estatales y como guía de su jurisprudencia en casos tramitados bajo el Protocolo Facultativo al PIDESC⁹. Además, el Comité ha interpretado que la lista de elementos componentes del derecho a un nivel de vida adecuado, incluida en el artículo 11.1 del PIDESC, no es exhaustiva, y en consecuencia ha derivado de ese derecho, entre otros, los derechos al agua y al saneamiento¹⁰.

En síntesis, gran parte del contenido del Protocolo de San Salvador estaba ya reconocido por el PIDESC, con algunas pocas innovaciones a favor del Protocolo de San Salvador. Hay además algunas hipótesis en las que el PIDESC y su Protocolo Facultativo ofrecen un contenido y mecanismos de protección más extensos que el Protocolo de San Salvador.

2. Demoras en la entrada en vigor y en la puesta en marcha del mecanismo de informes

Pese a su adopción en 1988, el Protocolo de San Salvador fue afectado por circunstancias que demoraron su entrada en vigor y su plena efectividad – hechos que reflejan una cierta desidia de los Estados de la región respecto de este instrumento. El número de ratificaciones necesarias para la

⁷ Cabe subrayar, sin embargo, la diferente naturaleza de ambos procedimientos: mientras el sistema de peticiones individuales de la Convención Americana al que remite el Protocolo de San Salvador en los casos alegadas violaciones a la libertad sindical o al derecho a la educación es de carácter judicial, el procedimiento de quejas ante el Comité DESC reviste carácter cuasi-judicial.

⁸ Vid., COMITÉ DESC, *Observación General Núm. 4, El derecho a una vivienda adecuada* [párrafo 1 del artículo 11 del Pacto] (1991), E/1992/23, pág. 3, y *Observación General Núm. 7, El derecho a una vivienda adecuada* [párrafo 1 del artículo 11 del Pacto]: los desalojos forzosos (1997), E/1999/22.

⁹ Vid., COMITÉ DESC, *Caso I.D.G. vs. España*, dictamen del 17 de junio de 2015, y *Caso Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili vs. España*, dictamen del 20 de junio de 2017.

¹⁰ Vid., COMITÉ DESC, *Observación General Núm. 15, El derecho al agua* (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) (2002), E/C.12/2002/11, pág. 3.

entrada en vigor solo se reunió el 16 de noviembre de 1999, es decir, once años después de la adopción.

Aun entrado en vigor, el establecimiento del mecanismo de supervisión a través del examen de informes periódicos estatales establecido por el Protocolo, y de los respectivos parámetros para la elaboración de esos informes periódicos, tomó más de 10 años. En efecto, recién en junio de 2005 la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos aprobó las normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo¹¹. En 2007 la Asamblea General de la OEA estableció la composición y el funcionamiento Grupo de Trabajo. En 2008, en cumplimiento del mandato de la Asamblea General, la Comisión Interamericana de DDHH diseñó un marco conceptual para la elaboración de indicadores de progreso¹². La plena integración y entrada en funciones del Grupo de Trabajo, sin embargo, demoró hasta 2010 en concretarse.

Como veremos, tampoco el reconocimiento de la posibilidad de que los órganos del sistema regional de derechos humanos consideren alegadas violaciones sobre la libertad sindical y el derecho a la educación generó mayor entusiasmo por parte de las organizaciones de la sociedad civil. La primera decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre una violación al Protocolo de San Salvador se produjo solo en 2015, es decir, 16 años después de su entrada en vigor.

3. El impulso producido por la labor del Grupo de Trabajo: la elaboración de indicadores y la presentación de informes periódicos estatales

El mencionado período inicial de demoras fue superado por el deliberado impulso que tomó el Protocolo de San Salvador una vez que entró en funciones el Grupo de Trabajo, a partir de marzo del 2010.

Aun aquejado por una falta crónica de financiamiento, el mecanismo, compuesto por expertos gubernamentales, expertos independientes y representantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, avanzó decididamente en la elaboración de los indicadores de progreso para la confección de informes, concretada en dos agrupamientos de derechos¹³, y en el diálogo con los Estados partes para

¹¹ *Vid.*, OEA, AG/RES. 2074 (XXXV-0/05), *Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador*.

¹² *Vid.*, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser.L/V/II.132 Doc. 14, 19 julio 2008.

¹³ *Vid.*, OEA, Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral, *Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador*, Documento definitivo elaborado por el Grupo de Trabajo para el análisis de los informes nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador en cumplimiento del mandato previsto en la

consensuar los indicadores, impulsar la presentación de los informes periódicos y su revisión por el propio Grupo de Trabajo.

Se trata, sin duda, del aporte conceptual y práctico más trascendente generado a partir del Protocolo de San Salvador. Vale la pena detenerse para comentar las características más relevantes de la elaboración de los indicadores de seguimiento llevada a cabo por el Grupo de Trabajo.

Un desafío al que se enfrentaba el Grupo de Trabajo radica en el hecho de que todos los Estados partes del Protocolo de San Salvador son a la vez Estados partes del PIDESC¹⁴. Dada la ya mencionada coincidencia material, y el hecho de que ambos instrumentos prescriban la presentación de informes periódicos a los Estados partes, existía el riesgo de duplicación de los informes periódicos sin mayor valor añadido. Consciente del desafío y previendo ese riesgo, la Asamblea General de la OEA, en la resolución que adoptó las normas para la confección de los informes periódicos previstos por el Protocolo, estableció la necesidad de evitar “una repetición del sistema previsto en el contexto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”¹⁵.

La solución propuesta por la Comisión Interamericana, desarrollada por el Grupo de Trabajo y adoptada finalmente por la Asamblea General de la OEA consistió en la elaboración de un marco conceptual a partir del cual se generaron dos agrupamientos de indicadores de progreso en materia de realización de los derechos, dedicados, respectivamente, a los derechos a la salud, a la seguridad social y a la educación (primer agrupamiento), y a los derechos laborales, derecho a la alimentación, derecho al medio ambiente sano y derechos culturales (segundo agrupamiento). Subrayo aquí las notas de mayor originalidad de los indicadores elaborados por el Grupo de Trabajo.

Resolución AG/RES 2582 (XL-0-10) y AG/ RES 2666 (XLI-0/11), OEA/Ser.L/XXV.2.1 GT/PSS/doc.2/11 rev.2, 16 diciembre 2011 (primer agrupamiento de derechos), e *Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador. Segundo agrupamiento de derechos*, Documento definitivo elaborado por el Grupo de Trabajo para el análisis de los informes nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador en cumplimiento del mandato previsto en la Resolución AG/RES 2582 (XL-0-10) y AG/RES 2666 (XLI-0/11), AG/RES. 2713 (XLII-0/12) y AG/RES. 2798 (XLIII-0/13) luego del período de consulta elevado a los Estados y a la sociedad civil, que tuvo lugar desde el 3 de diciembre 2012 al 30 de septiembre 2013, OEA/Ser.L/XXV.2.1 GT/PSS/doc.9/13, 5 noviembre 2013.

¹⁴ Se trata, a la fecha de redacción de esta nota, de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam y Uruguay.

¹⁵ *Vid.*, OEA, AG/RES. 2074 (XXXV-0/05), *Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador*, Anexo, Contexto de la propuesta.

En primer lugar, aunque en el sistema universal de derechos humanos existía ya la inquietud de general indicadores de seguimiento para derechos humanos – la reunión de órganos de tratados del sistema universal requirió a la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos la elaboración de indicadores y, en consecuencia, la Oficina elaboró y adoptó un marco conceptual e indicadores para una serie de derechos tanto económicos y sociales como civiles y políticos¹⁶ – su empleo en el examen de informes periódicos estatales no está institucionalizado. El Comité DESC ha sugerido a los Estados un ejercicio voluntario de empleo de indicadores, pero el éxito de la propuesta ha sido relativo y no se ha sostenido en el tiempo. De modo que una ventaja comparativa del sistema de seguimiento de informes estatales del Protocolo de San Salvador es la institucionalización del uso de indicadores de progreso, que permitirá comparaciones intertemporales a partir de las líneas de base incluidas en los primeros informes estatales y, por ende, evaluaciones concretas sobre la realización progresiva, estancamiento o retroceso en materia de derechos incluidos en el Protocolo.

En segundo término, aunque el Grupo de Trabajo tuvo en vista y adoptó la propuesta metodológica de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos – que distingue entre indicadores estructurales, de proceso y de resultado¹⁷ –, agregó además otras dimensiones y elementos transversales. Así, la elaboración de indicadores del Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador considera indicadores de estructura, proceso y resultado, se enfoca particularmente en la evaluación de la recepción del derecho, el contexto financiero y compromiso presupuestario y las capacidades estatales, y complementa estas categorías conceptuales con tres principios transversales: igualdad y no discriminación, acceso a la justicia y acceso a la información¹⁸. Ciertamente, el cruce de estas nueve variables ofrece mucha mayor riqueza, aunque agregando también mayor complejidad y alguna superposición entre tipos de indicadores, dimensiones y ejes transversales.

Dada la novedad de la propuesta, el Grupo de Trabajo ha avanzado en la elaboración de los indicadores en diálogo con los Estados, para evitar imponer una tabla de indicadores sobre los que los propios Estados no

¹⁶ Vid., OACNUDH, *Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y aplicación*, Ginebra, 2012. En las pp. 6-7 se resumen los antecedentes del proceso.

¹⁷ Vid., OACNUDH, *Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y aplicación*, cit., pp. 34-42.

¹⁸ Vid., OEA, Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral, *Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador*, Primer agrupamiento de derechos, cit., pár. 15.

estuvieran en condiciones de informar. En este ejercicio de diálogo, que sirvió para validar los indicadores propuestos, la estrategia del Grupo de Trabajo fue de carácter pragmático, sin pretensión de agotar todo posible cruce de variables, y conformándose más bien con la aceptación de un conjunto importante de indicadores clave por derecho.

En tercer lugar, cabe destacar que, aunque en algunos casos existía ya un cuadro de indicadores ilustrativos elaborados por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos que sirvió de base para los indicadores de seguimiento del Protocolo de San Salvador¹⁹, el Grupo de Trabajo produjo algunos indicadores en áreas novedosas, entre las que destacan los indicadores sobre los derechos culturales y sobre el derecho a un medio ambiente sano²⁰. Estas son contribuciones completamente originales del Grupo de Trabajo y constituyen un referente importante para el mundo entero en estas materias.

Sobre la base de los dos agrupamientos de indicadores, algunos de los Estados partes han presentado sus primeros informes al Grupo de Trabajo, y contamos ya con las primeras evaluaciones de esos informes²¹. Es menester señalar que el proceso no ha estado exento de dificultades: no todos los Estados han presentado informes, los medios presupuestarios con los que cuenta el Grupo de Trabajo son escasos, y los exámenes han tenido muy poca difusión. Pese a todo, la información producida por el mecanismo es un gran avance, y la continuidad de los exámenes permitirá evaluaciones más profundas de la actuación estatal en pos de la plena realización de los derechos incluidos en el Protocolo.

En resumen, los esfuerzos hechos por el Grupo de Trabajo en esta materia son encomiables, y permiten proyectar un panorama promisorio, si se mantiene y se acrecienta la voluntad de los Estados partes y el apoyo de la OEA al proceso.

¹⁹ Es el caso de los derechos a la alimentación, salud, educación, trabajo y seguridad social. *Vid.*, OACNUDH, *Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y aplicación*, cit. pp. 98, 99, 102, 104 y 105 respectivamente.

²⁰ *Vid.*, OEA, Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral, *Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador*, Segundo agrupamiento de derechos, cit., párs. 26-38 y cuadro anexo (derecho al medio ambiente sano), y párs. 39-49 y cuadro anexo (derechos culturales).

²¹ Los siguientes Estados partes presentaron su primer informe referido al primer agrupamiento de derechos: Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú y Uruguay. Los siguientes países presentaron su primer informe referido al segundo agrupamiento de derechos: Ecuador, El Salvador, Honduras, Paraguay y Perú. Los informes y las observaciones del Grupo de Trabajo, junto con informes complementarios de la sociedad civil, pueden consultarse en <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/>

Cabe destacar también que, dado su carácter complementario con el sistema de informes del PIDESC, la lectura conjunta de los informes de los países que son simultáneamente parte de ambos instrumentos amplia además las perspectivas de análisis de la actuación estatal. Dado que el Comité DESC no utiliza regularmente indicadores en su examen de los informes estatales, la consideración de la información presentada ante el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador permitirá enriquecer considerablemente su evaluación. En sentido complementario, la metodología seguida por el Comité DESC, consistente en identificar por derecho o por área temas de preocupación y efectuar recomendaciones al respecto, puede ofrecer al Grupo de Trabajo criterios priorizar o poner particular atención sobre algunos indicadores seleccionados y focalizar así su seguimiento.

4. El sistema de peticiones y casos y el Protocolo de San Salvador

El segundo mecanismo de supervisión del cumplimiento de las obligaciones estatales emanadas del Protocolo de San Salvador, es decir, el sistema de peticiones ante la Comisión y eventualmente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha tenido bastante menor fortuna. Esto se debe, en parte, al ya referido carácter limitado de este mecanismo, que solo es aplicable, a tenor del artículo 19.6 del Protocolo, a los derechos consagrados en los artículos 8.a (libertad sindical) y 13 (derecho a la educación). Lo cierto es que ni siquiera estas limitadas posibilidades de justiciabilidad han sido puestas en práctica por los actores del sistema – ONGs que representan víctimas, Comisión Interamericana – y eso ha redundado en un exiguo empleo de estas cláusulas y, en consecuencia, en la ausencia de jurisprudencia de los órganos del Sistema interamericano de Derechos Humanos – Comisión y Corte –aun sobre este conjunto restringido de derechos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha mencionado al pasar el Protocolo de San Salvador en algunos casos, cuando consideró violaciones a derechos sociales por conexidad con derechos civiles y políticos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos. Así, por ejemplo, se encuentran algunas menciones al Protocolo de San Salvador como instrumento interpretativo en el *caso de las niñas Yean y Bosico*²², cuando la Corte analizó en el marco de las medidas especiales de protección a la niñez consagradas por el artículo 19 de la Convención, y en relación con el acceso a agua, alimentación, vivienda, servicios de salud

²² Vid., CORTE IDH, *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, p. 185

y educación en relación con el derecho a la vida, en los *casos Yakye Axa*²³ y *Xámok Kásek*²⁴. Sin embargo, en ninguno de estos casos se analizó una violación directa a los artículos habilitados por el Protocolo de San Salvador.

No fue hasta el año 2015, dieciséis años después de su entrada en vigor, que la Corte Interamericana declaró la primera – y hasta la fecha única – violación al Protocolo de San Salvador, en el *caso Gonzales Lluy vs. Ecuador*²⁵. En ese caso, la Corte, a instancias de los representantes de las víctimas, consideró violado el artículo 13 del Protocolo de San Salvador dada la discriminación sufrida por la víctima, una niña portadora del virus HIV, en el sistema educativo ecuatoriano²⁶.

Paradójicamente, la limitada justiciabilidad ofrecida por el Protocolo de San Salvador ha sido utilizada como argumento en votos disidentes de jueces de la Corte Interamericana que se han opuesto a la reciente apertura de la mayoría de la Corte a aceptar planteos y declarar violaciones a derechos económicos y sociales por vía del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta tendencia jurisprudencial, abierta desde el *caso Lagos del Campo vs. Perú*²⁷, ha permitido a la Corte declarar – hasta la fecha – violaciones a derechos laborales y al derecho a la salud. Algunos de los votos disidentes han cuestionado la competencia de la Corte de considerar violaciones al artículo 26, sosteniendo que la adopción posterior del Protocolo de San Salvador, que limita la justiciabilidad a los dos derechos mencionados (libertad sindical y derecho a la educación), sería un indicio de la voluntad de los Estados de excluir la competencia de la Corte respecto del artículo

²³ Vid., CORTE IDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005, (Fondo, Reparaciones y Costas), pár. 163, donde la Corte menciona los artículos 10 (derecho a la Salud), 11 (derecho a un medio ambiente sano), 12 (derecho a la alimentación), 13 (derecho a la educación) y 14 (derecho a los beneficios de la cultura) del Protocolo de San Salvador.

²⁴ Vid., CORTE IDH, *Caso Xámok Kásek vs. Paraguay*, sentencia de 24 de agosto de 2019 (Fondo, Reparaciones y Costas), pár. 211, donde la Corte menciona el artículo 13.3.a (derecho a la educación primaria obligatoria y gratuita) del Protocolo de San Salvador.

²⁵ Vid., CORTE IDH, *Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador*, sentencia de 1 de septiembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

²⁶ Vid., CORTE IDH, *Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador*, cit., párs. 233-291.

²⁷ Vid., CORTE IDH, *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, sentencia de 31 de agosto de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); *Caso Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, sentencia de 23 de noviembre de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), *Caso San Miguel Sosa vs. Venezuela*, sentencia de 8 de febrero de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas), *Caso Poblete Vilches vs. Chile*, sentencia de 8 de marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas) y *Caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, sentencia de 23 de agosto de 2018 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

26 de la Convención Interamericana²⁸. La mayoría de la Corte ha rechazado esta interpretación restrictiva y retroactiva, y ha afirmado su competencia para considerar violaciones a derechos económicos y sociales sobre la base del artículo 26.

En contraste, en los mismos casos, la mayoría de la Corte ha mencionado el Protocolo de San Salvador como parte del *corpus juris* internacional en materia de derechos sociales, como medio auxiliar para identificar los derechos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana y su contenido relevante. Recordemos que el artículo 26 no menciona explícitamente los derechos protegidos, sino que efectúa una remisión a 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”. El Protocolo de San Salvador ha servido, a criterio de la mayoría de la Corte, como instrumento auxiliar – complementario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre – para confirmar la derivación de derechos de la Carta de la OEA.

En resumen, el empleo del Protocolo de San Salvador en sede de competencia contenciosa de la Comisión y la Corte Interamericana ha sido escaso. Aunque el texto contenga limitaciones, ofrece todavía un potencial mayormente inexplorado en el área de los derechos sindicales y del derecho a la educación. Se trata de dos áreas en las que la situación dista de ser ideal en América Latina – de modo que casos de violaciones no faltan. Un desafío para avanzar en esa agenda implicaría vincular a las organizaciones que han llevado más frecuentemente casos en el Sistema Interamericano con organizaciones sindicales y organizaciones de reivindicación del derecho a la educación, para identificar temas de preocupación y discutir posibles estrategias de litigio en el ámbito interamericano.

Por último, la nueva perspectiva abierta por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a la protección de derechos económicos y sociales a partir del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos invita también a pensar posibles articulaciones en la interpretación del artículo 26 con los artículos justiciables del Protocolo de San Salvador y, más generalmente, con otras normas del Protocolo como instrumento interpretativo auxiliar.

²⁸ *Vid.*, por ejemplo, CORTE IDH, *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, cit., voto parcialmente disidente del juez Vio Grossi, pp. 8-10; voto parcialmente disidente del juez Sierra Porto, pp. 4-5. Estos argumentos ya se habían planteado en votos concurrentes en el caso *Gonzalez Lluy*, aunque la mayoría de la Corte no adoptó posición al respecto. *Vid.*, CORTE IDH, *Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador*, cit., voto concurrente del juez Sierra Porto, pp. 4-6, y voto concurrente del juez Pérez Pérez, p. 4.

X. SISTEMA INTERAMERICANO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES EN LA RECIENTE CONVENCION INTERAMERICANA

Alejandra Celi*

Introducción

En la revisión de 2017 del informe “Perspectivas de la Población Mundial”¹, Naciones Unidas destaca que a nivel mundial el número de personas mayores de 60 años crece más rápidamente que el de personas jóvenes y se estima que este grupo se duplicará para 2050 y triplicará para 2100 (pasará de 962 millones en 2017 a 2100 millones en 2050 y 3100 millones en 2100). Este fenómeno, conocido como envejecimiento de la población, plantea algunos desafíos para los Estados, que deben adoptar decisiones políticas y jurídicas para la protección social de las personas mayores.

En ese contexto, en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIDPM), adoptada en Washington el 15 de junio de 2015, entró en vigor el 11 de enero de 2017 y ha sido ratificada por seis Estados latinoamericanos².

A nivel internacional la CIDPM es el primer instrumento jurídicamente vinculante para la protección de los derechos de este grupo vulnerable que, en el ámbito universal, tiene como antecedentes varios instrumentos de *soft law*, entre ellos: los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad³ y la Proclamación sobre el Envejecimiento⁴ y la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional

* Investigadora principal del Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica.

¹ NACIONES UNIDAS, *World Population Prospects: The 2017 Revision, Key Findings and Advance Tables*, ESA/P/WP/248.

² Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, El Salvador y Uruguay. Brasil firmó la Convención en 2015, pero todavía no la ha ratificado.

³ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Res 46/91*, 16 de diciembre de 1991.

⁴ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Res/47/5*, 16 de octubre de 1992.

de Madrid sobre el Envejecimiento⁵. Asimismo, son antecedentes de la Convención algunos instrumentos regionales como: la Estrategia Regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento⁶; la Declaración de Brasilia⁷, el Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud sobre la salud de las personas mayores, incluido el envejecimiento activo y saludable⁸, la Declaración de Compromiso de Puerto España⁹ y la Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe¹⁰.

1. Objeto, contenido y principios de aplicación

La CIDPM es un hito en la protección de las personas mayores que parte por resaltar que este grupo tiene los mismos derechos humanos y libertades fundamentales de toda persona e incluye la protección frente a la discriminación por razones de edad. Además, la CIDPM reconoce la necesidad de tratar los temas del envejecimiento desde un enfoque en derechos humanos y de dar prioridad al envejecimiento en las políticas públicas de los Estados. En ese sentido, el objeto de la Convención es: “[...] promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad [...]” (art. 1), para lo cual los Estados Parte se han comprometido a adoptar todas las medidas necesarias a fin de hacer efectivos esos derechos y libertades, incluidas medidas legislativas.

Este instrumento regional destaca por la reafirmación de la universalidad, la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos que contiene, y reconoce tanto derechos civiles y políticos, como derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Todos están recogidos en un mismo Capítulo y gozan de iguales garantías y mecanismo de

⁵ Vid., *Informe de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento*, Madrid, del 8 al 12 de abril de 2002.

⁶ Vid., Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento: hacia una estrategia regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, Santiago de Chile, 19 al 21 de noviembre de 2003.

⁷ Vid., Segunda Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento en América Latina y el Caribe: hacia una sociedad para todas las edades y de protección social basada en derechos, Brasilia, 4 al 6 de diciembre de 2007.

⁸ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, *CD49/8*, 10 de julio del 2009.

⁹ Adoptada en la Quinta Cumbre de las Américas, Puerto España, Trinidad y Tobago, 19 de abril de 2009.

¹⁰ Adoptada en la Tercera Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe, San José de Costa Rica, del 8 al 11 de mayo de 2012.

seguimiento. Si bien, se establece el principio de progresividad para el ejercicio de los derechos sociales, pero sin perjuicio de las obligaciones de cumplimiento inmediato de conformidad con el derecho internacional (art. 4.d).

La CIDPM se divide en siete Capítulos: I. Objeto, Ámbito de Aplicación y Definiciones, II. Principios generales, III. Deberes generales de los Estados Parte, IV. Derechos protegidos; V. Toma de conciencia; VI. Mecanismo de seguimiento de la Convención y medios de protección; VII. Disposiciones generales sobre la firma, ratificación, adhesión, entrada en vigor, etc.

En el artículo 3 la Convención establece los siguientes quince principios generales para su aplicación: 1. Promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor; 2. Valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo; 3. Dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor; 4. Igualdad y no discriminación; 5. Participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad; 6. Bienestar y cuidado; 7. Seguridad física, económica y social; 8. Autorrealización; 9. Equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida; 10. Solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria; 11. Buen trato y la atención preferencial; 12. Enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor; 13. Respeto y valorización de la diversidad cultural; 14. Protección judicial efectiva; 15. Responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad, así como en su cuidado y atención.

2. Sujetos titulares de derechos y obligados por la CIDPM

Los sujetos titulares de los derechos reconocidos son las personas de 60 años o más, a menos que la legislación interna de cada Estado determine una edad menor o mayor, siempre que no sea superior a los 65 años (art. 2).

Los sujetos obligados por la CIDPM son los Estados Parte, que se comprometen a abstenerse de adoptar medidas legislativas que sean incompatibles con la Convención y a establecer las siguientes medidas: 1. Medidas para prevenir, sancionar y erradicar prácticas contrarias a la Convención¹¹; 2. Medidas afirmativas y ajustes razonables necesarios para

¹¹ Se consideran contrarias a la CIDPM prácticas como: “[...] aislamiento, abandono, sujeciones físicas prolongadas, hacinamiento, expulsiones de la comunidad, la negación de nutrición, infantilización, tratamientos médicos inadecuados o desproporcionados, entre otras, y todas aquellas que constituyan malos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que atenten contra la seguridad e integridad de la persona mayor” art. 4.a).

el ejercicio de los derechos establecidos en la CIDPM; 3. Medidas para garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos; 4. Medidas necesarias, hasta el máximo de los recursos disponibles, para conseguir de manera progresiva la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

De igual forma, con esta Convención los Estados se comprometen a promover: 1. Instituciones públicas especializadas en la protección y promoción de los derechos de la persona mayor y su desarrollo integral; 2. La participación de la sociedad civil y de otros actores sociales en la adopción de medidas para la implementación de la Convención, y 3. La recopilación de información, incluidos datos estadísticos y de investigación, para hacer efectiva la Convención (art. 4).

3. Derechos de las personas mayores

La CIDPM prevé quince derechos civiles y políticos, que son: igualdad y no discriminación por razones de edad (art. 5) e igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 30); derecho a la vida y a la dignidad en la vejez (art. 6); derecho a la independencia y a la autonomía (art. 7); derecho a la participación e integración comunitaria (art. 8); derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia (art. 9); derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 10); derecho a la libertad personal (art. 13); derecho a la libertad de expresión y de opinión y al acceso a la información (art. 14); derecho a la nacionalidad y a la libertad de circulación (art. 15); derecho a la privacidad y a la intimidad (art. 16); derecho a la propiedad (art. 23); derechos políticos (art. 27); derecho de reunión y de asociación (art. 28); derecho de acceso a la justicia (art. 31).

Por otra parte, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales reconocidos en la CIDPM son doce: derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo (art. 12); derecho a la seguridad social (art. 17); derecho al trabajo (art. 18); derecho a la salud (art. 19) y al consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud (art. 11); derecho a la educación (art. 20); derecho a la cultura (art. 21); derecho a la recreación, al esparcimiento y al deporte (art. 22); derecho a la vivienda (art. 24); derecho a un medio ambiente sano (art. 25); derecho a la accesibilidad y a la movilidad personal (art. 26), y el derecho a la protección ante situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (art. 29).

4. Obligaciones prestacionales de los Estados Parte

Todos los derechos reconocidos en la CIDPM implican determinadas obligaciones para los Estados Parte y algunas de ellas son de contenido prestacional para garantizar la protección social de las personas mayores. Entre las obligaciones asumidas en la Convención, destacamos las

relativas a los cuidados, que consideramos indispensables en la Región para evitar la exclusión social en la vejez. Al respecto, en la CIDPM se requiere expresamente a los Estados Parte la adopción de medidas para:

- Establecer un sistema integral de cuidados con enfoque de género y respeto a la dignidad e integridad física y mental de la persona mayor (art. 12);
- Garantizar que las instituciones, tanto públicas como privadas, ofrezcan a la persona mayor el acceso a cuidados integrales sin discriminación, que incluyan los cuidados paliativos y en los que se evite el aislamiento y manejen apropiadamente los problemas relacionados con el miedo a la muerte de los enfermos terminales, el dolor, y eviten el sufrimiento innecesario y las intervenciones inútiles (art. 6);
- Asegurar el acceso progresivo de la persona mayor a servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo para facilitar su existencia e inclusión en la comunidad y evitar su aislamiento (art. 7.c);
- Promover servicios de apoyo para atender los casos de violencia, maltrato, abusos, explotación y abandono de la persona mayor (art. 9.c);
- Diseñar medidas de apoyo a las familias y cuidadores mediante la introducción de servicios para quienes realizan la actividad de cuidado de la persona mayor (art. 12).

De los compromisos asumidos en la Convención, subrayamos también las obligaciones establecidas con el fin de garantizar el derecho a la accesibilidad y a la movilidad personal de la persona mayor. Para lo cual los Estados deben adoptar, de manera progresiva, medidas para asegurar su acceso al entorno físico, el transporte, la información, las comunicaciones y a otros servicios abiertos al público o de uso público. Medidas que incluyen la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso (art. 26).

Además de las obligaciones relativas a los cuidados y a la accesibilidad y movilidad personal, a continuación señalamos otras obligaciones prestacionales que contempla la CIDPM:

- Promover, de manera progresiva, que la persona mayor reciba un ingreso para una vida digna por medio de la seguridad social y de otros mecanismos de protección social (art. 17.2).
- Promover el empleo formal de la persona mayor y regular las distintas formas de autoempleo y el empleo doméstico y garantizar una adecuada cobertura social y el reconocimiento del trabajo no

- remunerado. También, promover programas y medidas que faciliten una transición gradual a la jubilación (art. 18.3 y 18.4).
- Diseñar e implementar políticas públicas de salud para una atención integral, que incluya: la promoción de la salud, la prevención y la atención de la enfermedad, la rehabilitación y los cuidados paliativos. Además, para hacer efectivo el derecho a la salud, los Estados Parte se comprometen a realizar un conjunto de quince medidas, entre las que se incluyen la disponibilidad y el acceso a los medicamentos esenciales (art. 19.2).
 - Facilitar a las personas mayores el acceso a programas educativos y de formación para su incorporación a los distintos niveles del ciclo educativo, promover programas educativos adecuados y accesibles para la persona mayor, diseñar e implementar políticas activas para erradicar el analfabetismo de la persona mayor, y promover su formación en el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (art. 20.2).
 - Fomentar programas culturales para que la persona mayor pueda desarrollar y utilizar su potencial creativo (art. 21.4).
 - Promover el desarrollo de servicios y programas de recreación y actividades de esparcimiento y deportivas que tengan en cuenta los intereses y las necesidades de las personas mayores (art. 22.2).
 - Promover el pleno goce del derecho a la vivienda y facilitar el acceso a servicios socio-sanitarios y servicios de cuidados domiciliarios. Garantizar el derecho a una vivienda digna y adecuada y adoptar políticas de promoción del derecho y de acceso a la tierra. Fomentar el acceso al crédito de vivienda y otras formas de financiamiento. Construir o adaptar soluciones habitacionales para que sean arquitectónicamente adecuadas y accesibles a las personas mayores con discapacidad y con impedimentos de movilidad. En las políticas que se adopten se deben tener en cuenta las necesidades específicas de las personas mayores, principalmente cuando viven solas, por medio de subsidios para el alquiler, apoyo a las renovaciones de la vivienda y otras medidas. Promover procedimientos de reclamación y justicia para los casos de desalojos de personas mayores y protegerlas contra los desalojos forzosos ilegales. Promover programas para la prevención de accidentes en la vivienda y su entorno (art. 24).

5. Sistema de garantías de los derechos de las personas mayores

En el Capítulo VI están previstas las garantías interamericanas de los derechos reconocidos en la CIDPM, que son: el Mecanismo de Seguimiento que se integrará por la Conferencia de Estados Parte (arts. 33 y 34) y el

Comité de Expertos (art. 35); el Sistema de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 36), y la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre todos los casos relativos a la interpretación y/o aplicación de la CIDPM, cuando el Estado Parte haya reconocido su competencia en el instrumento de ratificación de la Convención (art. 36).

El Mecanismo de Seguimiento requiere para su constitución que se presente el décimo instrumento de ratificación (art. 33) y su órgano principal será la Conferencia de los Estados Parte, que estará integrada por los Estados que hayan ratificado la Convención. Ese órgano contará con amplias atribuciones sobre el funcionamiento del Mecanismo de Seguimiento, incluidas las de recibir, analizar y evaluar las recomendaciones del Comité de Expertos y dar recomendaciones para mejorar el funcionamiento de éste. El Comité se conformará por expertos designados por cada uno de los Estados y en la implementación de la CIDPM sus funciones serán, principalmente, dos: 1. Colaborar y realizar el análisis técnico de los informes periódicos que sean presentados por los Estados Parte cada cuatro años, y 2. Presentar recomendaciones para el cumplimiento progresivo de la Convención en el marco de los Informes analizados.

Consideramos sobresaliente que este instrumento, además responder a una necesidad social imperante¹², cuenta con un contenido que es destacable por reconocer derechos específicos de este grupo en situación vulnerable, regular obligaciones concretas para los Estados Parte y establecer un sistema de garantías de esos derechos. Si bien, la CIDPM presenta varios desafíos, el primero es conseguir su ratificación por más Estados americanos pues son necesarias diez ratificaciones para que el mecanismo de seguimiento entre en vigor. El segundo desafío son las obligaciones prestacionales que incluye que, para su aplicación progresiva, requerirán de un decidido compromiso por parte de los Estados.

¹² *Vid.*, ARANCO, N., STAMPINI, M., IBARRARÁN, P., MEDELLÍN N., *Panorama de envejecimiento y dependencia en América Latina y el Caribe*, Banco Interamericano de Desarrollo, enero de 2018.

XI. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: CASO POBLETE VILCHES Y OTROS VS. CHILE, SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 2018

Ana Aba Catoira*

1. Presentación del caso¹

El 8 de marzo de 2018 la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció por vez primera sobre los derechos de las personas mayores y el derecho a la salud, como derecho integrante del conjunto de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. En su sentencia conocida como *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile* se declaró por unanimidad la responsabilidad internacional del Estado chileno “por no garantizar a una persona mayor, el Sr. Poblete, su derecho a la salud sin discriminación, mediante servicios básicos, necesarios y urgentes en atención a su situación de especial vulnerabilidad, quien terminó falleciendo”². En el fallo se declara que resultan violados los arts. 26, 1.1º y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el derecho a obtener el consentimiento informado por sustitución y el acceso a la información en materia de salud (arts. 26, 13, 7 y 11, en relación con el artículo 1.1º), así como el derecho de acceso a la justicia (arts. 8 y 25) y el derecho a la integridad personal a causa del sufrimiento que se le causó al Sr Poblete, en perjuicio de sus familiares (art. 5).

Esta sentencia resulta importantísima básicamente por dos cuestiones. Por una parte, el reconocimiento expreso de las personas

* Universidad da Coruña.

¹ Abreviaturas: Corte Interamericana de Derechos Humanos: la Corte; Comisión Interamericana de Derechos Humanos: la Comisión; Derechos económicos, sociales y culturales: DESCAs; Organización de los Estados Americanos: OEA; Convención Americana sobre Derechos Humanos: la Convención; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: PIDESC; Organización de Naciones Unidas: ONU.

² Este fallo de la Corte contó con el patrocinio de la Asociación Interamericana de Defensores Públicos, esta participación de Defensores Públicos otorgó mayor relevancia a esta sentencia.

mayores como sujetos titulares de derechos³, consolidándose una línea de avances operados en el plano internacional como la adopción de diversas iniciativas que instan a los Estados a avanzar en la protección de los derechos de las personas mayores como un problema de derechos humanos y como respuesta al envejecimiento progresivo de la población. Ciertamente, hasta la fecha, la comunidad internacional reconocía dos categorías de derechos humanos, civiles y políticos, y económicos, sociales y culturales que se predicaban de todas las personas y, también, los derechos de determinados grupos de personas vulnerables entre los que no se encuentran las personas adultas mayores, por lo que no se contemplaba la edad como un factor de discriminación o exclusión.

Se entiende por personas mayores o personas adultas, siguiendo el art. 2 de la Convención Interamericana sobre la Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores, aquéllas que tienen sesenta años o más, salvo que la ley interna del país determine una edad base menor o mayor que no sea superior a los 65 años.

El art. 3 de la Convención establece un conjunto de principios generales para su correcta aplicación. Así, entre otros, la valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y su contribución al desarrollo; la dignidad, independencia, protagonismo y autonomía; la participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad; el bienestar y cuidado; la seguridad física, económica y social; la autorrealización; la equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida; la solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria; el buen trato y la atención preferencial; el respeto y valorización de la diversidad cultural; la protección judicial efectiva; la responsabilidad del Estado y la participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad, así como en su cuidado y atención, de acuerdo con la legislación interna de cada Estado.

Por otra parte, el art. 5 incorpora expresamente el principio de no discriminación por edad, de modo que, si un Estado realiza distinciones basadas en esta razón que impliquen la restricción de un derecho o de un beneficio, será considerado sospechoso y queda sometido a un estricto escrutinio. Así, la presunción de inconstitucionalidad determina que la parte demandada tenga que probar que con esa medida se persigue un fin legítimo y necesario y que ese medio elegido resulta idóneo e

³ La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) aprobó, el 11 de enero de 2017, la Convención Interamericana sobre la Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores. Sus antecedentes directos son la Declaración de Brasilia de 2007, la Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe, de 2012 y el Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo de 2013.

imprescindible constituyendo la alternativa menos lesiva para los derechos de los afectados.

La segunda cuestión esencial de esta sentencia es que la Corte decide otorgar protección efectiva a un derecho, el derecho a la salud, como derecho autónomo integrante de los derechos económicos, sociales y culturales⁴. Hasta esta sentencia, la Corte no había abordado el derecho a la salud de forma directa, a través del art. 26 de la Convención, sino que lo había hecho indirectamente vinculándolo a derechos como la vida y la integridad personal consagrados en los arts. 4 y 5 y en relación con las obligaciones de protección y adecuación normativa de los arts. 1.1º y 2. Por tanto, aún no se había declarado la violación del derecho a la salud garantizado en el art. 26, si bien, a través de otros fallos sobre otros derechos, ya se venía tratando, directa o indirectamente. De esta manera la Corte se ha convertido en un órgano esencial para garantizar su protección, en lo que se refiere a la reparación del caso concreto enjuiciado, la elaboración de estándares o la concreción de las obligaciones generales de protección establecidas en el art. 1.1º de la Convención⁵.

⁴ El derecho a la salud de las personas mayores se regula con detalle en el art. 19 de la Convención que incluye el derecho a la salud integral, física y mental, sin ningún tipo de discriminación. Además, se establecen las características que deben tener las políticas públicas de salud, incluyendo a los servicios de prevención, de rehabilitación y de cuidados paliativos de las personas mayores; el deber de asegurar la atención preferencial y el acceso universal de los servicios de salud de calidad, tradicionales, alternativos y complementarios; y el deber de implementar planes adecuados para hacer frente a diferentes tipos de dolencias o enfermedades, como las de tipo sexual, nutricional, crónico-degenerativas, demencias y el Alzheimer; la obligación de desarrollar y robustecer servicios socio-sanitarios y profesionales especializados en geriatría, gerontología y cuidados paliativos; y garantizar a las personas mayores la disponibilidad y el acceso a los medicamentos considerados esenciales por parte de la Organización Mundial de la Salud, incluyendo los necesarios para los cuidados paliativos.

⁵ En el *Caso de la Comunidad Yakye Axa vs Paraguay*, la Corte señaló el especial trato que debe otorgarse a las personas de edad avanzada y la necesidad de que el Estado adopte medidas para garantizar el derecho a una alimentación adecuada, acceso al agua limpia y la atención a la salud, Caso Serie C No. 125, Fondo, Reparaciones y Costas. 17 de junio de 2005. La Corte señala que el Estado debe atender a los ancianos con enfermedades crónicas y en fase terminal, ahorrándoles sufrimientos evitables. Además, se debe tener en cuenta que en la Comunidad indígena Yakye Axa, la transmisión oral de la cultura a las nuevas generaciones está a cargo principalmente de los ancianos. En este mismo año, sentencia de 15 de junio de 2005, la Corte decidió otro caso en razón de la masacre vivida en la aldea de Moiwana sufrida por mujeres, menores y ancianos. En el *Caso García Lucero vs. Chile*, Sentencia de 28 de agosto de 2013, enjuiciamiento de violaciones de derechos humanos durante la dictadura de Pinochet en Chile, la Corte declara en su sentencias que se produjo violación del derecho a recibir justicia, cuarenta años, y hay que tener en cuenta el elemento de la edad avanzada de la persona afectada, quien en la fecha de la sentencia tenía 79 años de edad y sufría una discapacidad permanente, por lo

En la sentencia del *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, la Corte condenó al Estado por violación del art. 26 de la Convención, afirmando su competencia para conocer controversias relativas a este artículo que se integra en el catálogo de derechos de la norma convencional que imponen obligaciones de respeto y garantía a los Estados. Asimismo, reiteró la interdependencia entre todos los derechos que han de ser entendidos de forma integral y global como derechos humanos sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos⁶. Utilizando palabras de la Comisión “existe una estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, ya que las dos categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana por lo cual ambos exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse el sacrificio de unos en aras de la realización de otros” .

Sabido es que, desde su reconocimiento jurídico, los derechos civiles y políticos imponen a los Estados la obligación de respetar, proteger y garantizar cada uno de ellos, pero, cuando se trata de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, aparece el principio de “progresividad” a través de términos como “progresivamente” o “dependiendo de los recursos disponibles”, “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”, tal como ocurre en el art. 26 de la Convención⁷, el art. 2.1º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o en la Convención sobre Derechos de las Personas Mayores

cual debe otorgarse celeridad en los procesos judiciales por la incidencia particular que la demora puede tener en las personas con estas circunstancias de especial vulnerabilidad.

⁶ *Caso Lagos del Campo vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 31 de agosto de 2017.

⁷ Art. 26: 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. Asimismo, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su *Observación General Núm. 3*, declara que la obligación de adoptar providencias implica que los Estados deben dar pasos deliberados, concretos y enfocados hacia la completa realización de los DESC a los fines de cumplimentar sus obligaciones internacionales al respecto.

que afianza la aplicación de este principio, establecido en los instrumentos internacionales precedentes⁸.

Una progresividad que, en ningún caso, libera a los Estados de cumplir obligaciones inmediatas, como que este derecho sea ejercitado sin discriminación alguna (art. 2.2º Pacto) y la obligación de adoptar medidas (art. 2.1º) para la plena realización del art. 12. Respecto a este derecho, igual que ocurre con todos los demás, se presume que no resulta admisible adoptar medidas regresivas que, en cualquier caso, tendrán que ser plenamente justificadas por el Estado adoptante como necesarias y únicas posibles.

La Convención de Derechos de las Personas Mayores establece algunos deberes de carácter general que obligan a los Estados a prevenir, sancionar y erradicar ciertas prácticas violentas contra personas mayores, como el “aislamiento, abandono, sujeciones físicas prolongadas, hacinamiento, expulsiones de la comunidad, negación de nutrición, infantilización, tratamientos médicos inadecuados o desproporcionados, entre otras, y todas aquellas que constituyan malos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que atenten contra la seguridad e integridad de la persona mayor”. Por otra parte, quedan obligados a adoptar y fortalecer diferentes medidas de protección especial de las personas mayores “legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos. Una obligación específica será la de instituir un sistema integral de cuidados de las personas mayores que ponga especial atención en incluir la perspectiva de género y el respeto a la dignidad e integridad con el objetivo principal de que puedan mantener su independencia y autonomía en esta etapa de la vida y así evitar su institucionalización.

2. Hechos controvertidos

El 26 de agosto de 2016 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sometió a la jurisdicción de la Corte el Caso Poblete por responsabilidad internacional del Estado chileno por una serie de acciones y omisiones que se produjeron entre el 17 de enero y el 7 de febrero de 2001. En enero, el Sr. Poblete Vilches, de setenta y seis años, ingresó en el Hospital público Sótero del Río, a causa de una insuficiencia respiratoria grave. El personal médico le practicó una intervención quirúrgica, tras

⁸ Sobre el principio de progresividad *Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 28 de febrero de 2003; *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005; *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*, Sentencia de 1 de julio de 2009.

cuatro días hospitalizado en la unidad de cuidados intensivos, una vez se encontraba inconsciente y sin haber obtenido el consentimiento de sus familiares. Tras recibir el alta médica y ante la falta de ambulancias disponibles, sus familiares contrataron un servicio privado para llevarlo a su domicilio. No mucho tiempo después, se produjo un segundo ingreso en el mismo centro médico donde permaneció en la unidad de cuidados intermedia a pesar de que su historial médico disponía que debería ingresar en cuidados intensivos. No fue atendido tal como necesitaba por sus dolencias, pues, por ejemplo, no se le proporcionó un respirador mecánico. Dos días después de este segundo ingreso falleció.

La familia presentó dos querellas criminales, la primera en 2001 y la segunda en 2005, que no han obtenido respuesta judicial, en orden a depurar posibles responsabilidades penales.

El trámite ante la Comisión se desarrolló del siguiente modo. El 15 de mayo de 2002, su esposa e hijos (los peticionarios) presentaron la petición inicial alegando la responsabilidad internacional de Chile por la muerte de su esposo y padre en el hospital público. En fecha 19 de mayo de 2009 se aprobó el Informe de Admisibilidad No. 13/09. Posteriormente, el 13 de abril de 2016 aprobó el informe de Fondo, No.1/16, en el que, tras concluir que el Estado era responsable por violación de derechos humanos, hizo una serie de recomendaciones en orden a reparar, con carácter integral, a los familiares por las violaciones declaradas en el Informe con la debida compensación por daños materiales y morales. Asimismo, recomendó la realización de una investigación sobre las violaciones denunciadas para esclarecer los hechos y, en su caso, imponer las correspondientes sanciones. Y, por último, que se estableciesen mecanismos de no repetición que previesen medidas legislativas, administrativas o de otra naturaleza que implementen el consentimiento informado y medidas presupuestarias que aseguren que el centro médico esté equipado para brindar atención adecuada, además de capacitar a los operadores jurídicos para investigar posibles responsabilidades derivadas del fallecimiento de una persona a causa de una atención inadecuada en materia de salud.

Este Informe de Fondo fue notificado a Chile el 27 de mayo de 2016 sin obtener respuesta dentro del plazo concedido para informar sobre el cumplimiento de las recomendaciones. Acto seguido, el 26 de agosto de 2016, la Comisión sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana los hechos y violaciones de derechos denunciados para obtener la debida justicia, solicitando que se declarase la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones señaladas en el Informe d Fondo y que determinase las medidas de reparación necesarias.

Ya en tramitación del procedimiento, el 21 de abril de 2017, Chile presentó escrito de contestación, reconociendo parcialmente su responsabilidad internacional por afectación del derecho a la integridad corporal (art. 5 de la Convención) y el derecho a la salud, en relación con el art. 1.1º, en perjuicio del Sr. Poblete, sin reconocimiento del derecho a la vida. Asimismo, reconoció vulneración del derecho de acceso a la información en materia de salud, art. 13 de la Convención, en conexión con los arts. 4 y 5 (derechos a la vida, a la integridad personal y a la salud) en relación con las obligaciones establecidas en los arts. 1.1º y 2, en perjuicio del Sr. Vilches y de sus familiares. A mayores, declaró la violación de los arts. 7 y 11, derecho a la dignidad y autodeterminación, en perjuicio del Sr. Poblete, pero no respecto a sus familiares y una violación de los arts. 8 y 25, por infracción del plazo razonable, pero no respecto de la diligencia debida.

Las defensoras interamericanas y la Comisión presentaron observaciones al reconocimiento parcial de responsabilidad internacional presentado por Chile. La Comisión valoró positivamente el reconocimiento de responsabilidad estatal en relación con los hechos relativos al alta médica y la falta de atención adecuada en el segundo ingreso, la violación del derecho de acceso a la información en materia de salud, en relación con los arts. 4, 5 y 13 de la C.A y las obligaciones del Estado establecidas en los arts. 1.1º y 2, en perjuicio del Sr. Poblete y sus familiares. Sin embargo, consideró que seguían subsistiendo otras controversias respecto a algunos hechos que no habían sido reconocidos, relacionados con las actuaciones del personal médico y su impacto en la salud del paciente, principalmente su muerte, la obtención del consentimiento para la práctica de la intervención quirúrgica y el tratamiento recibido por los familiares.

Las representantes también se pronunciaron favorablemente respecto a este reconocimiento parcial de responsabilidad, afirmando la subsistencia de distintos hechos no reconocidos por el Estado chileno.

La Corte interamericana estima que el reconocimiento parcial de responsabilidad contribuye positivamente al desarrollo del proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la C.A. Sin perjuicio de esto, es competencia de la Corte velar por la garantía de los derechos, por lo que debe conocer del caso concreto que le fue sometido y dictaminar si hubo o no violación de los derechos garantizados en la Convención.

3. Fondo

La Corte se pronunció en esta sentencia sobre el alcance y contenido del derecho a la salud. Esta sentencia supone la primera ocasión en que se reconoce el derecho a la salud con carácter autónomo, concretando una

condena específica en forma autónoma del art. 26 de la Convención, en cuanto derecho integrante de los DESCAs.

Este reconocimiento del derecho a la salud protegido por el art. 26 de la Convención se vincula con la Carta de la OEA derivándose de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la citada Carta. Los arts. 34.i y l y 45.h, establecen entre los objetivos básicos de esta Organización “la defensa del potencial humano, mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica”, así como de las condiciones que hagan posible una vida sana, productiva y digna; además de que “la persona solo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones mediante la aplicación de principios y mecanismos [...]” como “el desarrollo de una política eficiente de seguridad social”. Por otra parte, la Corte integra la Declaración Americana que contiene y define los derechos humanos esenciales en la interpretación de la Carta. En este sentido, el art. XI de la Declaración Americana (derecho a la salud), al ser fuente de obligaciones internacionales, debe tenerse en cuenta para determinar el alcance del art. 26 (art. 29.d Convención). Por lo que se refiere a la legislación interna, el art. 29.b) de la Convención señala que “ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de [...] limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”. La Constitución chilena vigente en su art. 19.9º “asegura a todas las personas el derecho a la protección de la salud, protegiendo el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”.

Asimismo, existe una profusa regulación internacional sobre el derecho a la salud, desde la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, etc. Por lo que se refiere al Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, destacar su *Observación General Núm. 14* sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, explicitando el contenido de este derecho en posteriores Observaciones⁹.

⁹ En el párrafo 1 del art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a

La consolidación del derecho a la salud supone la aplicación de varios estándares de protección respecto a las prestaciones básicas y específicas de salud y, más concretamente, frente a situaciones de urgencia médica.

La Corte va a establecer lo siguiente:

- El derecho a la salud es un derecho fundamental que resulta indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos. Por consiguiente, toda persona tiene derecho a disfrutar el nivel más alto de salud que le permita vivir dignamente, entendiendo la salud como un estado integral de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar un balance integral. Así las cosas, esto se traduce en el deber del Estado de asegurar el acceso a las personas a servicios esenciales de salud, asegurando una prestación médica de calidad y eficaz, además de impulsar la mejora de las condiciones de salud de la sociedad.
- La importancia de visibilizar a las personas mayores como sujetos de derechos con especial protección, con respeto de su autonomía e independencia. Se reconoce que integran un grupo en situación

su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios". El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contiene el reconocimiento más completo de este derecho, estableciendo en el art. 12.1º que los Estados Partes reconocen "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", mientras que en el 12.2º se enuncian distintas "medidas que deberán adoptar los Estados Partes... a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho". En el art. 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; arts. 11 y 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Asimismo, distintos instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10). La Comisión de Derechos Humanos ha reconocido el derecho a la salud, la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales, se contiene en otros instrumentos como la Convención para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1991 (resolución 46/119), y la observación general Núm. 5 del Comité sobre personas con discapacidad; el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, y la Declaración y Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995. La Observación General No. 14 del Comité DESC, OG-14, señala que el derecho a la salud abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalentes en un determinado Estado Parte: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

de vulnerabilidad, por lo que se deriva una obligación reforzada de garantizar su derecho a la salud, con las prestaciones necesarias de manera suficiente y continuada. En consecuencia, la denegación del acceso a la salud o la desprotección, constituyen un incumplimiento de esta obligación pudiendo causar una vulneración de derechos. A mayores, la prohibición de discriminación por razón de edad, comporta la aplicación de políticas inclusivas para toda la sociedad y la accesibilidad a los servicios públicos.

- En relación con las prestaciones médicas de urgencia los Estados deben garantizar como mínimo unos estándares de calidad, accesibilidad, disponibilidad y aceptabilidad. La calidad obliga a contar con infraestructuras adecuadas y necesarias para satisfacer las necesidades básicas y urgentes; respecto a la accesibilidad, los establecimientos, bienes y servicios de emergencia deben ser accesibles a todas las personas, por lo que el sistema de salud debe ser inclusivo garantizando los derechos humanos; la disponibilidad supone contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y un programa integral; y la aceptabilidad debe respetar la ética médica y criterios culturalmente apropiados, además de incluir la perspectiva de género y las condiciones de ciclo de vida del paciente quien debe ser informado en todo momento sobre su diagnóstico y tratamiento y respetar en todo caso su voluntad.

Así lo anterior, respecto el derecho a la salud, la Corte analizó los dos ingresos hospitalarios del Sr. Poblete, determinando que se habían producido varias omisiones que afectaban a los estándares de calidad y disponibilidad. Así, del segundo ingreso hospitalario (5 de febrero de 2001) se desprende que existió urgencia de las prestaciones de salud requeridas, pues su dispensa inmediata resultaba vital. La atención médica urgente y de calidad no fue proporcionada por el sistema de salud pública constituyendo una discriminación por su condición de persona mayor. La conclusión unánime de la Corte fue que el Estado chileno no garantizó los servicios de salud al Sr. Poblete, incumpliendo sus deberes de otorgamiento de medidas básicas en cuanto obligaciones de carácter inmediato relacionadas con el derecho a la salud en situaciones de urgencia (art. 26). La Corte afirma que la edad del paciente (76 años), como categoría protegida de la no discriminación, resultó ser una limitación para recibir la atención médica requerida (art. 1.1º).

A partir de estos estándares desarrollados por la Corte en la sentencia de análisis y de aplicación al caso concreto se estableció lo siguiente:

- El derecho a la salud es un derecho autónomo protegido por el art. 26 de la Convención Americana¹⁰.
- El derecho a la salud en situaciones de emergencia exige que los Estados garanticen una adecuada regulación de los servicios necesarios siguiendo los elementos de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad, en condiciones de igualdad y sin discriminación, pero también estableciendo medidas de acción positiva para los grupos en situación de vulnerabilidad.
- Las personas mayores gozan de un nivel reforzado de protección respecto de los servicios de salud de prevención y urgencia.
- Para imputar la responsabilidad al Estado por estas muertes médicas, será necesario acreditar la negación del servicio esencial o del tratamiento pese a la previsibilidad del riesgo que afronta el paciente, o una negligencia médica grave, y que se demuestre un nexo causal entre la acción y el daño. En caso de omisión se debe verificar la probabilidad de que la conducta omitida hubiera interrumpido el proceso causal que produjo el daño.
- El Estado será responsable de la vulneración del derecho a la salud, sea considerándolo individualmente, o bien en su conjunción con el contenido del derecho a la vida o a la integridad personal, por omisión o cuando no cumpla correctamente sus deberes de regular normativamente la actividad y las instituciones, así como de fiscalizar y controlar las prestaciones.
- La obtención de consentimiento informado es una obligación para las instituciones de salud. Las personas mayores son titulares de este derecho que se puede transferir en ciertas circunstancias a sus familiares o representantes. El deber de informar se mantiene en todo momento sobre los procedimientos y la condición del paciente, al afectado o a sus representantes cuando proceda.

En cuanto el derecho a la vida, las negligencias asumidas en el segundo ingreso, particularmente negarle el respirador, no ingresar en la unidad de cuidados requerida, no producirse el traslado a otro centro

¹⁰ Obsérvese como a pesar de la declaración de que los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, son universales, interdependientes e indivisibles, la comunidad jurídica se ha centrado en la consolidación y garantía de los primeros. En este sentido, la Convención Americana, protege tanto a los derechos civiles y políticos como a los derechos económicos, sociales y culturales, dedicando a los primeros un Capítulo integrado por 23 artículos mientras a que los segundos únicamente el art. 26. Un precepto que pretende regular la naturaleza de las obligaciones derivadas de todos los DESC y reconocer concretamente el derecho a la salud, derecho a la educación, derecho al trabajo, derecho a la seguridad social, derecho a la alimentación, derecho a la vivienda digna y derecho a participar de los beneficios del progreso científico, entre otros.

donde si se le pudieran proporcionar, en parte por su condición de persona mayor redujeron en gran medida las posibilidades de recuperarse y de sobrevivir a su enfermedad, por todo lo cual su fallecimiento resulta imputable al Estado (art. 4).

En cuanto al derecho a la integridad personal, las diversas situaciones vividas durante al menos cinco días provocaron diversos sufrimientos en el Sr. Poblete (art. 5).

Por lo que respecta al consentimiento informado y el acceso a la información, la Corte estimó que en materia de salud constituye un elemento de la accesibilidad de la información y del mismo derecho fundamental (art. 26). El derecho de acceso a la información (art. 13 CADH) es un instrumento para garantizar y respetar el derecho a la salud. Así, en base a la legislación aplicable, el Estado chileno incumplió con su deber de obtener el consentimiento informado por sustitución de los familiares frente a la intervención quirúrgica que se realizó en el primer ingreso (17 de enero de 2001) sin tratarse de un caso de emergencia, así como de proporcionar información clara y accesible para los familiares respecto del tratamiento y procedimientos practicados al paciente (arts. 26, 13, 7 y 11).

Por todo lo anterior, la Corte declara la responsabilidad internacional del Estado por no garantizar los derechos a la salud, vida, integridad personal, libertad, dignidad y acceso a la información, de conformidad con los arts. 26, 4, 5, 13, 7 y 11 de la CADH, en relación con las obligaciones de no discriminación del art. 1.1º en perjuicio del Sr. Poblete y es responsable de la violación de los arts. 26, 13, 7 y 11, en perjuicio de sus familiares.

En cuanto al derecho a la justicia la Corte consideró que en las actuaciones penales las autoridades estatales no actuaron con la debida diligencia no cumpliendo con las obligaciones de investigar y de cumplir con una tutela judicial efectiva en un plazo razonable, para garantizar el esclarecimiento de los hechos y determinación de responsabilidades, tras haber transcurrido diecisiete años. Por tanto, concluyó que no se garantizó el derecho de acceso a la justicia, vulnerando los arts. 8.1º y 25.1º de la Convención, en relación con el art. 1.1º en perjuicio de sus familiares.

Respecto al derecho a la integridad personal de los familiares, la Corte estimó que en este caso se acreditaron ciertas situaciones relativas a la atención y respuestas proporcionadas en el centro hospitalario y distintas autoridades en los procesos de búsqueda de justicia y esclarecimiento de los hechos que afectaron a la familia y al desarrollo de sus planes de vida. Así se declaró la responsabilidad del Estado por violación del art. 5.1º de la Convención en perjuicio de los familiares del Sr. Poblete.

4. Reparaciones

Siguiendo lo dispuesto en el art. 63.1º de la Convención la Corte estima que toda violación de una obligación internacional que haya comportado un daño obliga a su reparación adecuada. Las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados y con las medidas solicitadas de reparación. La reparación del daño causado por la violación de la obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución, es decir, volver a la situación anterior y si ello no fuera posible el órgano jurisdiccional tendrá que establecer las medidas que garanticen los derechos vulnerados y reparen las consecuencias producidas.

Así lo anterior, la Corte analiza las pretensiones formuladas y los argumentos del Estado, siguiendo los criterios fijados en su jurisprudencia, con el objetivo de establecer las medidas de reparación.

La Corte reiteró que la sentencia es en sí misma una forma de reparación y estableció medidas de reparación integral:

- Como medida de satisfacción, el Estado deberá publicar la sentencia y su resumen oficial, así como realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad haciendo referencia a las violaciones de derechos declaradas en la misma.
- Como medida de rehabilitación el Estado deberá brindar atención médica psicológica a las víctimas si así lo solicitan. En este sentido, se prestará esta atención a través de sus instituciones de salud, con carácter gratuito e inmediato, atendiendo a las necesidades específicas de las víctimas.
- Como garantías de no repetición el Estado deberá implementar programas permanentes de educación en derechos humanos, informar al órgano judicial sobre los avances implementados en el hospital de referencia, fortalecer el Instituto Nacional de Geriátrica y su incidencia en la red hospitalaria, diseñar una publicación o cartilla que desarrolle los derechos de las personas mayores en materia de salud y adoptar las medidas necesarias, a fin de diseñar una política general de protección integral a las personas mayores.
- Como indemnización compensatoria deberá pagar la cantidad fijada en la sentencia en concepto de daños materiales e inmateriales.

Reflexión final

Los derechos sociales son exigibles y justiciables siendo necesario regular su régimen jurídico a partir de dichos caracteres. Así las cosas, los Estados deben adoptar las medidas para su plena efectividad o, en palabras de la Corte, se debe disponer de infraestructura adecuada y necesaria; garantizar el acceso sin discriminación (a través de medidas personales, físicas, económicas y de información); disponibilidad de establecimientos de salud y garantizar la sujeción a la ética médica y criterios culturalmente adecuados, incluyendo y aplicando la perspectiva de género y el respeto de los pueblos indígenas.

A partir de la exigibilidad de la salud hay que implementar políticas públicas que permitan el acceso universal sin discriminación. La Corte propone buscar el equilibrio entre la tutela o protección del derecho a la salud y la estabilidad financiera, pues el Estado debe atender con los recursos públicos a diferentes políticas sociales, sin que el límite de recursos pueda ser esgrimido como excusa para incumplir su obligación de favorecer el acceso a los derechos.

Para cerrar este sistema de reconocimiento y protección están los órganos judiciales que controlan las políticas públicas en cuanto que respuesta de los Estados en cumplimiento de sus obligaciones frente los derechos sociales, económicos, culturales y medio ambientales.

XII. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: UN ANÁLISIS DE LAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES EN LA JURISPRUDENCIA

Ana Aba Catoira*

Introducción¹

La jurisprudencia de la Corte Interamericana analiza la situación de los derechos humanos de las mujeres aplicando la perspectiva de género. En definitiva, se trata de hacer una relectura de los derechos y libertades garantizados en la Convención Americana con una mirada diferente, a partir de las características de las mujeres en cuanto titulares de éstos. En estas páginas, daremos cuenta de alguna jurisprudencia que ha ido dictando la Corte a raíz de diferentes violaciones de los derechos convencionales de las mujeres, causadas desde las instituciones o por particulares y presentando casi todas ellas, como elemento común, la violencia ejercida, ya sea física o psicológica, sobre éstas. Nos encontramos con numerosos casos contenciosos, medidas provisionales y opiniones consultivas, en los que la Corte fija su posición sobre el contenido y alcance de los derechos de las mujeres, las obligaciones del Estado y los límites que se pueden imponer a estos derechos.

La Corte Interamericana se ha venido ocupando de diversos elementos que conforman las relaciones de género, como los roles, los estereotipos, la discriminación presente en las estructuras, la violencia de género en todas sus manifestaciones, la violencia sexual, la cosificación del cuerpo femenino, los derechos sexuales y reproductivos, y, de modo

* Universidad de A Coruña.

¹ Abreviaturas: Corte Interamericana de Derechos Humanos: la Corte; Convención Americana de Derechos Humanos: la Convención; Tribunal Europeo de Derechos Humanos: T.E.D.H; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: CEDAW; Organización Mundial de la Salud: O.M.S; Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia: FIGO; Asociación Médica Mundial: A.M.M; Organización de Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura: UNESCO.

particular, la discriminación que sufren las mujeres indígenas y las mujeres desplazadas. Asimismo, se ha ocupado de las violaciones de los derechos garantizados en la Convención, el derecho a la vida (art. 4) en situaciones de embarazo y en relación a las condiciones que sufren las mujeres en casos de privación de libertad; la integridad personal en casos de violencia sexual (art. 5); la vida privada y la autonomía personal (art. 11); y, el derecho de acceso a la justicia (arts. 8 y 25). Por otra parte, ha adoptado diversas medidas de reparación aplicando la perspectiva de género.

1. Un análisis de los elementos culturales presentes en la discriminación estructural: el género

La violencia por razón de género es aquella dirigida contra la mujer por ser mujer y es una forma directa de discriminación. En este sentido, se han manifestado los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su influyente jurisprudencia y Naciones Unidas, en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará (1994) (Preámbulo y art. 6) y el CEDAW (Preámbulo) vinculan la violencia de género y la discriminación, del mismo modo que el Convenio del Consejo de Europa Sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (Estambul, 2011) afirma que “la violencia contra las mujeres es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación”, así como que “la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres está basada en el género”.

En el caso *González y otras vs. México*², la Corte declara que, a pesar de que el Estado niega que exista patrón en alguno en los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez, sí reconoció, en el Informe de Respuesta al CEDAW, que: “están influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer basada en una concepción errónea de su inferioridad”. En lo que respecta a las acciones concretas dirigidas a mejorar la situación de discriminación que sufren las mujeres reconoció que una cultura fuertemente arraigada en estereotipos, cuya piedra angular es la supuesta inferioridad femenina, “no se cambia de la noche a la mañana”. Según distintos informes elaborados sobre los feminicidios en Ciudad Juárez, los motivos y los delincuentes son diversos, pero muchos de estos casos son

² *Caso González y otras vs. México*, “Campo Algodonero”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

violencia de género que se produce en un contexto de discriminación sistemática contra las mujeres.

Así lo anterior, el género de la víctima es un factor determinante en estos crímenes, son una manifestación de la violencia a que se somete a las mujeres que la sufren por el simple hecho de serlo. El Informe de la Relatoría de la C.I.D.H señala que esta violencia “tiene sus raíces en conceptos referentes a la inferioridad y subordinación de las mujeres”. Por su parte, el CEDAW enfatiza que los casos violencia de género, entre los que se incluyen los asesinatos, secuestros, desapariciones y las situaciones de violencia doméstica e intrafamiliar, “no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades” y que estas situaciones de violencia están fundadas “en una cultura de violencia y discriminación basada en el género”. La Relatora sobre la Violencia contra la Mujer de la ONU declara que la violencia contra la mujer en México sólo puede entenderse en el contexto de “una desigualdad de género arraigada en la sociedad”, refiriéndose a la presencia de “fuerzas de cambio que ponen en entredicho las bases mismas del machismo” como la incorporación de las mujeres a la fuerza de trabajo que les proporciona independencia económica y les ofrece oportunidades de formación y desarrollo.

La violencia de género presenta números muy elevados en Guatemala en cuanto asesinatos y otras agresiones además de que son numerosísimos los casos sin resolver por el Estado junto a la tendencia de responsabilizar a las víctimas de la agresión sufrida. En el *caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*³, la Corte llama la atención sobre el hecho de que las investigaciones se centran en la vida personal y sexual de las víctimas, pues Claudina Velásquez asistió a una fiesta tras la que se le perdió la pista, sin que hubiera investigación alguna durante las horas que siguieron a la denuncia y hasta el hallazgo de su cuerpo sin vida.

En el *caso del Penal Castro Castro vs. Perú*⁴, la Corte afirmó que las mujeres detenidas o arrestadas “no deben sufrir discriminación y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación”; asimismo, “deben ser supervisadas y revisadas por oficiales femeninas”; que las mujeres embarazadas y en lactancia “deben ser proveídas con condiciones especiales”. La discriminación incluye “la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada” y abarca “actos que infligen daños o sufrimientos de

³ *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de noviembre de 2015.

⁴ *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C Núm. 16.

índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad”. Por otra parte, algunas autoridades, denunciando la violencia estructural, declaran que las víctimas eran “voladas” o que “se fueron con el novio”; si a ello le sumamos la pasividad del Estado el resultado es la indiferencia y la impunidad de estos actos, permitidos y tolerados por la sociedad y las instituciones.

Las pésimas condiciones que sufren las mujeres detenidas se concretan en la desatención de sus necesidades fisiológicas al negarles materiales de aseo personal (jabón, papel higiénico, toallas sanitarias y ropa íntima); desatención de las necesidades de salud pre y post natal; prohibición de conversar, leer, estudiar y realizar trabajos manuales. El maltrato y sufrimiento de estas mujeres, especialmente las embarazadas y las madres, es manifiesto a través de medidas como la incomunicación, que ocasionó un sufrimiento psicológico adicional a las internas que no pudieron comunicarse con sus hijos.

Asimismo, llama la atención sobre la desatención de sus necesidades fisiológicas, pues, en palabras del Comité Internacional de la Cruz Roja⁵, el Estado debe asegurar que las condiciones sanitarias sean adecuadas para mantener la higiene y la salud, permitiéndoles acceso regular a retretes y permitiéndoles que se bañen y que limpien su ropa regularmente. Por otra parte, también estableció que se deben realizar arreglos para cuando las mujeres tengan la menstruación, estén embarazadas o acompañadas de sus hijos.

La Comisión Interamericana, en su Informe sobre “Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia”⁶, llamaba la atención sobre la influencia de los patrones socioculturales en la credibilidad de las mujeres víctimas en el proceso penal hasta el extremo de que en muchos casos se presume su responsabilidad ante tales actos, aplicando estereotipos sexistas y justificando las agresiones por la vestimenta, el horario de las salidas nocturnas, los hábitos sexuales o incluso en la relación afectiva con el agresor. Esta visión estereotipada y sexista de las mujeres y de sus patrones de comportamiento ha conducido, en demasiadas ocasiones, a que las autoridades, que han de proteger a las mujeres, no procedan adecuadamente cuando se toman las declaraciones, se realizan las investigaciones, la práctica de las pruebas o la valoración de los hechos denunciados.

⁵ <http://www.icrc.org>.

⁶ CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 enero 2007.

En el *caso Espinoza González vs. Perú*⁷, la Corte se pronuncia nuevamente sobre los estereotipos de género, señalando su incompatibilidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la obligación de los Estados de adoptar medidas de cara a su erradicación. En este procedimiento depuso la perita Rebeca Cook, quien afirmó que “la caracterización de la mujer sospechosa de actividad criminal como una ['] chica mala ['] permite negarles su madurez y humanidad y así eximir de responsabilidad [a] las personas responsables de su custodia”, señalando que entre las características que suelen atribuirse a las mujeres sospechosas de haber cometido delitos se incluyen “ser asertivas, manipuladoras, carecer de credibilidad y tendencia a desafiar a la autoridad”. “[l]os jueces que comparten estereotipos de género similares acerca de las mujeres consideradas sospechosas consecuentemente puede[n] provocar que la decisión de su inocencia o culpabilidad no se fundamente en evidencia apropiada, o incluso se les puede imponer castigos más severos que a las mujeres sospechosas que se someten a la autoridad masculina”. La Corte va a rechazar este estereotipo de género en virtud del cual se considera a las mujeres sospechosas de delinquir, como intrínsecamente no confiables o manipuladoras, especialmente en los procesos judiciales. Estas valoraciones evidencian “un criterio discrecional y discriminatorio con base en la situación procesal de las mujeres”. Por otra parte, la perita María Jennie Dador, afirmó, ante la Corte, que, cuando se investigan casos de violencia sexual y tortura, las autoridades judiciales peruanas incurren “en la sobrevaloración de la pericia médico legal, en la integridad del himen o pérdida de la virginidad y en la acreditación de las huellas físicas de la violencia. Sin considerar que para ello no se contaba ni se cuenta hasta ahora, con recursos técnico-científicos ni humanos, que permitan al sistema de justicia reunir pruebas necesarias para acusar a los agresores”.

Así las cosas, la Corte considerará que garantizar el derecho de acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual requiere cambiar las reglas de valoración de la prueba para evitar afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas. En el Acuerdo Plenario N^o1-2011/CJ-116 de 6 de diciembre de 2011, la Corte Suprema de Justicia, estableció como doctrina legal los criterios a aplicar en la apreciación de la prueba en los delitos sexuales en Perú, afirmando que “algunos sectores de la comunidad asumen que esta apreciación probatoria está gobernada por estereotipos de género en los Policías, Fiscales y Jueces” y se reconoce la necesidad de “que se lleve a cabo una adecuada apreciación y selección de la prueba a fin de neutralizar la posibilidad de

⁷ *Caso Espinoza González vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014.

que se produzca algún defecto que lesione la dignidad humana y sea fuente de impunidad". La Corte considera que, en este caso, la ausencia de normas que regulasen la especial valoración de la prueba favoreció el uso de estereotipos de género por la Sala Penal Permanente a la hora de determinar que Gladys Espinoza había sufrido tortura y violencia sexual. La Sala afirmó que la víctima había manipulado la realidad a su conveniencia, por lo que, siguiendo lo señalado por las señoras peritas, confirma que las autoridades actúan siguiendo los estereotipos por razón de género, restando credibilidad a las declaraciones de las mujeres víctimas cuando se enjuician estos delitos de carácter sexual. A mayor abundamiento, la Corte Interamericana considera que hay una serie de elementos concurrentes que demuestran que el órgano judicial eligió selectivamente la prueba en perjuicio de la Sra. Espinoza: i) se descartó el alegato de la posible existencia de tortura; ii) se descartó la existencia de peritajes médicos que no negaban la posibilidad de que Gladys Espinoza hubiese sufrido torturas, y iii) no se analizaron otros elementos contenidos en el expediente judicial, como los exámenes médicos que se le practicaron que recogían indicios de tortura.

2. La violencia sexual es violencia de género

a. La violencia sexual como arma de guerra en los conflictos

La violación de mujeres es una práctica generalizada en los contextos bélicos, en masacres o en conflictos internos de los Estados, con el objetivo de aniquilar la dignidad y libertad de las mujeres⁸. Se convierten en víctimas de la violencia y son estigmatizadas en sus comunidades, además de que la impunidad generalizada les priva del derecho de acceso a la justicia⁹.

La Corte declara que en los conflictos armados internos e internacionales las partes que se enfrentan utilizan la violencia sexual contra las mujeres como un medio de castigo y represión, se trata de "un medio simbólico para humillar a la parte contraria". En el caso enjuiciado

⁸ Informe de la Sra. Radica Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la Violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, presentado de conformidad con la resolución 2000/45 de la Comisión de Derechos Humanos, "*La violencia contra la mujer perpetrada y/o condonada por el Estado en tiempos de conflicto armado (1997-2000)*", E/CN.4/2001/73.

⁹ *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, Reparaciones. Sentencia 19 de noviembre de 2004. Esta aldea, habitada mayoritariamente por miembros del pueblo indígena maya, fue masacrada por el ejército sin que se realizasen investigaciones ni se sancionase a los responsables.

por la Corte¹⁰, se constata que en el marco del conflicto armado se realizaron diversos actos contra las mujeres diferentes a los sufridos por los hombres, algunos específicamente dirigidos contra ellas y otros que las afectaron de forma más intensa. En este caso, las mujeres que sufrieron la violencia estaban bajo el control del poder de los agentes del Estado, indefensas y heridas por agentes estatales de seguridad. La violación de las mujeres detenidas por agentes estatales es un acto especialmente grave y reprobable habida cuenta la condición de víctima vulnerable y el abuso de poder cometido.

Ya se ha visto como la Corte, en la sentencia “Campo Algodonero” afirma que los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez son casos de violencia de género que responden a una cultura de discriminación contra la mujer, siendo necesario establecer si esta violencia resulta atribuible al Estado.

No son pocas las sentencias en las que la Corte se manifiesta sobre la violencia sexual que sufren las mujeres en un contexto bélico, como lo sucedido en la masacre Dos Erres¹¹, donde los terribles hechos sucedidos evidencian que “[l]a violación sexual de las mujeres fue una práctica del Estado, ejecutada en el contexto de las masacres, dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual”.

b. Casos de violencia sexual

En el *caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, la Corte concluye que haber obligado a las internas a permanecer desnudas en el hospital, vigiladas por hombres armados, constituyó violencia sexual. Se declara que el Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal, garantizado en el art. 5.2º de la Convención, de seis internas que sufrieron tratos crueles.

Según la jurisprudencia consolidada y el Derecho Penal internacional y comparado, la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento por vía vaginal, sino que debe entenderse como todo acto de penetración, vaginal o anal, sin el consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril. En el caso de autos, una interna había sido trasladada al Hospital de la Sanidad de la Policía, donde fue objeto de una inspección vaginal dactilar por varias personas encapuchadas que procedieron bruscamente, con el pretexto de revisarla.

¹⁰ *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia 25 de noviembre de 2006.

¹¹ *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, Reparaciones, Sentencia de 19 de noviembre 2004, Serie C Núm. 116.

En el procedimiento seguido en el *caso J. vs. Perú*¹², consta que la presunta víctima narró ante la policía y en la fase de instrucción, los malos tratos presuntamente sufridos durante la detención: i) fue golpeada y tomada de los cabellos; ii) un hombre habría golpeado sus piernas y la habrían manoseado sexualmente, y iii) le habrían vendado los ojos. Para la Corte las declaraciones de la víctima son consistentes y aportan la descripción de unos hechos que también se recogen en los escritos presentados en el procedimiento ante el sistema interamericano.

La violencia sexual es una forma de tortura, así lo ha manifestado la Corte en diversas ocasiones, al entender que se infringe el derecho a la integridad física y psíquica. En la sentencia dictada en el *caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil*¹³, declara que todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario ante el comportamiento de la persona detenida, constituye un atentado contra la dignidad humana, una violación del art. 5 de la Convención. El Estado reconoció las violaciones cometidas por funcionarios públicos y, por tanto, la vulneración del derecho a la integridad consagrado en su articulado.

Una violación sexual puede ser tortura, aun cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales, como puede ser el domicilio de la víctima. Los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto, requisitos que en el presente caso se encuentran cumplidos¹⁴. Así lo anterior, la Corte concluirá que la violación en este caso supuso una vulneración del derecho a la integridad personal de la víctima, constituyendo un acto de tortura según lo dispuesto en el art. 5.2º de la Convención y en el art. 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Esta Convención Interamericana establece la obligación de los Estados de “toma[r] medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción” y a “prevenir y sancionar [...] otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Los Estados garantizarán, a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura, el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente. Asimismo, cuando exista denuncia o razón fundada para creer que ha habido tortura, garantizarán que sus respectivas autoridades iniciarán de oficio una investigación y, en su caso,

¹² *Caso J. vs. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2013.

¹³ *Caso, Favela Nova Brasília vs. Brasil*, l. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de febrero de 2017, Serie C Núm. 333.

¹⁴ *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de agosto de 2010.

el respectivo proceso penal. Es preceptivo tener en cuenta que en estos casos la víctima no suele denunciar los hechos máxime si está privada de libertad bajo la custodia del Estado.

La Corte afirmó que la violación sexual de una mujer detenida o bajo la custodia de un agente del Estado es un acto especialmente grave y reprobable, considerando la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que comete el agente. Asimismo, la violación es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico, que humilla a la víctima “física y emocionalmente”, una situación difícilmente superable con el paso del tiempo.

3. El cuerpo de las mujeres

En el *caso I.V. vs. Bolivia*¹⁵, la Corte manifiesta como la Comisión sostuvo que “el presente caso es un ejemplo de las múltiples formas de discriminación que afectan el goce y ejercicio de derechos humanos por parte de algunos grupos de mujeres, como I.V., en base a la intersección de diversos factores como su sexo, condición de migrante y posición económica”. La representante de la señora I.V. alegó ante la Corte que, al ser sometida a una esterilización sin su consentimiento, fue discriminada con base a su condición de i) mujer, ii) pobre, iii) peruana y iv) refugiada.

La Corte reconoce que la libertad y autonomía de las mujeres en materia de salud sexual y reproductiva se ha limitado, restringido o anulado por estereotipos de género, que perjudican a las mujeres. La asignación sexista de roles y funciones, así como de características de cada uno de los géneros, ha determinado que tradicionalmente los varones hayan decidido sobre el cuerpo de las mujeres vistas como reproductoras. La Corte advierte que las esterilizaciones forzosas de las mujeres responden a esta distribución desigualitaria y desequilibrada de roles entre los dos géneros, relaciones de género jerarquizadas. La esterilización es un método que funciona como anticonceptivo, pero practicarla sin el consentimiento de la afectada pone en evidencia la vulneración de los derechos fundamentales de la mujer. En el momento del parto, cuando han de realizarse cesáreas, no resulta infrecuente, que se lleve a cabo una esterilización no consentida, a partir del estereotipo que sostiene que las mujeres no tienen capacidad para tomar este tipo de decisiones con responsabilidad. La Corte aplica la protección del art. 1.1º de la Convención por motivos de sexo y género, pues las mujeres tradicionalmente han sido marginadas y discriminadas en materia reproductiva. En aplicación de este precepto la restricción de un derecho

¹⁵ *Caso I.V. vs. Bolivia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Serie C Núm. 329.

exige un estricto examen de su fundamentación, adecuación y proporcionalidad, además de la inversión de la carga de la prueba para demostrar que con esa decisión no se pretendía discriminar a la mujer afectada.

Nuevamente, la apropiación del cuerpo de las mujeres, desde la consideración de las mujeres como objetos a las que no les corresponde el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales más básicos. En el *caso Gelman vs. Uruguay*¹⁶, nos encontramos con que la detenida estaba embarazada cuando fue detenida, separada de su esposo y trasladada desde Argentina a Uruguay. En este país la mantuvieron retenida en un centro clandestino de detención y torturas, separada de otras personas con el objetivo de utilizar su cuerpo para obtener un bebé y darle de lactar hasta su entrega. La sustracción del bebé y la sustitución de su identidad revisten enorme gravedad y revelan una concepción del cuerpo de la mujer que atenta contra su libertad y coarta el libre desarrollo de la personalidad. Una gravedad que aumenta si se considera el contexto en que se produjeron las desapariciones de las mujeres embarazadas y las sustracciones de recién nacidos.

4. Medidas que deben adoptar e implementar los Estados para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres

- El Estado está obligado a adoptar medidas de debida diligencia para prevenir la violencia contra las mujeres: debe tener un adecuado marco jurídico de protección con una aplicación efectiva y con políticas de prevención y prácticas para responder con eficacia ante las denuncias. La política de prevención deber ser integral, previendo los factores de riesgo y fortaleciendo las instituciones para que respondan eficazmente contra la violencia de género¹⁷. El Estado tiene un deber de debida diligencia frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Las autoridades deben actuar ordenando medidas oportunas y necesarias para determinar el paradero de las víctimas o donde puedan estar retenidas, deben existir procedimientos adecuados para investigar las denuncias y realizar una investigación efectiva desde las primeras horas. Para la Corte, México no demostró haber adoptado las medidas indicadas, conforme a las circunstancias que rodeaban a los casos, con el objetivo de hallar a las víctimas con vida, pues, en el tiempo transcurrido entre las denuncias y el hallazgo de los cuerpos, se dedicó a realizar formalidades y tomar declaraciones que no condujeron a la búsqueda de las mujeres. A lo anterior se suma la actitud y trato que los

¹⁶ *Caso Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011.

¹⁷ *Campo Algodonero*.

funcionarios tuvieron con los familiares de las víctimas, transmitiendo que no era urgente la investigación de las desapariciones. Este incumplimiento del deber de garantía es más intenso, ya que el Estado conocía el contexto de estas desapariciones, la situación de vulnerabilidad de las mujeres y las obligaciones impuestas en el art. 7.b) de la Convención.

- El Estado debe tomar medidas integrales para erradicar la violencia contra la mujer: en los casos de violencia de género las obligaciones generales contenidas en la Convención se complementan con las de la Convención de Belém do Pará, concretamente con la obligación específica de su art. 7.b) que obliga a los Estados a utilizar la debida diligencia para prevenir sancionar y erradicar la violencia de género¹⁸. Las autoridades deben iniciar de oficio y sin dilaciones la investigación de los hechos, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia de género y las obligaciones del Estado de erradicarla y apoyar a las víctimas para que confíen en las instituciones para su protección efectiva.
- El Estado está obligado a implementar medidas para erradicar la violencia de los centros penitenciarios: la Corte requiere al Estado para que adopte las medidas pertinentes conforme a las normas internacionales aplicables al tratamiento de personas privadas de libertad, en particular: [...] d) separar a los internos hombres de las internas mujeres”¹⁹. Asimismo, la Corte declara la obligación de los Estados de atender, de forma específica, a las mujeres privadas de libertad embarazadas y en período de lactancia. El Estado tiene el deber general de proteger a las mujeres frente a toda forma de discriminación y tiene un deber específico cuando éstas se encuentran bajo custodia estatal, por lo que deben estar separadas de los hombres y bajo vigilancia a cargo de personal femenino²⁰.
- El Estado debe adoptar medidas especiales de protección para defensoras de derechos humanos: se trata de establecer medidas especiales de protección adecuadas y efectivas. Estas medidas específicas deben ser acordes con las funciones que desarrollan y adecuarse al nivel de riesgo a que se enfrentan que tendrá que ser evaluado en cada caso. Asimismo, el enfoque de género debe estar

¹⁸ *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de octubre de 2012; *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2012.

¹⁹ *Caso Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental: Cárcel de Uribana respecto de Venezuela*, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de febrero de 2007.

²⁰ *Asunto Centro Penitenciario de la Región Andina respecto de Venezuela*, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 6 de septiembre de 2012.

presente en el procedimiento de evaluación, por el impacto en el nivel de riesgo y en la implementación de medidas²¹.

- La obtención del consentimiento informado en el ámbito de la salud es una obligación del Estado: la intervención médica con efectos permanentes en el aparato reproductivo pertenece a la esfera autónoma y de la vida privada de la mujer que tiene libertad para elegir su plan de vida y, por tanto, si quiere mantener o no su capacidad reproductiva o la descendencia que desea tener. Por tanto, ni el Estado ni terceras personas podrán realizar intervenciones no consentidas en la integridad y vida privada de las mujeres. Dicho lo anterior, el Estado está obligado a garantizar el derecho de acceso a la información en materia de salud.
- No obstante, lo anterior, la Corte pone de manifiesto la inexistencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos de una norma convencional sobre bioética y derechos humanos que desarrolle el consentimiento informado. Por tanto, para interpretar su alcance y contenido a efectos de determinar las obligaciones de los Estado, siguiendo las reglas generales de interpretación establecidas en el art. 29 de la Convención, se recurre a las declaraciones, guías, opiniones de comités expertos como los aprobados por la Organización Mundial de la Salud, la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia, la Asociación Médica Mundial, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, los órganos de los tratados de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Visto lo cual los elementos del consentimiento son su carácter personal, prestado desde la libertad, su carácter previo. La Corte estima que no hay consentimiento libre en aquél prestado por una mujer a la que le es solicitado cuando se encuentra en situación de vulnerabilidad como las aparejadas al parto natural o cesárea.
- Los Estados deben abstenerse de realizar acciones dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación jurídicas o fácticas, estando obligados a adoptar medidas positivas para eliminar las discriminaciones existentes en la sociedad dirigidas en contra de un determinado grupo de personas. De esto deriva un deber especial de protección frente a actuaciones discriminatorias. La Corte ha establecido que la orientación sexual de las personas es una categoría protegida por la Convención, por lo que la restricción de los derechos de una persona en base a su orientación sexual sería contraria al art.1.1º de la Convención. El derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de homosexual en sí

²¹ *Caso de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de agosto de 2014.

misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. En este sentido, los actos sexuales son expresión de la orientación sexual de la persona gozando de la protección del derecho a la no discriminación por orientación sexual. El tribunal advierte que la discriminación puede fundamentarse en una orientación sexual real o percibida, y en este orden de cosas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que, al determinar si alguien está comprendido en una categoría respecto de la cual existen uno o más motivos prohibidos de discriminación, la decisión se basará, salvo que exista justificación para no hacerlo, en la autoidentificación de la persona. La pertenencia incluye la asociación con un grupo afectado por uno de los motivos prohibidos o la percepción por otras personas de que forma parte de uno de esos grupos. Este concepto de discriminación por percepción se recoge en distintos instrumentos internacionales, como la Convención Interamericana sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

5. Reparaciones

- Medidas diferenciadas por razón de género:

La Corte recuerda que la “reparación integral” (*restitutio in integrum*) implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo además de una indemnización por los daños causados. Atendiendo a la situación de discriminación estructural “[...] las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En el presente caso, el Estado ha de erigir un monumento en memoria de las mujeres víctimas de violencia de género en Ciudad Juárez, para dignificarlas y recordarlas con el objetivo de evitar más casos en el futuro. Se establece que el monumento se inaugurará en el acto en el que el Estado reconozca su responsabilidad internacional y se construirá en el campo algodonero donde fueron encontradas las mujeres asesinadas²².

La Corte ha determinado que el reconocimiento parcial de responsabilidad hecho por el Estado ante el Tribunal contribuye positivamente al desarrollo del proceso y a la vigencia de los principios que inspiraron la Convención. Para que surta plenos efectos, el Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional donde hará referencia a las violaciones de derechos declaradas en la sentencia. El acto se celebrará en una ceremonia pública, en idiomas español y me’paa, en presencia de altas autoridades nacionales

²² Caso *González y otras “Campo Algodonero vs. México*.

y del estado de Guerrero, de las víctimas y de autoridades y miembros de la comunidad a la que pertenecen las víctimas. El Estado acordará con la víctima la modalidad de cumplimiento del acto público de reconocimiento, si presta su consentimiento, deberá ser transmitido por una emisora de radio con alcance en Guerrero. Se le da al Estado el plazo de un año para su cumplimiento. La Corte estima que es preciso disponer una medida de reparación que responda adecuadamente a los padecimientos físicos y psicológicos sufridos por las víctimas, atendiendo a sus especificidades de género y etnicidad. El Tribunal dispone la obligación a cargo del Estado de brindarles gratuitamente y de forma inmediata, el tratamiento médico y psicológico que requieran y deben incluir la provisión de medicamentos y transporte, intérprete y otros gastos directamente relacionados y que sean estrictamente necesarios²³. En este caso, la Corte destaca la importancia de implementar reparaciones con un alcance comunitario y que permitan reintegrar a la víctima en su espacio vital y de identificación cultural, entendiéndose que será una medida de reparación pertinente que el Estado facilite los recursos necesarios para que la comunidad indígena me'phaa de Barranca Tecoani establezca un centro comunitario, como centro de la mujer, donde se desarrollen actividades educativas en derechos humanos y derechos de la mujer, bajo responsabilidad y gestión de las mujeres de la comunidad. El Estado debe facilitar que sus instituciones y organizaciones de la sociedad civil especializadas en derechos humanos y género brinden asistencia en las acciones de capacitación comunitaria.

6. Políticas públicas y capacitación

- Normalizar, siguiendo los estándares internacionales, los parámetros para investigar, realizar el análisis forense y juzgar.
- El Estado debe continuar implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos y género; perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género y superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres.
- Los programas y cursos estarán destinados a policías, fiscales, jueces, militares, funcionarios encargados de la atención y asistencia legal a víctimas del delito y a cualquier funcionario público que participe en la prevención, investigación, procesamiento, sanción y reparación. Se deberá hacer una mención a la sentencia y a los instrumentos internacionales de derechos, específicamente, a los relativos a violencia

²³ *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de agosto de 2010.

- por razones de género, entre ellos la Convención Belém do Pará y la CEDAW, tomando en cuenta cómo ciertas normas o prácticas en el derecho interno tienen efectos discriminatorios en la vida de las mujeres también deberán incluir estudios sobre el Protocolo de Estambul y el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas.
- La eficacia e impacto de la implementación de los programas de educación en derechos humanos dentro de las fuerzas de seguridad es crucial para generar garantías de no repetición de hechos. La Corte considera importante fortalecer las capacidades institucionales del Estado mediante la capacitación de los integrantes de la Fuerza Armada Salvadoreña sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites en su actuación. El Estado debe implementar, en el plazo de un año a partir de la notificación de la sentencia, y con suficiente dotación presupuestaria, un programa o curso permanente y obligatorio sobre derechos humanos, incluyendo la perspectiva de género y niñez, dirigido a todos los niveles jerárquicos de la Fuerza Armada.

Conclusión

En la construcción de los derechos humanos resulta esencial el aporte de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, por lo que en este breve comentario se intenta ofrecer los criterios y elementos establecidos por la Corte en materia de derechos humanos de las mujeres, fundamentalmente en casos de violencia de género como manifestación directa de las discriminaciones estructurales que sufren por el simple hecho de ser mujeres. En este sentido, consideramos que la dinámica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana es crucial para avanzar en protección efectiva, no sólo por el reconocimiento de las violaciones de derechos fundamentales por actuaciones estatales sino también por las medidas de carácter obligatorio dispuestas en orden a garantizar los derechos y a reparar los daños físicos y psicológicos padecidos.

XIII. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: RESOLUCIÓN 64/18, MC 731/18 – NIÑOS Y NIÑAS MIGRANTES AFECTADOS POR LA POLÍTICA DE “TOLERANCIA CERO”, ESTADOS UNIDOS

Consuelo Olvera Treviño*

El 18 de junio de 2018, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) recibió la solicitud de medidas cautelares presentada por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México y las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (INDH) de Colombia, Ecuador, Guatemala, El Salvador y Honduras, en favor de los niños migrantes que habían sido detenidos y separados de sus familiares en los Estados Unidos, como resultado de la implementación de la política “Tolerancia Cero”.

Esta fue la primera vez que INDH del continente americano, encabezadas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México (CNDH), solicitaron medidas cautelares a la CIDH, marcando un precedente importante para el trabajo coordinado de las INDH ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Las INDH, entre otras condiciones, alegaron que la separación de los niños de sus padres podía causar daños irreparables a sus derechos, particularmente en el contexto del interés superior del niño.

El 16 de agosto de 2018, la CIDH decidió solicitar la adopción de medidas cautelares a favor de niños y niñas que han sido separados de sus padres y madres como resultado de la política de “Tolerancia Cero”, quienes están bajo la custodia de la Oficina de Reasentamiento de Refugiados, que a la fecha de la decisión de otorgamiento de la medida cautelar eran 572 niños y niñas, según la información de los Estados Unidos de América.

Es de destacar que el esfuerzo conjunto de la CNDH de México, la Defensoría del Pueblo de Colombia, la Defensoría del Pueblo de Ecuador, la Procuraduría de Derechos Humanos de Guatemala, el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos de Honduras y la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, trajo como resultado que la CIDH ordenara las medidas de protección solicitadas.

* Secretaria Ejecutiva de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México.

La CIDH, después de analizar las alegaciones de hecho y de derecho, consideró que la información presentada demostraba, en principio, que las personas beneficiarias se encontraban en una situación de gravedad, urgencia y riesgo de daño irreparable. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 25 del Reglamento de la CIDH, la Comisión decidió solicitar a los Estados Unidos de América:

1. Adoptar las medidas necesarias para proteger los derechos a la vida familiar, a la integridad personal y a la identidad de los beneficiarios propuestos. Particularmente, garantizando que estos derechos están protegidos a través de la reunificación de los niños con sus familias biológicas y en apoyo del interés superior del niño;
2. Adoptar las medidas necesarias, mientras la reunificación se lleva a cabo, para garantizar inmediatamente una comunicación adecuada, libre y regular entre los beneficiarios y sus familias, de acuerdo con su interés superior;
3. Además, con el objetivo de proteger sus derechos, proporcionar asistencia médica y psicológica, entre otras cosas que puedan ser necesarias, como la asistencia consular;
4. Proporcionar servicios de interpretación cuando sea necesario para que los beneficiarios propuestos conozcan sus derechos y tengan una buena comprensión de su situación y destino;
5. En caso de que cualquiera de los beneficiarios propuestos fuera deportado por separado de sus hijos, adoptar inmediatamente las medidas necesarias en el marco de la cooperación internacional para garantizar su reunificación, tomando en cuenta el interés superior del niño y el apoyo y la atención necesarios;
6. Suspender cualquier procedimiento migratorio que pudiera dar como resultado la separación de los niños de sus padres;
y
7. Acordar las medidas a adoptar con las personas beneficiarias y sus representantes.

La CIDH requirió al Gobierno de los Estados Unidos que le informara dentro de un período de 10 días, a partir de la fecha de notificación de la resolución, acerca de la adopción de las medidas cautelares que hubieran sido consultadas y acordadas, y actualizar periódicamente esta información.

La CIDH instruyó a su Secretaría Ejecutiva para que notificara su resolución a los Estados Unidos y a los solicitantes.

Cabe indicar que, la CIDH ha establecido de manera reiterada que las medidas cautelares tienen un doble carácter, uno cautelar y otro tutelar.

Respecto del carácter tutelar, las medidas buscan evitar un daño irreparable y preservar el ejercicio de los derechos humanos.

Con respecto al carácter cautelar, las medidas cautelares tienen como propósito preservar situaciones jurídicas mientras están siendo consideradas por la CIDH. El carácter cautelar tiene por objeto preservar los derechos en posible riesgo hasta que se resuelva la petición que se encuentra en el Sistema Interamericano. Su objeto y fin son los de asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo y, de esta manera, evitar que se lesionen los derechos alegados, situación que podría afectar el efecto útil de la decisión final.

En tal sentido, las medidas cautelares permiten así que el Estado en cuestión pueda cumplir la decisión final y, de ser necesario, cumplir con las reparaciones ordenadas.

Cabe destacar que, respecto del requisito de gravedad, la CIDH notó que de acuerdo con la información desagregada que proporcionó Estados Unidos, en vista de la resolución judicial del 26 de junio de 2018 y de la expiración del plazo establecido para la reunificación de los niños y sus padres afectados por la política de "Tolerancia Cero", de los 2,551 niños afectados, 572 supuestamente no habían sido todavía reunificados por varias razones. De hecho, de acuerdo con la información de los Estados Unidos, los padres de 410 niños podían estar ya fuera de ese país y no había información detallada que indicara en qué países se encontraban o cómo Estados Unidos iba a lograr la reunificación en el corto plazo.

En consecuencia, la CIDH observó con profunda preocupación, que tal reunificación podría ser imposible y los niños podrían ser entregados a patrocinadores en los Estados Unidos. Aun cuando la mayoría de las veces son dados a un miembro de la familia, no siempre sería el caso.

En relación con la integridad de los niños, la CIDH afirmó que la familia contribuye decisivamente a su bienestar y a su desarrollo integral y equilibrado en las dimensiones física, mental, espiritual, moral psicológica y social. Por lo tanto, la separación de los niños de sus familias puede poner en riesgo el desarrollo y la evolución de sus diferentes habilidades.

La CIDH indicó que, en principio, la familia debe proporcionar la mejor protección a los niños. Además, subrayó que el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el

desarrollo y el fortalecimiento de la familia. En consecuencia, la CIDH concluyó que los niños deben permanecer con sus familias, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de los niños, que puedan justificar la separación de sus familias. En todo caso, la separación debe ser excepcional y temporal.

La CIDH señaló que, en el caso de la separación de los niños de sus familias en contexto de migración, el Sistema Interamericano ha establecido que puede llevar a la desintegración de las familias. En relación con este punto, la CIDH se refirió de manera expresa a la reciente Observación General conjunta número 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y número 23 del Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, en la que se establece que la ruptura de la unidad familiar puede ocurrir con la expulsión de uno o de ambos progenitores, de tal manera que la separación de las familias debido a la violación de las leyes de inmigración resulta en una restricción desproporcionada.

En este asunto, la CIDH observó que Estados Unidos no aportó información detallada sobre la situación específica de las personas propuestas beneficiarias y, sobre si la reunificación estaría efectivamente planificada en un corto plazo, ni sobre si existiría un cronograma o se hubiesen habilitado de manera efectiva medios de contacto. Estados Unidos tampoco suministró detalles sobre las circunstancias particulares de las personas propuestas beneficiarias, estado de salud o condiciones de detención en que se encontrarían.

En vista de lo anterior, la CIDH concluyó que los derechos a la vida familiar e integridad personal, así como el derecho a la identidad de los niños y niñas, propuestos como beneficiarios, se encontraban, en principio, en una situación de riesgo. Lo anterior, tomando en cuenta en su conjunto el grave impacto que resulta a tales derechos como resultado de la pérdida del vínculo entre los niños y niñas con su familia biológica que podría producirse como resultado de la separación definitiva en ausencia de información concreta sobre su situación y posibilidades concretas de reunificación, incluso en algunos casos pudiendo ya haberse materializado una deportación en forma separada.

Lo antes mencionado se suma al impacto emocional y psicológico que supondría la detención y la situación de incertidumbre en torno a la reunificación de las niñas y niños, en un momento determinante en el cual la familia juega un rol esencial para la formación de las personalidades e identidades respectivas.

Es necesario hacer notar que, de conformidad con el artículo 25 del Reglamento de la CIDH, el otorgamiento de las medidas cautelares y su adopción por Estados Unidos no constituyen prejuzgamiento sobre

violación alguna a los derechos protegidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y otros instrumentos aplicables.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre es el instrumento aplicable a los Estados Unidos, toda vez que no son parte del tratado regional en la materia, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.