



Los *desafíos del litigio* en
materia de derechos
**económicos, sociales
y culturales**

Los *desafíos del litigio* en
materia de derechos
**económicos, sociales
y culturales**

DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

Dra. Stella Maris Martínez

PUBLICACIÓN REALIZADA POR LA
SECRETARÍA GENERAL DE CAPACITACIÓN Y JURISPRUDENCIA

COORDINACIÓN EDITORIAL

Subdirección de Comunicación Institucional

Defensoría General de la Nación
2017 Ministerio Público de la Defensa

Defensoría General de la Nación

www.mpd.gov.ar

Callao 970 - CP 1023

Ciudad de Buenos Aires

Presentación

Esta publicación fue concebida en el ámbito de la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia a partir del trabajo realizado para cubrir las necesidades de las dependencias del Ministerio Público de la Defensa que litigan en casos en los que se discuten temas de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Los sucesivos boletines de jurisprudencia difundidos durante los años 2014-2016 reflejaron los criterios de tribunales nacionales e internacionales dedicados a la problemática. En estos compendios quedaba bajo la responsabilidad del lector identificar en qué medida dichas decisiones podían renovar su vigencia en el litigio de un caso.

Este libro pretende contribuir al debate sobre cómo cristalizar los mejores estándares jurisprudenciales en nuevas acciones judiciales. Por esta razón, los trabajos aquí reunidos tienen como objetivo, por un lado, mostrar una porción del trabajo de la defensa pública, y por otro lado, proyectar nuevas líneas de trabajo que contemplen las múltiples aristas de las violaciones a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. En este sentido, la publicación constituye una puesta en valor de los criterios jurisprudenciales difundidos que, lejos de ser rígidos y abstractos, esperan ser reinterpretados para modificar las realidades de los asistidos por los defensores públicos.

Muchas de las principales decisiones de los tribunales locales fueron fruto del trabajo del Ministerio Público de la Defensa, que ha logrado traducir al lenguaje normativo la obligación de realizar mejoras sustantivas en el bienestar de los grupos más vulnerados. El desafío de la defensa consiste en vislumbrar nuevas formas de canalizar los reclamos jurídicos y en revelar cómo determinadas vivencias diarias constituyen violaciones a los derechos humanos.

En esta tarea, la puesta en relación de los estándares internacionales de derechos humanos con la práctica de los tribunales nacionales tiene como finalidad revalorizar el diálogo entre uno y otro sistema jurídico. Nutrirse del desarrollo de argumentos respetuosos de los derechos humanos para aplicarlos en casos reales y cotidianos es una forma de consolidar el trabajo institucional del Ministerio Público de la Defensa.

Esperamos que los contenidos de esta publicación puedan contribuir al trabajo de los defensores públicos y a lograr avances en la vigencia de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Julieta Di Corleto

*Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa*

Índice

Sección I. Perspectivas internacionales

- 7 | Los principios de derecho ambiental en los sistemas regionales de derechos humanos**
Por Sebastian E. Tedeschi
- 21 | La justiciabilidad del derecho a la vivienda en el ámbito internacional y su impacto en la jurisprudencia local**
Por Romina Tuliano
- 51 | La protección del derecho a la salud a través de sentencias estructurales: Notas sobre algunos retos y lecciones de la sentencia T-760 de 2008, a sus ocho años de implementación**
Por Oscar Parra Vera
- 71 | La Corte Interamericana de Derechos Humanos y su jurisprudencia sobre los derechos de los pueblos indígenas***
Por Javier Mariezcurrena e Irina Ferriello

Sección II. Perspectivas nacionales

- 93 | La cuestión social como objeto principal en la ejecución de la sentencia en la causa “Riachuelo-Matanza”: un desafío en la práctica de la defensa pública**
Por Equipo de Abordaje Territorial de la Defensoría General de la Nación
- 111 | Seguridad social y mujeres. El caso de la licencia por maternidad para trabajadoras de casas particulares y otros desafíos en una agenda de seguridad social con mirada de género**
Por María de la Paz Herrera y Rosalía Muñoz Genestoux
- 143 | Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos originarios y su contenido**
Por Andrés Reynoso
- 157 | Rigor formal versus la eficacia del tiempo y el derecho**
Por María Graciela Iglesias
- 169 | Salud reproductiva: aportes para un acceso igualitario al derecho a formar una familia**
Por Mariana Lucía Lavalle y Mercedes Robba

Los principios de derecho ambiental en los sistemas regionales de derechos humanos

I. Introducción

El derecho al medio ambiente se encuentra protegido por un grupo importante de instrumentos jurídicos internacionales, por la Constitución Nacional, la Ley General de Ambiente, por las normas provinciales y municipales. Los principios internacionales han sido recogidos por el ordenamiento interno, unos de forma directa a través de la incorporación con jerarquía constitucional de los tratados y las leyes que aprueban tratados internacionales, y otros mediante normas específicas en el ámbito constitucional (art. 41 de la Constitución Nacional) y las leyes, decretos y reglamentos, tanto federales, como provinciales y municipales. La normativa es variada y cuantiosa, de tal manera que en este artículo desarrollaremos los principios fundamentales para la orientar el litigio ambiental en el ámbito de la defensa pública.

Entre los instrumentos internacionales que tratan de manera exclusiva la cuestión ambiental, se destacan la Declara-

Sebastian E. Tedeschi*

Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación. Coordinador del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - DESC.

ción de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Declaración de Estocolmo) de 1972; la Carta Mundial para la Naturaleza (1982); la Convención de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación (1989); la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, la Agenda 21: Programa de Acción para el Desarrollo Sostenible, la Convención sobre la Diversidad Biológica y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, todas de 1992; la Convención de las Naciones Unidas de Lucha Contra la Desertificación (1994); el Protocolo de Kioto para reducir los gases de efecto invernadero (parte de la Convención Marco sobre cambio Climático) y el Convenio de Estocolmo Sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (2001), entre otros¹.

* El autor agradece la colaboración del Dr. Alejo J. Giles en la búsqueda de Jurisprudencia y bibliografía.

Por su parte, en el compendio de normas internacionales de derechos humanos también se incluyen los derechos ambientales. El más relevante es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 1, 6, 7, 11, 12, 13 y 15). También la Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 22, 25 y 27), la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, la Convención para la Eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (arts.11 y 14), la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención para los Derechos de los Niños (arts. 24 y 27), la Convención de la Organización Internacional del Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y Tribales (No.169, art. 7) y la Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, entre otros.

8

En el ámbito regional, estos derechos se encuentran protegidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. XI y XXVIII), la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (arts. 4, 5, 26 con remisión al art. 34 y 45 de la Carta de la OEA), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Protocolo de San Salvador- (art. 11), la Carta Democrática Interamericana (art. 15); la Carta Social de las Américas (arts. 17, 20, 22 y 33), y en una serie de instrumentos referidos a los pueblos indígenas.

II. Antecedentes fundantes y definiciones

El derecho internacional ambiental tiene su primer hito fun-

damental en 1972 con la primera gran Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. Allí se crea el Programa de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente (PNUMA), con la finalidad de fomentar y apoyar la cooperación en materia ambiental. Su paradigma fue el antropocentrismo. En su Plan de Acción para el Medio Humano, se acuerdan ciento nueve recomendaciones sobre esta temática, clasificadas en tres categorías: (a) evaluación ambiental, que incluye mecanismos de evaluación y revisión, monitoreo e intercambio de información, investigación, etc.; (b) gestión ambiental, que prevé planificación, establecimiento de objetivos, cooperación y acuerdos internacionales; y, (c) medidas de apoyo en el ámbito de la educación, información pública, cooperación técnica y financiamiento².

La Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano estableció veintiséis principios no vinculantes y 109 recomendaciones sobre Planificación y ordenación de los asentamientos humanos, Ordenación de los Recursos Naturales y sus Relaciones con el Medio y sobre Definición de los agentes contaminantes.

La declaración señala que los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para la calidad de vida, el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso para el disfrute del derecho a la vida.

Con posterioridad a esta conferencia, se adoptaron una serie de convenciones que desarrollaron contenidos específi-

¹ Una lista actualizada de los tratados que ha aprobado nuestro país, puede encontrarse en <http://www.ambiente.gov.ar/?idarticulo=5357>.

² Organización de las Naciones Unidas (ONU), Resolución de la Asamblea General N° 2994 de 15/12/72.

cos del derecho ambiental, entre ellas: la Convención sobre la Prevención de la Contaminación Marina por Vertimiento de Desechos y Otras Materias (1972, sobre vertidos de buques y naves); la Convención sobre el Patrimonio Mundial de la Humanidad (1972); el Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques (1973), la Convención de Tráfico de Especies Amenazadas de la Fauna y la Flora Silvestres (1973); la Convención sobre Especies Migratorias (1979); la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982); la Convención para la Protección de la Capa de Ozono (Convención de Viena, 1985 y Protocolo de Montreal, 1987), y la Convención sobre Movimientos Transfronterizos de Residuos Peligrosos (Convenio de Basilea), de 1989.

En 1992, se reunió en Río de Janeiro la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD) y se creó la Comisión de la ONU sobre Desarrollo Sostenible (CDS). Su paradigma fue el desarrollo sostenible y la equidad intergeneracional. Como resultado de esta conferencia se adoptaron una serie de Instrumentos jurídicamente vinculantes: el Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, y las Bases para la formulación y negociación de la Convención de Lucha contra la Desertificación y la Sequía (1994), además de un conjunto de instrumentos no vinculantes: la Declaración sobre Bosques, la Agenda 21, y el programa orientado a la acción.

La Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo reconoce que los seres humanos están en el centro de las preocupaciones que conciernen al desarrollo sostenible y que estos tienen derecho a una vida sana y productiva en

armonía con la naturaleza (art. 1); propone la implementación nacional del desarrollo sostenible (arts. 3, 4, 8, 20, 21); establece los deberes de evitar el daño ambiental (arts. 2, 14, 17 y 24), el Principio contaminador-pagador (art. 16), el deber de cooperar (arts. 5, 6, 7, 9, 12, 18 y 19), de reparar el daño ambiental (arts. 10 y 13); de adoptar legislaciones ambientales (art. 11); el reconocimiento del derecho de las minorías (arts. 22 y 23) y la Indisolubilidad de la paz, el desarrollo y la protección ambiental (arts. 25 y 26).

La Declaración de Río también establece la necesidad de tomar medidas tendientes a evitar la consumación de un daño irreparable (indicios) dentro de la jurisdicción de los Estados, la regulación de actividades públicas y privadas que puedan causar daño ambiental y políticas. Entre las nuevas herramientas prevé la evaluación de Impacto Ambiental, los sistemas de autorizaciones y licencias.

Una de las consecuencias más importantes de esta Conferencia fue el desarrollo del principio precautorio, a partir del Principio 15 que indica:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

Con posterioridad a la cumbre de Río, se aprobaron: el Proto-

colo de Kioto sobre cambio climático (1998), el Convenio de Róterdam sobre Consentimiento Informado Previo relativo al Comercio Internacional de Sustancias Químicas y Plaguicidas Peligrosos (1998), el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología (2000), los Objetivos del Milenio (2000, Metas mensurables para combatir la pobreza, falta de acceso a agua potable, entre otras), y el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (2001).

En el ámbito interamericano, el Protocolo de San Salvador (Adicional a la Convención americana de Derechos Humanos) los protege en el art. 11:

Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

Aunque el art. 19 del Protocolo Adicional no prevé su justiciabilidad por medio del procedimiento de peticiones individuales, sin embargo, faculta a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales establecidos en él, lo que incluye el derecho al medio ambiente.

Distinta es la situación del artículo 26 de la Convención, que establece:

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.

Al respecto, la Carta de la Organización de Estados Americanos, escrita bajo un paradigma de desarrollo industrial incipiente en el marco de una estrategia de sustitución de importaciones, estableció entre sus principios participación activa de los pueblos en las decisiones relativas a su desarrollo. Para lograrlo, los Estados acordaron, entre sus metas básicas, alcanzar condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna (art. 34 inc. i). La Corte Interamericana de Derechos Humanos se remitió a la Carta de la OEA a efectos de interpretar obligaciones de la Convención Americana en los casos *Herrera Ulloa v. Costa Rica*³, *Canese v. Paraguay*⁴, *Yatama v. Nicaragua*⁵, entre otros.

Por su parte, la Cláusula Ambiental de la Carta Democrática Interamericana establece:

El ejercicio de la democracia facilita la preservación

³ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 115. Serie C No. 107.

⁴ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

⁵ Corte IDH. *Caso Yatama v. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Junio de 2005. Serie C No. 127.

y el manejo adecuado del medio ambiente. Es esencial que los Estados del Hemisferio implementen políticas y estrategias de protección del medio ambiente, respetando los diversos tratados y convenciones, para lograr un desarrollo sostenible en beneficio de las futuras generaciones (art. 15).

III. Estándares de protección en la jurisprudencia europea e interamericana

III.1. Daños a la vida y a la salud por contaminación del medio ambiente

En el caso *Comunidad de la Oroya v. Perú*⁶, la Comisión consideró que las supuestas muertes y/o afectaciones a la salud de las presuntas víctimas como consecuencia de acciones y omisiones estatales frente a la contaminación ambiental derivada del complejo metalúrgico que funciona en La Oroya, de ser probadas, podrían configurar una violación de los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 CADH, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

En el caso de los niños y niñas, los hechos podrían constituir, además, la violación del artículo 19 CADH⁷. La alegada demora de más de tres años para la resolución de la acción constitucional, así como el presunto incumplimiento de la decisión definitiva en dicho proceso, podría determinar una violación de los derechos consagrados en los artículos 8 y

6 CIDH, *Caso Comunidad de la Oroya v. Perú*, Medida Cautelar del 31 de agosto de 2007.

7 CIDH, *Caso Comunidad de la Oroya v. Perú*, Informe No. 76/09, Petición 1473-06, Admisibilidad, 5 de agosto de 2009, párr. 74.

25 de la Convención, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento. La supuesta falta y/o manipulación de información sobre la contaminación ambiental que se vive en La Oroya y los efectos en la salud de sus pobladores, así como los alegados actos de hostigamiento contra personas que pretenden difundir información al respecto, podrían caracterizar la violación del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 de dicho instrumento⁸.

En el caso *San Mateo de Huanchor v. Perú*⁹ determinó que, de ser probados los hechos con relación a los efectos de la contaminación ambiental provocados por los relaves ubicados en Mayoc, que han generado una crisis en la salud pública en la población de San Mateo de Huanchor; podrían caracterizarse violaciones a los derechos a la vida, a la integridad personal, a las garantías judiciales, a los derechos de los niños, a la protección judicial y al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, todos consagrados en la Convención Americana.

En el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el caso “López Ostra”¹⁰, la Corte Europea por primera vez determinó que los daños ambientales de la colectividad, aunque no sean graves como para poner en peligro la salud de una persona, pueden afectar su bienestar y el disfrute de su domici-

8 CIDH, *Caso Comunidad de la Oroya*, informe citado, párr. 75.

9 CIDH, *Comunidad de San Mateo de Huanchor v. Perú*, Medida Cautelar del 17 de agosto de 2004.

10 TEDH. *Caso Lopez Ostra v. España*. Sentencia del 9 de diciembre de 1994, app. 16798/90, serie A/303-C, párr. 51.

lio, su vida privada y familiar, y la salud. La Sra. López Ostra y los miembros de su familia demandaron al Estado español por la instalación de una planta de tratamiento de residuos sólidos y líquidos que despedía fuertes olores y que –supuso– fue la causante de diversas enfermedades contraídas por los miembros de su familia. En su sentencia, el TEDH consideró que el Estado no logró encontrar un justo equilibrio entre el interés del bienestar de la ciudad –al tener una planta de tratamiento de residuos– y el disfrute efectivo de la recurrente de su derecho al respeto al domicilio y su vida privada y familiar; por lo que determinó la responsabilidad del Estado por su actuar omisivo para encontrar una solución acorde con los parámetros de la convención europea y dispuso una indemnización a favor de la reclamante¹¹.

12

En el caso “Taskin”¹² por contaminación del agua, la Corte Europea aplicó el principio de precaución. La denuncia, formulada por diez ciudadanos turcos, cuestionó la decisión del gobierno de dar una licencia de explotación a una mina de oro que, para su explotación, recurría a la técnica de lavado con cianuro sódico. El mismo Consejo de Estado la había considerado contraria al interés público, dado que entendió que ciertas condiciones geográficas y geomorfológicas hacían que la aplicación de dicha técnica podría poner en peligro el medio ambiente y el derecho a la vida de la población cercana. El Tribunal Europeo declaró la violación al art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos y dispuso una indemnización a favor de la parte actora, por entender proba-

11 TEDH, *Caso Lopez Ostra...* párr. 58.

12 TEDH. *Caso Taskin y otros v. Turquía*, sentencia del 10 de noviembre de 2004, app. 46117/99, Reports 2004-X.

da la existencia de un vínculo entre el riesgo real que supone el desarrollo de la actividad y derecho al disfrute pacífico de la vida familiar. Para hacerlo, tuvo que activar la vigencia del llamado principio de precaución que, preocupado por evitar la producción de daños ambientales, manda a adoptar medidas de protección aun cuando no haya una certeza científica sobre el acaecimiento de aquellos.

En el sistema europeo de derechos humanos, uno de los primeros casos ambientales que prosperó estuvo vinculado a la contaminación sónica. En el caso “Arrondele”¹³, el recurrente reclamó por el aumento del ruido en el tráfico de aeropuertos como violación del derecho a la salud y a la propiedad privada. El caso se resolvió mediante un acuerdo en donde las partes convinieron el pago de un monto determinado como resarcimiento.

Si bien con posterioridad, en el caso *Powell, Rayner v. Reino Unido*¹⁴, el TEDH rechazó una demanda en la que se alegaba que el ruido provocado en el aterrizaje de aviones en el aeropuerto de Heathrow constituía una vulneración de los derechos de quienes vivían en las cercanías; años más tarde, en el caso *Hatton v. Reino Unido*¹⁵, cambió de criterio y determinó que en los últimos años se verificaba un aumento en el ruido como consecuencia de la autorización de aterrizajes en horarios nocturnos.

13 Comisión Europea de Derechos Humanos. *Caso Arrondele v. Reino Unido*. Decisión sobre admisibilidad 15 de julio de 1980, app. 7889/77.

14 TEDH, *Caso Powell y Rayner v. Reino Unido*. Sentencia de 21 de febrero de 1991, app. 9310/81, serie A/172.

15 TEDH, *Caso Hatton y otros v. Reino Unido*, sentencia del 2 de octubre 2001 (Sala), app. 36022/97.

El tribunal sostuvo que este ruido provocaba grandes alteraciones en el sueño de los denunciantes y, como efectos secundarios, dolor de cabeza, cansancio, pérdida de concentración y depresiones, así como dificultad en las relaciones externas. Estas afectaciones provocaron que muchos de sus vecinos resolvieran el problema trasladándose de domicilio. Por ello, el tribunal determinó que el artículo 8.1 de la Convención impone un actuar positivo a los Estados para que garanticen un efectivo goce del derecho a la vida privada, y el deber de exigir a los Estados que minimicen, hasta donde sea posible, la interferencia con otros derechos, intentando encontrar soluciones alternativas que sean respetuosas de los derechos humanos¹⁶.

La Corte Europea determinó la responsabilidad del Estado, pues consideró que las medidas para limitar los niveles de contaminación acústica fueron del todo insuficientes, a pesar de tener en consideración las acciones específicas tomadas para mitigar las molestias del ruido nocturno. Sin embargo, la Corte no aceptó que estos pasos modestos tendientes a disminuir el ruido nocturno sean capaces de constituir “las medidas necesarias” para proteger la posición de los solicitantes. En particular, señaló la ausencia de cualquier esfuerzo serio por evaluar la magnitud o impacto de las interferencias con los modelos de sueño de los solicitantes, y la falta de un estudio específico y completo con el objetivo de encontrar una solución respetuosa de los derechos humanos¹⁷.

Estos principios luego fueron confirmados por la Corte en el caso *Moreno Gómez v. España*¹⁸. La denunciante, Moreno Gómez, habitaba en una zona residencial en la que había gran cantidad de locales nocturnos, *pubs* y discotecas –autorizadas por el ayuntamiento de Valencia desde 1974–, cuyos niveles sonoros eran mayores a los permitidos por la normativa comunal, motivo por el que la zona fue declarada “acústicamente saturada”. Además, dicho ayuntamiento decidió, en 1983, no autorizar más la apertura de establecimientos nocturnos en la zona, sin embargo, dicha decisión quedó sin efecto y se concedieron nuevas licencias. Luego de agotados los recursos internos, la señora Moreno Gómez acudió ante la jurisdicción de la Corte Europea, quien estableció que el artículo 8 de la Convención protege el derecho del individuo al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia. El domicilio es normalmente el lugar, el espacio físicamente determinado, en donde se desarrolla la vida privada y familiar. El individuo tiene derecho al respeto de su domicilio, concebido no solo como el derecho a un simple espacio físico, sino también como el derecho a disfrutar con toda tranquilidad de dicho espacio¹⁹.

En este caso, la Corte estableció como requisitos para la existencia de una interferencia al derecho a la vida privada, que es necesario que la perturbación al ambiente tiene que asumir un “cierto nivel de gravedad” (*severe environmental pollution*).

16 TEDH. *Caso Hatton*, párr. 97.

17 Ídem, párr. 104 - 107.

18 TEDH, *Caso Moreno Gómez v. España*. Sentencia de 16 de noviembre de 2004, app. 4143/02, Reports 2004-X.

19 Ídem.

En el caso *Fadeyeva v Rusia*²⁰, la Corte tuvo que resolver el conflicto de una familia residente en una ciudad cuya principal actividad era la producción de acero (Cherepovets), donde se registraban concentraciones de gases contaminantes incluso cincuenta veces superiores al máximo consentido por la legislación nacional. El Tribunal Europeo consideró dos vías de solución al problema planteado: el realojamiento de los pobladores o la disminución de las emanaciones de las fábricas de la zona. La Corte se encontró frente a un desacuerdo entre las partes acerca de la entidad de los efectos que degradaban el ambiente, y debió afrontar el hecho de determinar el “nivel mínimo del efecto negativo” que se debe alcanzar para poder calificarla como una interferencia a los derechos contenidos en el art. 8. En dicha sentencia, la Corte estableció que la noción de “contaminación ambiental grave” (*severe environmental pollution*) es relativa y, por lo tanto, debe ser evaluada caso por caso. Para ello, la Corte estableció como parámetros para determinar la degradación ambiental: a) la intensidad y la duración de la intromisión; y b) sus efectos físicos y psicológicos, considerados en el contexto ambiental en general. Para la Corte, no constituye una intromisión al art. 8 cuando la degradación que lamentan es irrelevante si se compara con los riesgos ambientales que se presentan en la vida urbana moderna.

Siguiendo el criterio de la Corte, para calificar un fenómeno de contaminación ambiental como interferencia del art. 8 no es necesario probar que se haya causado un daño a la salud

física de los recurrentes²¹. Encontramos este razonamiento en el caso “López Ostra” y, más recientemente, en el caso “Fadeyeva” mencionado, donde se determinó que de las circunstancias del caso se podía presumir una incidencia de la degradación del ambiente en detrimento de la salud de la recurrente, y en el supuesto que ello no se hubiera dado, se habría dado igualmente una influencia negativa en la vida doméstica (Miranda 2007).

III.2. Falta de estudio de impacto ambiental y consulta previa

En el caso *Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu v. Brasil*²², la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de los miembros de las comunidades indígenas de la cuenca del Río Xingu, en Pará, Brasil, y otras de la región. Mediante estas medidas, solicitó al Gobierno de Brasil suspender inmediatamente el proceso de licencia del proyecto de la Planta Hidroeléctrica Belo Monte e impedir la realización de cualquier obra material de ejecución hasta que se garantice el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas afectadas, así como el acceso a un Estudio de Impacto Social y Ambiental; adoptar medidas para proteger la vida e integridad personal de los miembros de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario de la cuenca del Xingú, y para prevenir la diseminación de enfermedades y epidemias entre las comunidades indígenas beneficiarias de las medidas cautelares como consecuencia de la construcción de la hidroeléctrica Belo Monte.

20 TEDH, *Caso Fadeyeva v. Rusia*. Sentencia del 9 de junio 2005, app. 55723/00, Reports 2005-IV, párr. 69.

21 TEDH. *Sentencia Powell e Rayner* op. cit, párr. 5.

22 Corte IDH, *Caso Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu v. Brasil*, Medida Cautelar No. 382/10 del 1 de abril de 2011.

El 29 de julio de 2011, la CIDH modificó el objeto de la medida, solicitando que el Gobierno: 1) adopte medidas para proteger la vida, salud, integridad personal de los miembros de las comunidades indígenas en situación de aislamiento voluntario y la integridad cultural de dichas comunidades; 2) adopte medidas para proteger la salud de los miembros de las comunidades indígenas de la cuenca del Xingu afectadas por el proyecto Belo Monte; y 3) garantice la pronta finalización de los procesos de regularización de las tierras ancestrales de pueblos indígenas en la cuenca del Xingu que están pendientes, y adopte medidas efectivas para la protección de dichos territorios ancestrales ante la intrusión y ocupación de no indígenas, y frente a la explotación o deterioro de sus recursos naturales.

III.3. Acceso a la información ambiental

El derecho de acceso a la información se protege en el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Además de su faz individual, implica también una dimensión colectiva consistente en el derecho a recibir cualquier tipo de información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno²³. En el caso “Herrera Ulloa”, la Corte, a partir de la cita de precedentes de la Corte Europea de Derechos Humanos, sostuvo:

[...] es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la

Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático.

Este derecho tiene una importancia clave en relación con las cuestiones ambientales, por ejemplo, cuando nos encontramos frente al incumplimiento del requisito del informe de impacto ambiental o socio-ambiental, o cuando, habiéndolo realizado, se omite hacerlo público. El acceso a la información ambiental en poder del gobierno puede prevenir una afectación a la vida o la integridad física de un grupo de personas afectadas. La Corte IDH se pronunció sobre el reclamo de un particular que había solicitado información al Estado sobre un contrato de inversión extranjera para la construcción de un proyecto de industrialización forestal (proyecto Río Cóndor) con previsión de un gran impacto ambiental, en donde determinó que:

[...] al impedirse el acceso a información sin justificación alguna, y cuando ésta es relevante para garantizar la fiscalización social de la gestión pública del Estado (en particular en un caso referido a la explotación de los recursos naturales) se vulneró el artículo 13 de la Convención, relacionada con el acceso a la información²⁴.

En este caso, la Corte recalca las conexiones entre el acceso a la información pública, el funcionamiento de las institucio-

²³ Corte IDH, OC 5/85, p. 30; *Caso Herrera Ulloa*, p. 108; *Caso Canese*, p. 77.

²⁴ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. XXX).

nes democráticas, la participación ciudadana, la lucha contra la corrupción y la gestión sostenible del medio ambiente²⁵.

El Estado omitió adoptar, oportuna y eficazmente, medidas para proteger los derechos humanos de los miembros de la comunidad Yanomami. Las violaciones denunciadas tienen su origen en la construcción de la autopista transamazónica BR-2310, que atraviesa los territorios donde viven los indígenas; en no haber creado el Parque Yanomami para la protección del patrimonio cultural de este grupo indígena; en la autorización de explotar las riquezas del subsuelo de los territorios indígenas; en permitir la penetración masiva, en el territorio de los indios, de personas extrañas transmisoras de enfermedades contagiosas diversas que han causado múltiples víctimas dentro de la comunidad indígena, y en no proveer la atención médica indispensable a las personas afectadas; y, finalmente, por proceder al desplazamiento de los indios de sus tierras ancestrales con todas las consecuencias negativas para su cultura, tradición y costumbres²⁶.

En el caso *Miguel Ignacio Fredes González y Ana Andrea Tuczczek Fries v. Chile*²⁷, la CIDH consideró que los argumentos de los peticionarios y del Estado relativos a la presunta violación del derecho de acceso a la información sobre bioseguridad y liberación de organismos genéticamente modifica-

25 Corte IDH. *Claude Reyes*, párrs. 88-93.

26 CIDH, Resolución N° 12/85, Caso N° 7615, Brasil, 5 de marzo de 1985. En el mismo sentido, CIDH, Informe N° 40/04, Caso N° 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas* (Belice), Informe Anual de la CIDH 2004, párrs. 136-156.

27 CIDH. *Caso Miguel Ignacio Fredes González y Ana Andrea Tuczczek Fries v. Chile*. Informe de Admisibilidad No. 14/09 del 19 de marzo de 2009, Petición 406-03, Caso 12.696.

dos presentan una cuestión jurídica que podría caracterizar la violación del artículo 13 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. En aplicación del principio *iura novit curia*, la CIDH se dispuso a analizar si se configura una violación de las obligaciones previstas en el artículo 8.1 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1.

Por su parte, en el caso “Guerra”²⁸, un grupo de pobladores de la ciudad de Manfredonia, vecinos de una fábrica de fertilizantes llamada “Enichem Agricultura” que había sido autorizada por el gobierno y que poseía información del riesgo, demandó al Estado italiano por las emisiones de sustancias en la atmósfera causadas por dicha fábrica, las que eran canalizadas hacia al centro de la ciudad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a Italia por la exposición de la población a gases tóxicos emanados de esta fábrica. La Corte determinó que los recurrentes esperaron más de seis años para recibir información que les hubiera permitido valorar los riesgos que podrían correr ellos y sus familias, por ejemplo, el de continuar residiendo en Manfredonia, donde se encontraban expuestos no solo a la inhalación de sustancias tóxicas, sino a un gran peligro constante en el caso de un incidente en la fábrica²⁹. Además, hizo lugar a la demanda contra Italia, declaró la violación al artículo 8 de la CEDH y dispuso una indemnización a favor de los actores.

En el mismo sentido, el TEDH estableció la obligación es-

28 TEDH, *Caso Guerra y otros c. Italia*. Sentencia del 19/02/1998, app. 14967/89, Reports 1998-I.

29 Ídem, párr. 90.

tatal de dar aviso a quien hubiera estado expuesto a radiaciones nucleares en el caso “L.C.B.”³⁰. Además, decidió permitir el acceso a la información en poder del gobierno a quienes hubieran estado expuestos a estas radiaciones en el caso “Mc. Gingley y Egan”³¹ y, finalmente, en el caso “Roche”³² con relación a la población expuesta a pruebas de Armas Químicas.

III.4. Ataques a defensores ambientales

En el caso *Kawas Fernández v. Honduras*³³ la Corte IDH determinó que existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la de otros derechos humanos (párr. 148). El reconocimiento del trabajo realizado por la defensa del medio ambiente y su relación con los derechos humanos cobra una mayor vigencia en los países de la región, en los que se observa un número creciente de denuncias de amenazas, actos de violencia y asesinatos de ambientalistas con motivo de su labor (párr. 149). La violación del deber de garantía que se observa en este caso –en el que se ha vulnerado el derecho a la vida– contraría la protección general de quienes dedican su vida y su trabajo a la preservación del ambiente, servicio que va mucho allá del derecho particular de alguno o algunos. Las acciones y omisiones que lesionan directamente a quienes ac-

30 TEDH, *Caso L.C.B. v. Reino Unido*. Sentencia del 9 de junio de 1998, app. 23413/94, Reports 1998-III.

31 TEDH, *Caso McGingley y Egan v. Reino Unido*. Sentencia del 9 de junio de 1998, app. 21825/93 y 23414/94, Reports 1998-III.

32 TEDH, *Caso Roche v. Reino Unido*. Sentencia del 18 de octubre de 2005, app. 32555/96, Reports 2005-X.

33 Corte IDH. *Caso Kawas Fernández v. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 3 de abril de 2009. Serie C No. 196.

túan en este ámbito, también intimidan a otras personas que realizan actividades del mismo tipo. Por ello, generan un desaliento individual y social, lo que conlleva un severo perjuicio para la comunidad en su conjunto (párr. 12 del voto razonado del juez Sergio García Ramírez).

En el caso *Padre Andrés Tamayo y otros v. Honduras*³⁴, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor del Padre Andrés Tamayo, y los señores Elvin Noe Lanza, Santos Efraín Paguada, Víctor Manuel Ochoa, René Wilfredo Gradiz, Macario Zelaya y Pedro Amado Acosta, miembros del Movimiento Ambientalista de Olancho (MAO), por las amenazas padecidas. En tanto el Estado era requerido para informar las medidas de protección, el 20 de diciembre de 2006 fue asesinado el señor Heraldo Zúñiga, por quien también se habían solicitado medidas cautelares, y su acompañante, Roger Murillo. En vista de los antecedentes del asunto, la Comisión solicitó al Gobierno de Honduras adoptar las medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad personal de los beneficiarios e informar sobre las medidas adoptadas a fin de esclarecer judicialmente los hechos que justifican la adopción de las medidas cautelares. La CIDH continúa dando seguimiento a la situación de los beneficiarios.

III.5. Discriminación de grupos en las decisiones sobre el medio ambiente

En el caso *Mosville Environmental Action Now v. Estados Unidos*³⁵, ante una denuncia formulada por un grupo de re-

34 CIDH, *Caso Padre Andrés Tamayo y otros v. Honduras*, Medida Cautelar del 22 de diciembre de 2006.

35 CIDH, *Caso Mosville Environmental Action Now v. Estados Unidos*. Informe de Admisibilidad No. 43/10 del 17 de marzo de 2010, Petición 242-05.

sidentes afroamericanos por la falta de permisos ambientales a las plantas industriales y contra los efectos desproporcionados que causaba la contaminación ambiental sobre este sector de la población, la CIDH consideró que estos hechos podrían caracterizar una violación al derecho de igualdad ante la ley. La Comisión Interamericana concluye que las alegaciones vinculadas a la vida privada no pueden considerarse manifiestamente infundadas, según el artículo 34 del Reglamento, por lo que requieren un examen del fondo de la cuestión.

En el caso *Luna López v. Honduras*³⁶ la Corte constató que los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias y razonables para garantizar el derecho a la vida de aquellas personas que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, sobre todo como consecuencia de su labor. Los Estados deben facilitar los medios necesarios para que las personas defensoras de derechos humanos o que cumplan una función pública por la que se encuentren amenazados o en situación de riesgo o denuncien violaciones a derechos humanos, puedan realizar libremente sus actividades; protegerlos cuando son objeto de amenazas para evitar los atentados contra su vida e integridad; generar las condiciones para la erradicación de violaciones por parte de agentes estatales o de particulares; abstenerse de imponer obstáculos que dificulten la realización de su labor; e investigar seria y eficazmente las violaciones cometidas en su contra, combatiendo la impunidad.

³⁶ CIDH, *Caso Luna López v. Honduras*. Informe de Admisibilidad No. 63/04 del 13 de octubre de 2004, Petición 60/03, Informe de Fondo No. 100/11 - 22 de julio de 2011, párr. 123.

IV. Conclusiones y desafíos para la Defensa Pública

Como hemos visto, el desarrollo de una jurisprudencia internacional aún está en pleno desarrollo. Aunque la jurisprudencia en el ámbito local y federal ha ido avanzando en algunos aspectos clave motivada por la legislación federal, provincial y municipal que se desarrolló en las últimas dos décadas, existen aportes dogmáticos fundamentales en la jurisprudencia de los sistemas regionales, interamericano y europeo, que son de suma utilidad para los tribunales locales y federales.

En el ámbito internacional, las personas solo pueden utilizar los mecanismos contenciosos del sistema internacional de derechos humanos para canalizar sus denuncias. En ese sentido, teniendo en cuenta que el mecanismo contencioso del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recién ha comenzado a funcionar hace dos años, todavía no existe una jurisprudencia que defina contenidos en esta materia.

De la jurisprudencia reseñada, un primer aspecto a destacar es que la mayor proyección de los derechos ambientales se ha dado en el campo de los sistemas regionales de derechos humanos, pese a que estos no tienen una norma dentro de sus procedimientos contenciosos.

En el sistema interamericano de derechos humanos, ello ha sido posible mediante la utilización de una noción amplia del derecho a la vida y a la integridad y, por vía de estos, invocando el derecho a la salud en la mayoría de los casos. En otros, se ha recurrido al derecho a la igualdad, al de propiedad y a los derechos sociales del art. 26, pero este último

en los informes de la CIDH y no en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el caso del sistema europeo, el artículo principal invocado es el 8, que se refiere al derecho al respeto al domicilio y su vida privada y familiar y, por esta vía, se ha identificado la contaminación ambiental como una causa de su violación, haciendo precisiones dogmáticas sobre los requisitos para considerar como “contaminación ambiental grave” que amerita la protección.

En ambos sistemas, hay importantes antecedentes sobre el acceso a la información ambiental, que es clave en la etapa preventiva y que requiere la invocación del principio precautorio para solicitar la adopción de medidas inhibitorias frente a proyectos que amenazan una afectación ambiental en el futuro cercano.

Otro tema que ha merecido mucha atención del sistema interamericano es la persecución y la violencia ejercida contra los defensores ambientales. Varias de esas causas involucran cuestiones de violencia institucional por la actuación de fuerzas de seguridad o su omisión frente a agresiones causadas por la seguridad privada de grupos económicos.

Con ello, tenemos un panorama que abarca líneas y criterios de interpretación frente a situaciones que se ventilan tanto en la justicia civil, como en la contenciosa administrativa y penal. Son antecedentes que pueden motivar una orientación para el litigio de los defensores públicos.

Bibliografía citada

Miranda, Haideer. 2007. “La protección del ambiente en el Sistema Europeo de Derechos Humanos”. *Panóptica*, 8.

Bibliografía consultada

Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA). 2008. *Guía de Defensa Ambiental*. México: AIDA.

Central European University, Center for Environmental Policy and Law (CEPL); The Health and Environment Alliance (HEAL) y The Coalition for Environmental Justice. 2007. *Making the Case for Environmental Justice in Central & Eastern Europe*. Budapest: Tamara Steger.

Freeland, Steven. 2005. “Direitos humanos, medio ambiente e conflitos. Enfrentando crimes ambientais”. *Sur. Revista internacional del direitos humanos*, 2: 118-145.

Mariscal Aguilar, Carmen María. 2013. “La protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de la consideración del derecho al medio ambiente adecuado como parte del interés general en una sociedad democrática”. *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, 24, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo;jsessionid=FF1E7D6099858600E8544C3FA4204CF1.dialnet02?codigo=4213945>.

Jurisprudencia internacional

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Caso Comunidad de la Oroya v. Perú*, Informe No. 76/09, Petición 1473-06, Admisibilidad, 5 de agosto de 2009.

CIDH, *Caso Comunidad de la Oroya v. Perú*, Medida Cautelar del 31 de agosto de 2007.

CIDH, *Caso Comunidad de San Mateo de Huanchor v. Perú*, Medida Cautelar del 17 de agosto de 2004.

CIDH, *Caso Comunidad Indígena Yanomami v. Brasil*, Resolución N° 12/85, Caso N° 7615, 5 de marzo de 1985.

CIDH, *Caso Luna López v. Honduras*. Informe de Admisibilidad No.

63/04 del 13 de octubre de 2004, Petición 60/03, Informe de Fondo No. 100/11 - 22 de julio de 2011.

CIDH, *Caso Mosville Environmental Action Now v. Estados Unidos*. Informe de Admisibilidad No. 43/10 del 17 de marzo de 2010, Petición 242-05.

CIDH, *Caso Padre Andrés Tamayo y otros v. Honduras*, Medida Cautelar del 22 de diciembre de 2006.

CIDH, Informe N° 40/04, Caso N° 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas* (Belice), Informe Anual de la CIDH 2004.

CIDH, *Caso Miguel Ignacio Fredes González y Ana Andrea Tuczek Fries v. Chile*. Informe de Admisibilidad No. 14/09 del 19 de marzo de 2009, Petición 406-03, Caso 12.696.

Comisión Europea de Derechos Humanos. *Caso Arrondele v. Reino Unido*. Decisión sobre admisibilidad 15 de julio de 1980, app. 7889/77.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Caso Claude Reyes y otros v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

Corte IDH, *Caso Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu v. Brasil*, Medida Cautelar No. 382/10 del 1 de abril de 2011.

Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 115. Serie C No. 107.

Corte IDH. *Caso Kawas Fernández v. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 3 de abril de 2009. Serie C No. 196.

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

Corte IDH. *Caso Yatama v. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Junio de 2005. Serie C No. 127.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Caso Fadeyeva v. Rusia*. Sentencia del 9 de junio 2005, app. 55723/00, Reports 2005-IV.

TEDH, *Caso Guerra y otros v. Italia*. Sentencia del 19/02/1998, app. 14967/89, Reports 1998-I.

TEDH, *Caso Hatton y otros v. Reino Unido*, sentencia del 2 de octubre 2001 (Sala), app. 36022/97.

TEDH, *Caso L.C.B. v. Reino Unido*. Sentencia del 9 de junio de 1998, app. 23413/94, Reports 1998-III.

TEDH. *Caso Lopez Ostra v. España*. Sentencia del 9 de diciembre de 1994, app. 16798/90, serie A/303-C.

TEDH, *Caso McGingley y Egan v. Reino Unido*. Sentencia del 9 de junio de 1998, app. 21825/93 y 23414/94, Reports 1998-III.

TEDH, *Caso Moreno Gómez v. España*. Sentencia de 16 de noviembre de 2004, app. 4143/02, Reports 2004-X.

TEDH, *Caso Powell y Rayner v. Reino Unido*. Sentencia de 21 de febrero de 1991, app. 9310/81, serie A/172.

TEDH, *Caso Roche v. Reino Unido*. Sentencia del 18 de octubre de 2005, app. 32555/96, Reports 2005-X.

TEDH. *Caso Taskin y otros v. Turquía*, sentencia del 10 de noviembre de 2004, app. 46117/99, Reports 2004-X.

Documentos de organismos internacionales

Organización de las Naciones Unidas (ONU), “Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano”. Resolución de la Asamblea General N° 2994 de 15/12/72.

Documentos de organismos nacionales

Centro de Derechos Humanos y Medio Ambiente en América (CE-DHA). Informe presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Audiencia celebrada en Washington D.C. el 16 de octubre de 2002. Elaborado por Sofía Bordenave y Romina Picolotti.

La justiciabilidad del derecho a la vivienda en el ámbito internacional y su impacto en la jurisprudencia local

I. Introducción: Un poco de historia en la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el ámbito internacional

Haciendo un breve recorrido histórico, es notable el avance progresivo en la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC). Hasta mediados del siglo XX, resulta casi imposible hallar fallos y decisiones sobre DESC. La mayoría de las sentencias internacionales basadas en el reconocimiento de los DESC se circunscribían a organismos como el Comité de Libertad Sindical de la OIT (Langford 2009, 99) o a fallos aislados de algunos países como Alemania, Estados Unidos y Argentina¹. Es recién a partir de las últimas dos décadas

¹ Así, por ejemplo, en 1972 la Corte Constitucional de Alemania dictaminó que existía el derecho a un nivel de vida básico mínimo y que las universidades debían usar el máximo de recursos de que dispusieran para ofrecer vacantes a los candidatos a cursar estudios de medicina (Alemania, Numerus Clausus I Case, 1972).

Romina Tuliano

Secretaria de Primera Instancia de la Defensoría General de la Nación. Programa de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Defensoría General de la Nación.

que nos encontramos frente a un cambio de paradigma en materia de protección de los DESC.

A nivel internacional, se suele considerar que India fue uno de los primeros países en ocupar un lugar preponderante en su judicialización (Langford 2009, 100). La Corte Suprema de la India, por ejemplo, al resolver el caso “Olga Tellis & Others v. Bombay Municipal Corporation” (1985), reconoció que “los peticionarios, quienes se encontraban habitando e invadiendo calles y otras propiedades públicas, lo hacían no porque tuvieron la intención de ofender, intimidar, insultar o molestar a otras personas, sino, simplemente, porque no tenían otra opción, es decir, no eran libres de escoger” (Oberarzbacher Dávila 2011, 368). Sin embargo, a pesar de su temprana incidencia en los DESC, las sentencias y las órdenes de la Corte Suprema de India con frecuencia han sido conservadoras, especialmente en lo relativo a los derechos al trabajo, la vivienda y la tierra (Langford 2009, 100).

En este recorrido tampoco podemos dejar de advertir la importancia de las sentencias de la Corte Constitucional de Sudáfrica. Sus fallos han sido clave en materias tales como vivienda, derecho a la salud de las personas con VIH o derecho a la seguridad social de los migrantes. En uno de los casos precursores relacionados con el derecho a la vivienda, “Irene Grootboom & Others v. The Government of the Republic of South Africa” (2000), la Corte entendió que el gobierno no había tomado medidas *razonables* puesto que dichas medidas no contemplaban a las personas más vulnerables como los peticionarios.

En fallos posteriores, esa Corte ordenó la implementación de un programa para prevenir la transmisión del VIH/SIDA de madre a hijo², y determinó la inconstitucionalidad de la exclusión de los migrantes de los beneficios de la seguridad social³. Avanzó, además, en temas de desalojo emitiendo sentencias para impedir desplazamientos urbanos o asegurar el acceso al reasentamiento⁴.

En lo concerniente a Latinoamérica, la labor de la Corte Constitucional de Colombia significó un aporte trascendental en la región. La acción de tutela sirvió en innumerables casos para asegurar el acceso inmediato a la salud, los beneficios

de la seguridad social, y la alimentación, entre otros⁵.

Por su parte, a nivel europeo la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos significó avances en la región, puesto que, si bien el Convenio Europeo de Derechos Humanos no garantiza directamente los DESC, lo ha hecho en varias oportunidades a través de la conexión de éstos con los derechos civiles y políticos como el derecho a la vida (art. 2), el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes (art. 3) o el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8)⁶.

La evolución en la justiciabilidad de los DESC se dio, en gran parte, gracias al saldo positivo en torno a discusiones históricas sobre su legitimidad, legalidad y justiciabilidad (Langford 2009, 99).

En este sentido, el avance en la determinación de su contenido a través de la labor del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Comité DESC) o el desarrollo jurisprudencial de los tribunales internacionales y locales, permitió romper con las barreras que obstaculizaban su justiciabilidad, derribando el mito de que se trata de derechos imprecisos, vagos o ambiguos.

En palabras de Pisarello, “el desarrollo de la normativa internacional permitió desvirtuar la tesis que sostiene que existe una diferencia estructural entre los derechos civiles y políti-

2 Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others, 2002

3 Mahlaule v. Minister of Social Development, Khosa v. Minister of Social Development, 2004.

4 Port Elizabeth v. Various Occupiers, 2004b; Jaftha v. Schoeman and others, 2005b; President of RSA and Another v. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd and Others, 2005b; Van Rooyen v. Stoltz and others, 2008.

5 Ver, entre otras, sentencias C-936/03, T-063/07 y T-083/08.

6 TEDH, *Cessay Cessay and others v. Spain* (Nº 62688/13) y *Raji and others v. Spain* (Nº 3537/13).

cos y los derechos, basada en el carácter vago, impreciso e indeterminado de los segundos” (Pisarello y Valiño 2009).

II. La normativa internacional sobre el derecho a la vivienda

El derecho a una vivienda adecuada es un derecho humano reconocido en la normativa internacional de los derechos humanos como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado.

Fue reconocido por primera vez, a nivel internacional, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. En su art. 25.1 expresa que

toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

En 1966, casi 20 años después de la declaración, los Estados adoptaron el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), instrumento por excelencia protector del derecho a la vivienda adecuada. El PIDESC establece en el art. 11.1:

Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel adecuado de

vida para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

En el mismo año, los Estados adoptaron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el que se reconocen el derecho a la vida (art. 6), el derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7) y el derecho a no ser objeto de intromisiones arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia o su domicilio (art. 17). Si bien este pacto no habla específicamente del derecho a la vivienda, su interpretación amplia en la doctrina y jurisprudencia ha posibilitado entender que lo tutela a través del reconocimiento de esos derechos⁷.

Otros tratados internacionales de derechos humanos han enfocado el derecho a una vivienda adecuada de distintas formas. Algunos de ellos son de aplicación general, en tanto que otros abarcan los derechos humanos de determinados grupos, como las mujeres, los niños, los pueblos indígenas, los trabajadores migrantes y sus familias, o las personas con discapacidad.

Así, podemos encontrar que este derecho ha sido protegido en la Convención Internacional sobre la Eliminación de

⁷ Ver, entre otros, Comité de Derechos Humanos, *Rojas García v Colombia*, U.N. Doc. CCPR/C/71/D/687/1996, Dictamen aprobado el 3 de abril de 2001, 71º período de sesiones.

todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5.e.iii)⁸, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14 inc. 2 h)⁹ y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 27. 3)¹⁰.

Por otra parte, el derecho a una vivienda adecuada está reconocido en el Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante, la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño Africano y la Carta Social Europea revisada. Si bien todos ellos, al igual que la Carta Social Europea, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos no se refieren explícitamente al derecho a una vivienda adecuada, la jurisprudencia ha derivado su protección del disfrute de otros derechos humanos, como el derecho a la

privacidad, el derecho a la propiedad y al disfrute pacífico de los bienes, y el derecho a la protección de la familia.

En sintonía con los tratados internacionales, los Estados reconocieron el derecho a la vivienda mediante declaraciones internacionales. Por ejemplo, en la Declaración de Vancouver (Canadá), adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (1976), los Estados declaran que:

Disponer de una vivienda y de servicios suficientes es un derecho fundamental del hombre y los gobiernos tienen la obligación de procurar que todos sus residentes puedan ejercer este derecho, empezando por ayudar a las capas más desfavorecidas de la población instituyendo programas que alienten la iniciativa personal y la acción colectiva¹¹.

Asimismo, reafirmando el estatuto jurídico del derecho a la vivienda, los jefes de Estado y de gobierno, reunidos en Estambul (Turquía) en 1996, en ocasión de la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II)¹², adoptaron una declaración en la que se comprometen, entre otras cosas, a

[...] garantizar a todos una vivienda adecuada y a ofrecer asentamientos humanos más seguros, más

8 El art. 5.e.iii de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial expresa “[...] los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes [...] iii) el derecho a la vivienda”.

9 El art. 14.2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece que: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a [...] h) gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones”.

10 La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su art. 27.3: “Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”.

11 El Programa de Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-HABITAT) es la Agencia de Naciones Unidas para los temas relacionados con asentamientos humanos.

12 La Declaración de Estambul sobre los Asentamientos Humanos y Programa de Hábitat fue aprobada en la 18ª sesión plenaria, el 14 de junio de 1996.

sanos, más vivos, más duraderos y más productivos. Y se les promete asegurar, progresivamente, la total realización del derecho a una vivienda adecuada, previsto en varios instrumentos internacionales.

Posteriormente, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo aprobada por la Asamblea General en resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986, dispone:

Los Estados deben adoptar, en el plano nacional, todas las medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo y garantizarán, entre otras cosas, la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingresos.

También es importante destacar la labor del Comité DESC, intérprete autorizado del PIDESC, que, a través de sus recomendaciones y observaciones generales (en adelante OG), dotó de contenido al derecho a la vivienda a través del desarrollo de estándares específicos.

En este sentido, la OG N° 4 afirma, en su párrafo 7, que:

El derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse, más bien, como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte.

El término “adecuada” es de gran importancia para el Comité, puesto que si bien existen factores económicos, sociales, climáticos y de otra índole que pueden condicionarlo, existen ciertos aspectos imprescindibles para que la vivienda pueda considerarse que estamos en presencia de una vivienda adecuada: seguridad jurídica en la tenencia, disponibilidad de servicios materiales, facilidades e infraestructuras, gastos soportables, habitabilidad, asequibilidad, lugar adecuado y adecuación cultural¹³.

Por su parte, la OG N° 7 sobre los desalojos forzosos los define “como el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o tierra que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos” (párr. 4). En palabras del Comité DESC

los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Así, cuando los afectados no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas¹⁴.

13 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), Observación General N° 4, *El Derecho a una vivienda adecuada*, 6° período de sesiones, U.N. Doc. E/1991/23, 1991. párr.8.

14 Comité DESC, Observación General N° 7, *El derecho a una vivienda adecuada* (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos, 16° período de sesiones, 1997. párr.17.

En lo que respecta a las obligaciones de los Estados Partes, el Comité ha interpretado a la luz de los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del PIDESC¹⁵ y las Directrices de Maastricht¹⁶, que existen deberes inmediatos por parte de los Estados:

- a) el deber de no adoptar medidas de carácter deliberadamente regresivo en cuestiones habitacionales, promoviendo desalojos arbitrarios o impulsando recortes o limitaciones en sus políticas, a menos que éstas redunden en la mayor eficacia global del conjunto de derechos sociales garantizados en el PIDESC, b) el deber de adoptar medidas legislativas y administrativas deliberadas, concretas y dirigidas de la manera más clara posible a cumplir con los objetivos del PIDESC, c) el deber de adoptar las medidas en un tiempo razonablemente corto, d) el deber de desplegar todos los esfuerzos posibles y de recurrir al máximo de recursos humanos, naturales, tecnológicos, informativos y financieros a su alcance para satisfacer el derecho a la vivienda, e).

el deber de garantizar el ejercicio de derechos habitacionales sin discriminación, f) el deber de dar prioridad en su actuación a los grupos más vulnerables y a los que tengan necesidades más urgentes, g) el deber de garantizar, incluso en situaciones de crisis, de ajuste o de escasez de recursos, al menos el contenido “mínimo” del derecho a la vivienda, sobre todo para aquellas personas y colectivos vulnerables”¹⁷ (Pisarello 2003, 117-118).

Asimismo, en otras OGs el Comité DESC resalta la interdependencia de los derechos sociales, en cuanto resulta improbable que derechos tales como la alimentación, la salud o el trabajo puedan gozarse ante la falta de una vivienda adecuada¹⁸.

Por último, la labor de la Relatoría Especial sobre la Vivienda Adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado¹⁹, contribuyó al desarrollo conceptual del derecho y a definir su implementación mediante las recomendaciones efectuadas a partir de las misiones a los Estados partes.

15 Los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1986) conforman un conjunto de principios que tienen por objeto considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes del PIDESC, así como la cooperación internacional según lo dispuesto en la Parte IV del Pacto.

16 Las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1997) surgen con motivo del décimo aniversario de los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del PIDESC y tienen como propósito ser de utilidad para todos los que se dedican a conocer e identificar las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y ofrecer recursos a las mismas, y en particular, aquellas entidades encargadas de la vigilancia y administración de justicia a los niveles nacional, regional e internacional.

17 La OG N° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes” referida a la interpretación del art. 11.2 del PIDESC desarrolla las obligaciones a cargo de los estados, enumerando los deberes inmediatos que estos debieran cumplir.

18 Ver entre otras, OG N° 12 en cuanto se refiere al derecho a una alimentación adecuada considerando a la vivienda digna como uno de los elementos integrantes de ese derecho. O la OG N° 14 sobre el derecho a la salud, la cual concibe a la vivienda como un factor imprescindible para la satisfacción de ese derecho.

19 La figura del relator fue creado por la Comisión de Derechos Humanos en su 56° período de sesiones a partir de la resolución 2000/9, del 17 de abril de 2000.

Durante estas misiones, el relator se reúne no solo con las autoridades gubernamentales, sino también con movimientos sociales y otras organizaciones de la sociedad civil, a fin de dar cuenta de la situación del derecho en ese país, para luego presentar un informe de la misión al Consejo de Derechos Humanos que incluye sendas recomendaciones dirigidas al Estado²⁰.

III. La exigibilidad del derecho a la vivienda en el sistema internacional de derechos humanos

En este apartado efectuaré un breve recorrido por la jurisprudencia internacional, seleccionado algunos fallos que, a mi entender, resultan destacables. Sin perjuicio de ello, consignaré las referencias a otros fallos interesantes que pudieran ser de ayuda a los operadores jurídicos para avanzar en una jurisprudencia cada vez más garantista del derecho a la vivienda.

En primer lugar, es importante resaltar que hasta hace muy poco no existía la posibilidad de denunciar al Estado argentino en virtud de la violación del PIDESC. El 10 de diciembre de 2008, día en que se conmemoraron 60 años de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Protocolo Facultativo del PIDESC, mediante la Resolución A/RES/63/117. Este protocolo, deuda pendiente por más de 40 años, viene a saldar un vacío histórico en la protección efectiva de los DESC, previendo tres mecanismos de pro-

tección internacional: uno de comunicaciones individuales, otro de comunicaciones interestatales y, por último, un procedimiento de investigación de violaciones graves o sistemáticas de derechos²¹.

Argentina fue el primer país del Mercosur en ratificar el Protocolo, el 24 de octubre de 2011, el cual entró en vigencia el pasado 5 de mayo de 2013. A la fecha, no existe pronunciamiento del Comité DESC en relación con la violación del derecho a la vivienda adecuada, desafío que los países deberán afrontar en el futuro para avanzar en una acabada protección internacional de los DESC.

En este sentido, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos destacó que:

[la] falla histórica relacionada con la protección de los derechos económicos, sociales y culturales queda resuelta por medio de la entrada en vigencia del Protocolo Facultativo. Las víctimas ahora podrán buscar justicia en el ámbito internacional [...]. Se trata de un verdadero hito en la historia del sistema internacional de los derechos humanos.

Basándose en las protecciones y recursos legales del ámbito nacional y regional, el Protocolo Facultativo permitirá que la jurisprudencia internacional aclare las obligaciones relacionadas con los DESC y “sirva de guía para los Estados Partes y los tribunales nacionales en el desarrollo de recur-

20 En la última misión a Argentina (2011) la Relatora, Dra. Raquel Rolnik, recomendó al Estado la adopción a nivel nacional de una ley marco sobre el derecho a la vivienda adecuada que incorpore los estándares internacionales existentes en materia del derecho a la vivienda adecuada.

21 Para mayor información, se puede consultar Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Comisión Internacional de Juristas (2008).

sos adecuados para las víctimas, y en la identificación de las causas de raíz de las violaciones graves y sistemáticas”.

III.1. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el último tiempo, el Sistema Interamericano ha registrado avances, aunque en forma más gradual y lenta. Sin embargo, aún hoy afronta varios obstáculos para la judicialización de los DESC.

En este apartado, abordaré tres aspectos a través de los cuales es posible llegar al Sistema Interamericano analizando los canales y sus limitaciones. En primer lugar, la obligación de progresividad del art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH); en segundo lugar, la implementación del Protocolo de San Salvador; y, por último, la exigibilidad indirecta de los DESC a través de su relación con los derechos civiles y políticos.

El art. 26 de la CADH establece que:

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.

Este artículo hace referencia al desarrollo progresivo de los DESC que ya fuera desarrollado por el Comité DESC en referencia al art. 2.1 del PIDESC. Sobre ello, el Comité expresó:

[...] el concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. [...] Éste impone así una obligación de proceder, lo más expedita y eficazmente posible, con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en éste aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”²².

Este estándar de progresividad y no regresividad en materia de derechos sociales fija un límite al poder discrecional de los estados, a la luz de la cual deben evaluarse las medidas que un Estado parte adopte.

A lo largo de sus funciones tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) se han valido de otros instrumentos internacionales para dotar de contenido a los derechos reconocidos en la CADH²³. Es

²² Comité DESC, OG N° 3, párr. 9.

²³ En igual sentido la CIDH y la Corte IDH se han valido de la Convención sobre los Derechos del Niño respecto del art. 19 de la CADH o del Convenio de la OIT para dotar de contenido al art. 21 de la CADH.

por ello que la interpretación del art. 26 de la CADH debiera hacerse a la luz del PIDESC, de las observaciones generales del Comité DESC en la materia y, en especial, del Protocolo de San Salvador que remite, expresamente, a la Carta de la OEA, donde se pueden identificar determinados DESC (ambiente, vivienda, educación, trabajo, etc.).

En este contexto, la CIDH y la Corte IDH podrían analizar el estándar de progresividad sin necesidad de establecer contenidos mínimos en los DESC, a la luz del principio de no regresividad, y saltar el obstáculo de “extra convencional” que pudieran argüir los Estados.

Sin embargo, la CIDH y la Corte IDH no han avanzado en ese sentido. En el *Caso Cinco Pensionistas v. Perú*, la Corte IDH al interpretar el art. 26 de la CADH entendió que

[...] los DESC tienen una dimensión individual y colectiva [...] y el desarrollo progresivo, sobre el cual ya se pronunciara el Comité DESC, se debe medir en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”²⁴.

²⁴ Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas v. Perú*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de febrero de 2003, Serie C N° 98.

Pese que al principio del párrafo sostiene que los DESC tienen una dimensión individual y colectiva, esta restringida interpretación circunscribe la operatividad del art. 26 de la CADH a la existencia de un colectivo significativo, que lo condiciona puesto que resulta difícil en un sistema de peticiones individuales una acción masiva. Incluso, tal condición se contrapone a la propia competencia de la Corte IDH que entiende en casos de vulneración de derechos humanos de personas determinadas, sin que la cantidad de víctimas sea una exigencia previa para su admisibilidad.

La segunda vía que abordaré se relaciona con la implementación del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)²⁵.

El art. 19 del mentado Protocolo establece que

en el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁵ El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimotercero período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

El art. 8 y 13 de la CADH²⁶ se refieren a los derechos de liber-

26 El art. 8 del Protocolo de San Salvador establece 1. *Los Estados partes garantizarán: a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente; b. el derecho a la huelga. 2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley. 3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato.* Por su parte el art. 13 establece 1. *Toda persona tiene derecho a la educación. 2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz. 3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación: a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.*

tad sindical y educación, respectivamente. Es decir que, en principio, solo en esos casos la CIDH y la Corte IDH podrían entender en las denuncias individuales que por la violación de esos derechos se presentaran.

Claro está que el artículo adolece de una clara limitación en la judicialización de los DESC, en tanto deja afuera de su tutela a los demás derechos enunciados en el Protocolo.

Al día de la fecha, sólo ha habido una presentación contra Ecuador (petición 461-04) que la CIDH admitió a consideración de fondo sobre la violación del artículo 13 del Protocolo de San Salvador y éste podría ser el primer antecedente en que la CIDH, y eventualmente la Corte IDH, se pronuncien sobre el contenido del derecho a la educación en el Sistema Interamericano.

Por último, me adentraré en el desarrollo de la vía más utilizada para llegar al Sistema Interamericano: la vía indirecta por relación con derechos civiles y políticos. Y es a través de esta ventana que la CIDH y la Corte IDH se han expedido indirectamente sobre el derecho a la vivienda.

Así, en el caso de la *Comunidad Yakye Axa*²⁷, a través de la interpretación amplia del derecho a la vida (art. 4 CADH) en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (De-

27 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena de Yakye Axa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párr. 161-167.

recho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio N° 169 de la OIT, la Corte IDH sostuvo que el desplazamiento de los miembros de la Comunidad de estas tierras ha ocasionado que tengan especiales y graves dificultades para obtener alimento, así como que en este asentamiento los miembros de la Comunidad Yakye Axa ven imposibilitado el acceso a una *vivienda adecuada* dotada de los servicios básicos mínimos, así como a agua limpia y servicios sanitarios.

Por su parte, en el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua* la Corte IDH mediante la interpretación amplia del art. 21 de la CADH reconoce *el derecho de propiedad* en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la *propiedad comunal*²⁸. Asimismo, en otros fallos sobre propiedad indígena consideró

que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta 'no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad'. Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención

28 Corte IDH, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencias del 31 de agosto de 2001, Serie C Nro. 75, parr. 148.

Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas²⁹.

En el mismo sentido se expidió en los casos *Pueblo Saramaka v. Surinam*³⁰, y *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*³¹.

También en esa tesitura se expidió la CIDH en los casos *Comunidades Indígenas Ma-yas del distrito de Toledo v. Belice*³², y *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros v. Honduras*³³.

Por último, en el caso *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*³⁴ la Corte IDH incluyó, entre los daños emergentes, a la vivienda de algunas de las familias que habían sido masa-

29 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. párr. 120.

30 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, Nro 172.

31 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo. Sentencia del 27 de junio de 2012. Serie C Nro 245.

32 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidades Indígenas Mayas del distrito de Toledo v. Belice*. Fondo. 12 de octubre de 2004.

33 CIDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros v. Honduras*. Fondo. 7 de noviembre de 2012.

34 Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116.

cradas durante la dictadura militar en Guatemala. Consideró “que las reparaciones no se agotan con la indemnización de los daños materiales e inmateriales”³⁵, y obligó al Estado a implementar “un programa habitacional, mediante el cual se provea de vivienda adecuada a aquellas víctimas sobrevivientes que residan en dicha aldea”³⁶.

III.2. El Comité de Derechos Humanos

El Comité de Derechos Humanos (en adelante CDH) es el órgano encargado de supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), revisar los informes presentados por los Estados parte sobre el cumplimiento del PIDCP en el país, y realizar las recomendaciones que crea pertinentes. Asimismo, recibe y examina denuncias interestatales y de particulares contra el Estado.

Tratándose de un órgano de expertos supervisor del PIDCP, la primera traba que existe para la exigibilidad de los DESC es su competencia, en tanto su tutela estaría reducida a los derechos civiles y políticos consagrados en el PIDCP. Sin embargo, al igual que en el Sistema Interamericano, la exigibilidad indirecta ha dado sus frutos. En varios casos, bajo una interpretación amplia de éstos, el CDH se ha expedido sobre el derecho a la vivienda.

En el caso *Rafael Armando Rojas García v. Colombia*³⁷ sobre

interferencia arbitraria en el domicilio del actor y su familia, el CDH sostuvo que existió una violación al art. 7³⁸ y art. 17.1³⁹ obligando al Estado a un recurso efectivo que incluya una indemnización por el perjuicio sufrido.

Asimismo, en el caso *Eliska Fábryová v. Czech Republic*⁴⁰ el CDH consideró que existió una violación al art. 26 del Pacto⁴¹ puesto que la actora había sido discriminada en la protección frente a la ley.

En igual sentido se expidió en los casos *Robert Brok v. Czech Republic*⁴², *Dr. Karel Des Fours Walderode v. Czech Republic*⁴³, *Miroslav Blazek, et al. v. Czech Republic*⁴⁴, *Hena Neremberg v. Germany*⁴⁵, *Jarmila Mazurkiewiczova v. Czech*

38 El art. 7 del PIDCP expresa: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

39 El art. 17.1 del PIDCP establece: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.

40 Comunicación No. 765/1997, UN Doc. CCPR/C/73/D/765/1997 (17/1/2002). En el caso la actora denuncia ser víctima de discriminación en virtud de una ley por la cual no tiene derecho a que se le restituya la propiedad de su padre, que durante la ocupación nazi le fuera confiscada.

41 El art. 26 del PIDCP expresa “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

42 Comunicación No. 774/1997, UN Doc. CCPR/C/73/D/774/1997 (15/1/2002).

43 Comunicación No. 747/1997, UN Doc. CCPR/C/73/D/747/1997 (2/11/2001).

44 Comunicación No. 857/1999, UN Doc. CCPR/C/72/D/857/1999 (9/8/2001).

45 Comunicación No. 991/2001, UN Doc. CCPR/C/72/D/991/2001

35 Op. cit., punto 93.

36 Op.cit, punto 105.

37 Comunicación No. 687/1996, UN Doc. CCPR/C/71/D/687/1996 (16/5/2001)

*Republic*⁴⁶, *Peter Drobek v. Slovakia*⁴⁷, *Joseph Frank Adam v. Czech Republic*⁴⁸ y *Alina Simunek, et al. v. Czech Republic*⁴⁹.

III.3. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) es el órgano encargado de supervisar el cumplimiento del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH) o cualquiera de sus protocolos adicionales. Es la máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales en toda Europa y recibe las denuncias particulares contra un Estado parte del Convenio.

Al igual que el CDH, el obstáculo para la exigibilidad de los DESC ante éste órgano es su competencia, habiéndose referido a ellos de manera indirecta por relacionarse éstos con derechos civiles y políticos.

En particular sobre el derecho a la vivienda, al no ser un derecho directamente contemplado en el CEDH, se expidió de manera indirecta a través de sus arts. 3⁵⁰ y 8⁵¹ que tutelan

(30/7/2001).

46 Comunicación No. 724/1996, UN Doc. CCPR/C/66/D/724/1996 (2/8/1999).

47 Comunicación No. 643/1995, UN Doc. CCPR/C/60/D/643/1995 (15/8/1997).

48 Comunicación No. 586/1994, UN Doc. CCPR/C/57/D/586/1994 (25/7/1996).

49 Comunicación No. 516/1992, UN Doc. CCPR/C/54/D/516/1992 (31/7/1995).

50 El art. 3 CEDH establece “*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”.

51 El art. 8 CEDH expresa “*1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No*

el derecho de toda persona a no sufrir penas o tratos inhumanos o degradantes, y el derecho a que se respete su vida privada y familiar, respectivamente.

Esta vía ha sido utilizada, sobretodo, en países como España en donde la propia constitución no reconoce el derecho a la vivienda como un derecho fundamental directamente exigible en los tribunales locales, sino sólo en conexión con los derechos civiles y políticos que sí forman parte del bloque constitucional de derechos fundamentales⁵². La posibilidad de llegar al TEDH a través de la interposición de una medida cautelar ha permitido en la práctica frenar, en algunos casos, la ola de desalojos que se comenzó a dar a partir del estallido de la crisis financiera en 2008 (Observatorio DESC y Plataforma de Afectados por la Hipoteca de Barcelona 2013).

podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

52 España reconoce expresamente el derecho a la vivienda en su norma fundamental al establecer que “*todos los españoles tienen derecho a una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo al interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística*” (art. 47 CE). Sin perjuicio de ello, la inclusión del derecho a la vivienda en el Capítulo III del Título I de la Constitución, titulado “*De los Principios Rectores de la Política Social y Económica*” ha llevado a considerarlo, con base en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, un derecho no fundamental y por ende no pasible de ser invocado de manera autónoma ante los tribunales ni por la vía del recurso preferente y sumario ni por la vía del amparo constitucional (art. 53 CE).

El Reglamento de procedimiento del TEDH prevé la posibilidad de interponer una medida cautelar a fin de resguardar a las partes o con el fin de garantizar el proceso (art. 39).

El primer caso en llegar a través de una medida cautelar en España fue el de *Ana Maya Borja contra España*⁵³, donde el TEDH, invocando los arts. 3 y 8 del CEDH, solicitó al Estado que informara cuáles eran las medidas concretas que tomaría para garantizar el realojamiento de la actora y sus hijos, a fin de que se respetaran tales derechos.

En base a dicho antecedente, el 31 de enero de 2013 en el caso *Raji and others v. Spain*⁵⁴, el TEDH ordenó al Estado Español frenar el desalojo de un grupo de familias residentes en Madrid hasta tanto no brindara al Tribunal información precisa sobre las medidas que las autoridades gubernamentales tomarían para asegurar una vivienda adecuada, debiendo informar al tribunal los detalles y la dirección de la vivienda que se les proveería.

Por último, en el caso *Cessay Cessay and others v. Spain*⁵⁵ el TEDH ordenó a España que se abstuviera de llevar a cabo el desalojo de 43 personas, entre ellas 22 niños, que habitaban un bloque de viviendas pertenecientes a la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Restruc-

53 TEDH, (Nº 77842/12). El 11 de diciembre Ana Maya Borja, una mujer perteneciente a la etnia gitana, acudió al TEDH invocando la violación de los arts. 3 y 8 CEDH contra el Estado Español. La Sra. Borja residía desde el año 2009 en una vivienda social perteneciente al Ayuntamiento de Madrid que, luego de un tiempo, solicitó el desalojo de ella y sus hijos denunciando que se trataba de una ocupación ilegal.

54 TEDH, (Nº 3537/13).

55 TEDH, (Nº 62688/13).

turación Bancaria (SAREB)⁵⁶, hasta tanto informara las medidas que tomaría en relación con el alojamiento y la asistencia social de estas personas, en particular los niños, a fin de no violar los arts. 3 y 8 del CEDH.

Respecto a otros Estados como Turquía⁵⁷, que involucraban desalojos forzosos y la destrucción de la vivienda, el TEDH sostuvo que existía una violación al art. 8 y que el desalojo que implicaba la quema de viviendas constituía un “trato inhumano” en clara violación al art. 3 del CEDH⁵⁸.

En el caso *James v. the United Kingdom*, respecto a la transferencia compulsiva de la propiedad de un individuo, sostuvo que puede tener un fin legítimo de interés público. Si la toma de propiedad es de conformidad con una política pública tendiente a promover la justicia social dentro de la comunidad puede ser descripta correctamente como de interés público.

III.4. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial es el órgano encargado de supervisar la aplicación de la

56 La ocupación de este bloque de viviendas vacías se enmarcó dentro de una política promovida por la Plataforma de Afectados por la Hipoteca que se llamó Obra social de la PAH cuyo objetivo es recuperar las viviendas vacías que se encuentran en manos de la SAREB. Esta entidad está compuesta por los activos tóxicos de varias entidades financieras que han sido rescatadas con dinero público y que tienen miles de viviendas vacías para especulación.

57 TEDH, *Caso James and others v. The United Kingdom*, (Nº 8793/79), Sentencia de 21 de febrero de 1986.

58 TEDH, *Caso Selçuk and Asker v. Turkey*, (Nos. 23184/94 y 23185/94), Sentencia de 24 de abril de 1998.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial por sus Estados Parte.

En el caso *L. R. y otros v. Eslovaquia*⁵⁹, el Comité concluyó que una decisión municipal que revocaba una política de vivienda dirigida a satisfacer las necesidades de la población roma constituía una interferencia discriminatoria del derecho a la vivienda basada en razones de origen étnico.

III.5. Tribunales nacionales de otros países

En este apartado solo haré mención de algunos casos destacables de tribunales locales nacionales de otros países que se han expedido, directa o indirectamente, sobre el derecho a una vivienda.

III.5.1. Corte Constitucional de Sudáfrica

En el primer acápite hice referencia a la importancia de esta Corte en el recorrido histórico de la justiciabilidad de los DESC. En lo que respecta al derecho a la vivienda, el caso *Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom Irene and Others*⁶⁰, fue el primero en que la Corte enfrentó el tema de la justiciabilidad del derecho a la vivienda. La sentencia parte de la idea de los DESC como

59 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *L. R. y Otros v. Eslovaquia*, Comunicación N° 31/2003, 10 de marzo de 2005.

60 Corte Constitucional de Sudáfrica, Caso CCT 11/00, *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom Irene and Others*. En este caso la Corte debió resolver una apelación interpuesta por el gobierno de Sudáfrica contra la orden de proveer refugio a 390 personas y 510 niños que habían sido desalojados de un terreno privado en la provincia del Cabo Occidental.

derechos justiciables a partir de su reconocimiento expreso en la constitución, evaluando las obligaciones del Estado a partir de las OG del Comité DESC para poder determinar si las medidas adoptadas por el Estado han sido razonables.

Lo destacable del fallo se basa en la definición del concepto de razonabilidad para determinar si la política implementada por el Estado lo es. Para ser razonables, las medidas deben atender a las personas que más lo necesitan, a aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad en relación con el derecho social vulnerado, pues de no ser así lo político no pasa el examen de razonabilidad (Abramovich y Courtis 1997).

En el caso concreto, la Corte concluyó que el Estado no cumplía con la obligación constitucional ya que los programas adoptados por él no alcanzan a cumplir las condiciones del art. 26 de la Constitución de Sudáfrica, puesto que no prevén ninguna solución habitacional para la categoría de personas bajo necesidades imperiosas que fueran identificadas.

III.5.2. Corte Constitucional de Bangladesh

En el caso *ASK v. Bangladesh*⁶¹, la Corte sostuvo que previamente a ejecutar un desalojo masivo de un asentamiento informal, el gobierno debía implementar un plan de reasentamiento que implicara un desalojo gradual, teniendo en cuenta la capacidad de los damnificados de encontrar una vivienda alternativa. Asimismo, sostuvo que las autoridades debían notificar debidamente antes del desalojo.

61 Corte de Bangladesh, *Ain o Salish Kendra (ASK) vs. Government and Bangladesh & Ors*, 19 BLD (1999) 488, 29 de julio de 2001

III.5.3. Tribunal Regional Federal de Brasil

El Tribunal Regional Federal de la 4ta. Región en el *Caso Loreni Pinto*⁶² sostuvo que el derecho a la vivienda se encuentra junto al derecho ambiental, y que la destrucción de la vivienda solo podía ocurrir una vez que existiera, por parte del poder público, un área donde el apelante pudiera construir su vivienda adecuada.

III.5.4. Corte Constitucional de Colombia

En el caso *Nidia Rosario Chaguendo Palechor contra la Alcaldía Municipal de Fusagasugá*⁶³, la Corte concedió el amparo de sus derechos fundamentales a la vivienda digna en conexión con la vida, la salud, la unidad familiar, a la integridad física, psicológica y moral, a la igualdad, al debido proceso, a la protección de todos los derechos de los niños menores de un año, en situación de desplazamiento, a los derechos de la mujer indígena embarazada cabeza de familia, a los de los ancianos, al libre desarrollo y al trabajo digno. Ordenó, además, a las autoridades municipales de Fusagasugá, que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la sentencia suspenda la orden “querrela de lanzamiento por ocupación de hecho”.

62 En el caso el actor se encontraba residiendo en un área de preservación ambiental, patrimonio del Estado en Jardim Ultramar, Municipio Balneario (PR), y en primera instancia se lo condenó a la demolición de su vivienda.

63 Sentencia T-068-10. En el caso debía resolverse la ocupación de terrenos públicos por un grupo de población desplazada por el conflicto interno en Colombia. En primera y en segunda instancia se negaron los derechos de los accionantes.

IV. La utilización del derecho internacional en la justiciabilidad del derecho a la vivienda en el ámbito local. Análisis de dos casos

La reforma constitucional de 1994 incorporó los tratados de derechos humanos otorgándoles jerarquía constitucional. La incorporación de los tratados al orden constitucional implicó una gradual utilización por los tribunales locales de la jurisprudencia de los órganos y tribunales internacionales como guía de interpretación en la lectura del nuevo derecho constitucional.

En Argentina, la utilización del derecho internacional en materia de derechos sociales se utilizó, en algunas ocasiones, para ordenar la ejecución de una política pública o bien para vigilar que se respeten ciertos estándares (Rossi y Filippini 2008).

Sin embargo, aún existen ámbitos del derecho donde su utilización continúa siendo excepcional, como el fuero civil o comercial, con una tradición iuspositivista clásica.

En lo que respecta al derecho a la vivienda, hasta hace tres años la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante la Corte) nunca se había pronunciado en un caso directamente sobre el alcance de este derecho. Por su parte, en los tribunales inferiores, si bien no existe una estadística acabada, son muy pocas las sentencias que en procesos que involucran el derecho a la vivienda (desalojos, ejecuciones hipotecarias, ejecuciones de alquileres, ejecuciones de expensas, etc.) se utilice la normativa internacional en la materia.

En este apartado analizaré dos fallos en los que la normativa internacional sobre el derecho a la vivienda es utilizada para la construcción de una línea argumental en favor de su protección.

IV.1. Análisis del fallo “Q.C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”⁶⁴

IV.1.1. Hechos

El caso se inicia por la acción de amparo iniciada por la señora Quisbeth por derecho propio y en representación de su hijo, ambos residentes en la Ciudad de Buenos Aires desde el año 2000, contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para que se los incluyera en los programas de gobierno que les otorgaran la posibilidad de salir de la “situación de calle” que padecían. El amparo permitió que la Sra. Quisbeth accediera al programa de subsidios que prevé la entrega de diez cuotas mensuales. Finalizadas las mismas y no habiendo cambiado su situación habitacional, reclamó al GCBA la reanudación del subsidio, pero el GCBA adujo que no podía exceder el tope normativo de diez meses (arts. 5 y 6 del Decreto local 690/06), lo que los devolvió a la situación de calle. Ante esto, inició la acción de amparo contra el Estado local solicitando “una solución que le permita acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, preservándose nuestra integridad familiar”. Ante las reiteradas apelaciones, llegó al Tribunal Superior de Justicia quien

64 CSJN, “Q.C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, rta 24 de abril de 2012, Fallos 335:452.

revocó las sentencias de instancias anteriores basándose en el precedente “Alba Quintana”. A través del recurso de queja, el caso llegó a la CSJN, quien por primera vez resuelve en un caso sobre el derecho a la vivienda adecuada y obliga al Estado a dar una acabada solución habitacional a la peticionante y su hijo.

IV.1.2. La utilización del derecho internacional de derechos humanos en la sentencia

No es la primera vez que la Corte acude a la normativa internacional para asegurar la vigencia de un derecho social como la salud⁶⁵, el trabajo⁶⁶, los derechos de los niños⁶⁷, la

65 Ver entre otros, CSJN, “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de salud y Acción Social -Estado nacional s/ amparo ley 16.986”, rta. 1 de junio de 2000, Fallos 323:1339; CSJN, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, rta. 24 de octubre de 2000, Fallos 323:3229; CSJN, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ acción de amparo-medida cautelar”, rta. 18 de diciembre de 2003, Fallos 326:4931; CSJN, “Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo”, rta. 20 de diciembre de 2005, Fallos 324: 3578; CSJN, “R., N. N. c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo”, rta. 16 de mayo de 2006, Fallos 329:1638; CSJN, “M., S. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, rta. 7 de noviembre de 2006, Fallos 329:4918; CSJN, “Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional s/ amparo”, rta. 11 de julio de 2006, Fallos 329:2552; CSJN, “C. P. de N., C. M. A. y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”, rta. 28 de agosto de 2007, Fallos 330:3725; CSJN, “C., C. c/ SADAIC s/ amparo”, rta. 1 de abril de 2008.

66 Ver entre otros, CSJN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidente - ley 9688”, rta. 21 de septiembre de 2004, Fallos 327:3753; CSJN, “Llosco, Raúl v. Irmí S.A”, rta. 12 de junio de 2007, Fallos 330:2696; CSJN, “Milone, Juan Antonio c/ Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ accidentes - ley 9688”, rta. 26 de octubre de 2004; M. 3724. XXXVIII. REX; CSJN, “Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa S.A. s/ despido”, rta. 14 de septiembre de 2004, Fallos 327:3677.

67 Ver entre otros, CSJN, “Recurso de hecho deducido por L. F. por sí y en representación de sus hijos menores M., Y. y A. L. en la causa F., L. c/

seguridad social⁶⁸, entre otros.

Lo novedoso de este fallo es que resulta ser la primera vez que la Corte se expide directamente sobre los alcances del derecho a la vivienda utilizando la normativa local e internacional. Se trata de un caso donde la normativa internacional en materia de derecho a la vivienda adecuada adquiere una importante línea argumental para invalidar una sentencia y, me atrevo a decir, una política pública ineficiente.

En primer lugar, la Corte afirma que para determinar las obligaciones del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA) en materia de vivienda, resulta imprescindible analizar, además de la normativa local, el PIDESC, por cuanto “la interpretación que de él se haga servirá necesariamente de pauta para la de la norma local, por aplicación de la regla hermenéutica, tantas veces recordada por la CSJN, con arreglo a la cual de dos interpretaciones debe optarse por aquella que armoniza mejor con la norma de rango superior” (considerando 3).

Así, la Corte sostiene que el Estado está obligado, dentro de las posibilidades que sus capacidades económicas le permitan, conforme el aprovechamiento máximo de los recursos disponibles, a fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda. En este sentido, la Corte utiliza la interpretación que el Comité DESC ha efectuado respecto del principio de pro-

gresividad en la OG N° 3 sobre “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”.

El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas⁶⁹.

En segundo lugar, para analizar la problemática del caso concreto, la Corte hace un repaso del marco normativo en el que se enmarca la problemática: la Constitución Nacional, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, la normativa local dictada en materia de vivienda y los tratados internacionales de derechos humanos. En el plano internacional, hace referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos, al PIDESC, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. “De dicho sistema de fuentes se desprende el reconocimiento de un derecho de acceso a una vivienda digna y el deber de protección de los sectores especialmente vulnerables como las personas con discapacidad y los niños en situación de desamparo” (considerando 9).

L., V”, rta. 15 de noviembre de 2005; CSJN, “S., M. F. v. Instituto de Obra Social del Ejército”, rta. 18 de junio de 2008, Fallos 331:1449.

68 Ver entre otros, CSJN, “Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes varios”, rta. 17 de mayo de 2005, Fallos 328:1602; CSJN, “Reyes Aguilera, Daniela c/Estado Nacional”, rta. 4 de septiembre de 2007, Fallos 330:3853.

69 Observación General N° 3, parr. 10.

La Corte otorga al sistema de fuentes el carácter de normas operativas con vocación de efectividad, refirmando la justiciabilidad del derecho a la vivienda. De acuerdo a la Corte, esos derechos y deberes no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad.

Es por ello que toda norma debe garantizar el goce y ejercicio de derechos reconocidos por la CN o por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, y “garantizar” significa “mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas” (considerando 10).

Para ello se vale de la OG N° 5 del Comité DESC⁷⁰, que constituye el intérprete autorizado y cuya interpretación debe ser tenida en cuenta en las “condiciones de su vigencia”⁷¹.

En este sentido, “la protección jurisdiccional de los DESC es la consecuencia de que existan derechos genuinos y no meras expectativas de derechos, promesas o esperanzas, y de que converja también, y seriamente, su contrapartida jurídica: deberes auténticos” (García Ramírez 2003, 131).

Asimismo, el fallo analiza algunos de los estándares de derechos humanos. En este sentido, sostiene que los “derechos fundamentales, como el que está en juego, consagran

obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, y están sujetos al control de razonabilidad por parte del poder judicial” (considerando 12).

Ese control de razonabilidad implica que existe una garantía de “contenido mínimo” de los derechos que “constituye una frontera al poder discrecional del poder público” (considerando 12). Al respecto, la OG N° 3 del Comité DESC establece “que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos (...) Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser” (parr. 10).

Nuevamente, la Corte recurre a lo expresado por el Comité DESC en la OG N° 3 para concluir que la falta de recursos no puede constituir la excusa de un Estado para justificar el incumplimiento de los derechos contemplados en el PIDESC. En palabras del Comité “(...) de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción” (párr. 11).

La falta de presupuesto jamás puede justificar transgresiones constitucionales, menos aun cuando lo que se encuentra en juego son derechos humanos fundamentales. Esta doctrina inhabilita al Estado a oponer el argumento de la finitud presupuestaria frente a su obligación de avanzar en la satisfacción de los DESC en general y del derecho a la

70 Comité DESC, Observación General N° 5, Personas con discapacidad, 11° período de sesiones, U.N. Doc. E/C.12/1994/13, 1994.

71 En el fallo “Aquino...”, la Corte sostuvo que el comité DESC “constituye el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional y actúa, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de éste”.

vivienda en particular (Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires 2012, 53).

“Para que cada Estado pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas” (OG N° 3, párr. 10).

En palabras de la Corte “aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie del Estado la obligación del Estado Parte de velar por el disfrute más amplio posible de los derechos económicos, sociales y culturales, habida cuenta de las circunstancias reinantes” (considerando 14).

La Corte atiende con suma importancia al principio internacional por el cual existe un deber de atención primordial a los *sectores especialmente vulnerables* de la sociedad, como los niños y las personas con discapacidad.

Para ello se vale de lo establecido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, en cuanto sostiene que los Estados Partes tomarán “todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas” (art. 7) y de la Convención sobre los Derechos del Niño que reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado debiendo el Estado ayudar a los padres a dar efectividad a este derecho,

y en caso necesario, “proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda” (art. 27).

La especial protección de los grupos desfavorecidos encuentra su apoyo, también, en la OG N° 3 que establece que, aún en tiempo de crisis económica o recesión, se debe proteger a los miembros vulnerables de la sociedad (párr. 12).

En el fallo la Corte efectúa un control de convencionalidad a la luz tanto de lo que expresan los tratados internacionales, como también de lo que surge de la interpretación a cargo de los órganos de aplicación de dichos instrumentos, expresamente de las observaciones generales del Comité DESC relevantes en la materia, para concluir que en el caso el menú de soluciones brindado por el GCBA para dar cumplimiento con la manda constitucional “aparece como insuficiente para atender la particular situación de la actora” (considerando 13).

Por último, en el voto mayoritario se refuerza la doctrina de la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, por cuanto se pone de manifiesto que en el caso no solo se encuentra en juego el derecho a la vivienda sino una multiplicidad de derechos relacionados con tener un lugar donde habitar.

La sentencia analizada nos demuestra que la aplicación de la normativa internacional, así como la interpretación de los órganos de Naciones Unidas son una herramienta eficiente y necesaria para una visión acabadamente protectora y respetuosa de los derechos fundamentales que nuestro Estado se obligó a garantizar.

IV.2. Análisis del Fallo “Castronuovo de Santandrea S.A. c/ Taccari Carlos Alberto y otros s/ Ejecución de alquileres”

IV.2.1. Hechos

El caso se inició en el Juzgado Nacional en lo Civil N° 1 a cargo de Dr. Gustavo Caramelo como un juicio de ejecución de alquileres en el año 1994. Varios años más tarde, el inmueble fue adquirido en subasta por un comprador que, en el año 2007, adquirió la posesión del inmueble y solicitó el desalojo de las familias que allí residían. Previo a la ejecución del lanzamiento se realizó un mandamiento de constatación, a pedido de la Defensora de Menores, del cual surge que allí vivían 15 familias, entre las cuales había 22 niños.

La actuación de la Defensoría de Menores interviniente en resguardo de los intereses de sus representados y la actuación del juez, quien asumió una postura proactiva en defensa del derecho a la vivienda de las personas, hicieron posible que se llegara a una solución útil que resguardara los derechos en juego.

IV.2.2. La utilización del derecho internacional de derechos humanos en la sentencia

Es preciso remarcar que nos encontramos en uno de los ámbitos del derecho más renuentes al empleo del derecho internacional. Es un derecho basado en una visión iusprivatista hegemónica de los conflictos que circunscribe su abordaje a los instrumentos normativos que ofrece el derecho de propiedad clásico e individual para solucionar conflictos que, en muchos casos, como el que analizaré, poseen una dimensión colectiva.

En particular, la normativa imperante a nivel local en materia de regulación de los desalojos ha ido regresivamente empeorando con las últimas reformas procesales⁷² que tuvieron por objetivo agilizar los juicios violando las garantías mínimas que deben reinar en todo litigio como el debido proceso, el acceso a la justicia y la especial protección frente a colectivos vulnerables (Tedeschi 2014, 72-85).

La utilización de la normativa internacional de derechos humanos en los procesos que persiguen el desalojo (desalojo, ejecución hipotecaria, ejecución de expensas, etc.) es casi

⁷² Las leyes N° 24.454 y 25.488 incorporaron al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) modalidades de desalojo anticipado (ordenado judicialmente con antelación al dictado de la sentencia). La primera de las leyes citadas prevé esta modalidad para la acción de desalojo motivada en intrusión; procede a pedido del actor después de trabada la litis y sólo se requiere verosimilitud en el derecho invocado y otorgamiento de caución por los daños que tal medida pudiese causar. La segunda ley citada extendió esa misma modalidad a la acción de desalojo motivada en falta de pago y/o vencimiento de contrato, exigiéndose en este caso caución real. Esta última ley modificó, además, el art. 14 del CPCCN, incluyó el juicio de desalojo entre aquellos en los que no se permite recusar al juez sin expresión de causa. La ley N° 24.454 introdujo, también, una reforma al Código Penal de la Nación (CPN) endureciendo las penas previstas en su art. 181 para el delito de usurpación y ampliando esta figura delictiva. La ley n° 25.324 incorporó el desalojo anticipado también en los procedimientos penales, a través del art. 238 bis del Código Procesal Penal de la Nación. Así, en las causas por infracción al art. 181 del Código Penal (delito de usurpación), en cualquier estado del proceso y aunque no se haya dictado el procesamiento del imputado, el juez podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble. Sólo se requiere el pedido del supuesto damnificado y la verosimilitud (no certeza) en el derecho invocado por éste. Aquí ni siquiera es obligatoria la fijación de caución: el juez lo hará sólo si lo considerare necesario. Esta es una de las modalidades más utilizadas para obtener un desalojo rápido, sin tener que esperar los tiempos que requiere el procedimiento civil.

nula. El principio dispositivo⁷³ que rige estos procedimientos, sumado a las pocas excepciones jurídicas que pueden plantearse aplicando estrictamente el Código Civil, pareciera que son el “manto” sobre el que los jueces civiles se refugian para violar otros principios de derechos humanos que debieran regir en todo procedimiento judicial.

Por ello, lo novedoso de este fallo es la apertura del juez a lo que llamaríamos “derecho civil constitucionalizado”. Esto significa el no ceñimiento del operador jurídico a las normas del Código Civil y Código Procesal Civil, sino su apertura a las normas constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos.

En primer lugar, el juez identifica, por un lado, *la diversidad de sujetos con derecho a tutela judicial efectiva*, entendiendo que no se trata de un mero juicio de desalojo entre dos partes, pues el colectivo afectado por la medida no era ni más ni menos que 15 familias; y por el otro, los derechos en juego: el derecho de propiedad del adquirente quien pretende la entrega del bien libre de ocupantes, y el derecho a la vivienda de los afectados, quienes son “acreedores frente al Estado de la concreción de medidas de acción positiva destinadas a procurar igualdad estructural en orden a su situación jurídica” (considerando 2.4 párr.).

En ese contexto, el fallo interpreta la norma civil considerando el bloque constitucional que integran los tratados internacionales de derechos humanos. Así, en base a la jurisprudencia sentada por la Corte en fallos como “Aquino”, “Sánchez” y “Milone”, recoge la interpretación que sobre el derecho a la vivienda realiza el intérprete autorizado del PIDESC, el Comité DESC.

En particular, destaca las OGs N° 4 y 7 vinculadas directamente con el tema vivienda, así como la igualdad del hombre y la mujer al disfrute de los DESC, de la OG N° 16 del Comité DESC.

Al respecto, señala que “el PIDESC establece para el Estado la obligación de adoptar medidas de aplicación de los derechos en él consagrados ‘hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos (...) reconocidos’ (art. 2.1)”, y que en la OG 7 se determinó “que los desalojos no deben tener como resultado dejar sin hogar a las personas o exponerlas a otras violaciones de los derechos humanos, por lo que si los afectados no pueden proporcionársela, el Estado debe disponer medidas adecuadas hasta el máximo de los recursos disponibles” (considerando 7).

Fundándose en el principio de protección especial a los grupos vulnerables, la sentencia cita lo establecido en el punto 4 de la Evaluación en cuanto adoptar medidas hasta “el máximo de los recursos de que se disponga” (E/C. 12/20007/1), estableciendo que “los Estados Partes tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y

⁷³ El principio dispositivo es aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de los materiales sobre los cuales ha de versar la decisión del juez. La vigencia de este principio se manifiesta en los siguientes aspectos: iniciativa, disponibilidad del derecho material, impulso procesal, delimitación del tema a decidir, aportación de los hechos y aportación de la prueba.

marginados de la sociedad, aun en momentos de limitaciones grandes de recursos, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo” (considerando 39.14 párr.).

Asimismo, de conformidad con lo definido por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Vivienda Adecuada como Elemento Integrante del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado y sobre el Derecho a la no Discriminación, el juez sostuvo “el derecho humano a una vivienda adecuada es el derecho de toda mujer, hombre, joven y niño a tener y mantener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y con dignidad” y que, aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climáticos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado, entre los que figuran: a) seguridad jurídica en la tenencia b) disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura c) gastos soportables d) habitabilidad e) accesibilidad f) lugar y g) adecuación cultural” (considerando 7).

En segundo lugar, el juez aplica lo que se conoce como “efecto horizontal”⁷⁴ de los derechos humanos. Esto signi-

74 La doctrina del efecto horizontal de los DESC tuvo su origen en el Tribunal Constitucional Alemán, quien en el caso Caso “Luth” Sentencia BVerfGE, 7, 198 de la Primera Sala del 15/01/1958 (por el boicot al director de cine Harlam por la película “Amada Inmortal”), dispuso: “... cuando la aplicación de normas del derecho civil condujera a la restricción de un derecho fundamental, siempre se exige que tenga lugar una ponderación de los principios constitucionales en colisión”. El resultado de la ponderación del Tribunal Constitucional Federal fue que el principio de libertad de expresión debía prevalecer frente a los que iban contra él;

fica entender que las obligaciones emanadas de los derechos sociales están en cabeza del Estado, pero también de los particulares. Así, si bien en el caso existió una amplia colaboración del adquirente en subasta, el juez sostuvo:

el obligado directo en materia de derechos humanos es el Estado, aun cuando ellos deben ser también respetados en las relaciones entre particulares, lo que genera a menudo tensiones que deben ser resueltas por el sistema de justicia, porque no siempre los presupuestos públicos prevén o ejecutan adecuadamente las partidas necesarias para dar satisfacción a la demanda social en la materia (considerando 32. 2 párrafo).

En este sentido, aplica la doctrina del fallo “Quisberth” entendiéndolo que “los derechos sociales constitucionales y lo relativo a su exigibilidad no son meras declaraciones sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad (...) y están sujetas al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial (...)” (considerando 33.2 párrafo).

Dicha doctrina permite a los jueces ejercer un control de razonabilidad de la política pública cuando están involucrados los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad. Así, “ante la constatación de un supuesto

exigió que la disposición “contra las buenas costumbres” del artículo 826 del Código Civil Federal, tuviera que interpretarse en consonancia con esta prioridad. También el ámbito local los fallos “Fundación Mujeres en Igualdad c/ Freddo” de la CNCIV, Sala H (2000) o el reciente fallo de la CSJN “Sisnero, Mirtha Graciela y otros el Taldelva SRL y otros s/ amparo” sobre discriminación de las mujeres para el puesto de choferes de ómnibus, aplican dicho principio.

de vulnerabilidad en el que no aparece adecuadamente satisfecho el derecho, la asignación presupuestaria y las políticas que la determinan y son determinadas por ella, pasan a integrar el universo de cuestiones justiciables” (considerando 34, 3 y 4 párr.).

El Derecho internacional de los Derechos Humanos, como parte integrante del ordenamiento jurídico interno, permitió una mirada amplia del conflicto lo que, a su vez, posibilitó traer a juicio a otros actores necesarios como el GCBA, el Instituto de la Vivienda, el Ministerio de Desarrollo Social, la Comisión Nacional de Tierras para el Hábitat Social “Padre Carlos Mugica” (actualmente Secretaría de Acceso al Hábitat), la Escribanía General de la Nación, y la Facultad de Arquitectura de la UBA, entre otros, quienes desde una mira restrictiva y clásica del derecho civil no serían parte en el caso.

La apertura del juicio al Estado reafirma la postura respecto de que, en materia de derechos humanos, el obligado directo es el Estado. Y así, desafiando el principio dispositivo, se logró integrar a la fase de ejecución de la sentencia, al principal y último garante del derecho a la vivienda.

No obsta a lo expuesto la circunstancia de que aquellos no hayan sido ‘partes’ en el proceso principal, dado que han sido convocados a la etapa de ejecución para el cumplimiento de un deber legal, que emana de la propia Constitución y los Tratados Internacionales antes citados, y que como juez no debo desatender, dado que garantizar el acceso a una vivienda adecuada y evitar las consecuencias

disvaliosas de un desalojo compulsivo, son deberes impuestos al Estado por los tratados internacionales de derechos humanos incorporados por nuestra Constitución Nacional (cfr. art. 14 bis referido al acceso a una vivienda digna, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25) y, en particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que no sólo asegura un nivel de vida adecuado, sino la mejora continua en las condiciones de vida familiares (art. 11.1) (considerando 40.3 párr.).

Por último, es importante destacar que el juez respetó el derecho humano a ser oído en juicio, contemplado en el art. 18 CN y 8 de la CADH como integrante del derecho de defensa y debido proceso, y en función de ello convocó a varias audiencias y realizó una inspección ocular en el inmueble donde pudo comprobar “la voluntad de la mayoría de los vecinos de comprometerse con la construcción de una solución habitacional” (considerando 19). Asimismo, garantizó el derecho a ser oído de los niños (art. 12 CDN) a través de la Defensora de Menores.

La aplicación de la normativa internacional y de los estándares elaborados por el Comité DESC en materia de derechos sociales permitieron la construcción de una solución útil, respetuosa de los intereses de las partes y del deber de protección de los grupos vulnerables. Ello no hubiera sido posible de ceñirse únicamente a lo que el código prevé en materia de regulación de los procesos de desalojos.

En palabras del juez, “resulta necesario construir una respuesta acorde a las responsabilidades que tienen el GCBA

y el Gobierno nacional frente a los tratados de derechos humanos” (considerando 14.5 párr.).

V. Los desafíos para la Defensa Pública en la justiciabilidad del derecho a la vivienda

V.1. La utilización de la normativa internacional

En casos que involucren derechos sociales reconocidos en los tratados de derechos humanos como el derecho a la vivienda, el empleo de o la cita de materiales internacionales suelen tener un impacto favorable en la exigibilidad de los DESC.

En particular, en la exigibilidad del derecho a la vivienda la cita y los fundamentos basados en la normativa internacional lograron, en muchos casos, frenar desalojos con sentencia firme que, si bien parecían cumplir con las formalidades del proceso de desalojo, permitieron una apertura del juez a la construcción de una alternativa habitacional en la fase de ejecución, respetuosa del derecho a la vivienda de los afectados que le impone los tratados de derechos humanos.

En este sentido, se ha encaminado la política del Ministerio Público de la Defensa al dictar la Resolución 1119/08 sobre la intervención de los defensores de menores en casos que impliquen desalojos y se vean afectados los intereses de los menores, entendiéndose que “el Ministerio Público de la Defensa debe intervenir en todos los casos en que puedan verse afectados derechos de personas menores de edad y, más aún, cuando se disponen desalojos de inmuebles habitados por niños, niñas o adolescentes cuando es el propio Estado quien vulnera -con su acción u omisión- derechos fundamentales, como ser el derecho a una vivienda digna

y sus consecuentes garantías, llevando adelante acciones legales tendentes a la recuperación de inmuebles.”

Asimismo, también en esta línea, podemos resaltar la Resolución 720/14 que establece los criterios y principios para la defensa de las personas afectadas por la relocalización en la causa Riachuelo.

V.2. La utilización de las instancias internacionales para la exigibilidad de los DESC

La instancia internacional es una herramienta que, aunque es lenta y muchas veces no llegue a resolver en la inmediatez un derecho fundamental vulnerado, posibilita la oportunidad de lograr no sólo una solución para el caso sino la obligación para el Estado parte de mejorar la situación de ese derecho en el país. Asimismo, las sentencias muchas veces obligan al Estado a la adopción de medidas legislativas o políticas públicas acordes a los estándares del derecho en el ámbito internacional.

En este sentido, resta decir que la vigencia del Protocolo al PIDESC constituye un desafío inmenso para los defensores de derechos humanos. La exploración de esta vía, a través de la justiciabilidad directa del derecho a la vivienda, constituye una gran oportunidad para mejorar la vigencia de ese derecho en la Argentina.

Bibliografía citada y consultada

Abramovich, Víctor y Christian Courtis. 1997. “La Justiciabilidad del Derecho a la Vivienda en la reciente Jurisprudencia Africana”. En: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: CELS-Ed. del Puerto.

Comisión Internacional de Juristas. 2010. *Los Tribunales y la Exigibilidad Legal de los Derechos, Económicos, Sociales y Culturales. Experiencias Comparadas de Justiciabilidad*. Serie de Derechos Humanos y Estado de Derecho N° 2.

Cordero Heredia, David. 2011. “Los DESC en el Sistema Interamericano, apuntes sobre su justiciabilidad”. *Bolpress*. Disponible en <http://www.bolpress.com/art.php?Cod=2011083114>

Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires. 2012. *El Fallo Quisberth Castro y el Derecho a una Vivienda Adecuada*. Papeles de Trabajo.

Fenwick, Colin. 2008. “The International Labour Organisation: An Integrated Approach to Economic and Social Rights”. En: *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, 591-612.

García Ramírez, Sergio. 2003. “Protección Jurisdiccional Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. *Cuestiones constitucionales*, 9: 131. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Comisión Internacional de Juristas. 2008. *Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Disponible en <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1791/cij-comentario-pf-pidesc-2008.pdf>

Langford, Malcolm. 2009. “Justiciabilidad en el ámbito nacional y los derechos económicos, sociales y culturales: un análisis socio-jurídico”. *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, 6 (11): 99-132.

Oberarzbacher Dávila, Franz Erwin. 2011. “La justiciabilidad y el mínimo vital de los DESC: teoría y práctica en Colombia”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 41 (115): 363-400.

Observatorio DESC y Plataforma de Afectados por la Hipoteca de Barcelona. 2013. *Emergencia Habitacional en el Estado Español. La crisis de las ejecuciones hipotecarias y los desalojos desde una perspectiva de derechos humanos*. Disponible en <http://observatoridesc.org/sites/default/files/2013-Emergencia-Habitacional.pdf>

Parra Vera, Oscar. 2011. “Justiciabilidad de los Derechos Econó-

micos, Sociales y Culturales ante el Sistema Interamericano”. En: *Colección del Sistema Interamericano*, 9-35.

Pérez-Rincón, Socorro y Rosa Tello. 2012 *¿Derecho a la Vivienda? Miradas críticas a las políticas de vivienda*. Barcelona. Ed. Bellaterra.

Pisarello. 2003. *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*. Barcelona: Icaria Editorial.

Pisarello, Gerardo y Vanesa Valiño. 2009. *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis*. Barcelona: Observatorio DESC.

Rossi, Julieta y Leonardo Filippini. 2008. “El Derecho Internacional en la Justiciabilidad de los Derechos Sociales en Latinoamérica”. Ensayo disponible en <http://www.palermo.edu/derecho/pdf/publicaciones/Paper-Rossi-Filippini.pdf>

Sabsay, Daniel. 2012. “El Acceso a la Vivienda digna en un Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. *Revista Pensar en Derecho*, 265-282. Buenos Aires: Eudeba.

Secretaría de Capacitación y Jurisprudencia de la Defensoría General de la Nación. 2014. *Boletín Electrónico de Jurisprudencia Internacional N° 9. Medio ambiente y vivienda*. Disponible en http://www.mpd.gov.ar/pdf/boletines_tematicos/Internacional%20-%202014%20-%20Medio%20ambiente%20y%20vivienda.pdf

Tedeschi, Sebastián. 2007. El derecho a la vivienda a diez años de la reforma de la Constitución. En: *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)*, Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (compiladores). Buenos Aires: Editores del Puerto/CELS.

Tedeschi, Sebastián. 2014. “Desalojo y Derechos Humanos”. *Derecho de Familia*, 2014-IV: 72 a 85. Ed. Abeledo Perrot.

Jurisprudencia internacional

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidades Indígenas Mayas del distrito de Toledo v. Belice*. Fondo. 12 de octubre de 2004.

CIDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros v. Honduras*. Fondo. 7 de noviembre de 2012.

Comité de Derechos Humanos, *Alina Simunek, et al. v. Czech Republic*. Communication No. 516/1992, UN Doc. CCPR/C/54/D/516/1992, 31 de julio de 1995.

Comité de Derechos Humanos, *Dr. Karel Des Fours Walderode v. Czech Republic*, Comunicación No. 747/1997, UN Doc. CCPR/C/73/D/747/1997, 2 de noviembre de 2001.

Comité de Derechos Humanos, *Eliska Fábryová v. Czech Republic*. Comunicación No. 765/1997, U.N. Doc. CCPR/C/73/D/765/1997, 17 de enero de 2002.

Comité de Derechos Humanos, *Hena Neremberg v. Germany*, Comunicación No. 991/2001, UN Doc. CCPR/C/72/D/991/2001, 30 de julio de 2001.

Comité de Derechos Humanos, *Jarmila Mazurkiewiczova v. Czech Republic*, Comunicación No. 724/1996, UN Doc. CCPR/C/66/D/724/1996, 2 de agosto de 1999.

Comité de Derechos Humanos, *Joseph Frank Adam v. Czech Republic*. Comunicación No. 586/1994, UN Doc. CCPR/C/57/D/586/1994, 25 de julio de 1996.

Comité de Derechos Humanos, *Miroslav Blazek, et al. v. Czech Republic*, Comunicación No. 857/1999, UN Doc. CCPR/C/72/D/857/1999, 9 de agosto de 2001.

Comité de Derechos Humanos, *Peter Drobek v. Slovakia*, Comunicación No. 643/1995, UN Doc. CCPR/C/60/D/643/1995, 15 de agosto de 1997.

Comité de Derechos Humanos, *Rafael Armando Rojas García v. Colombia*. Comunicación No. 687/1996, U.N. Doc. CCPR/C/71/D/687/1996, 16 de mayo de 2001.

Comité de Derechos Humanos, *Robert Brok v. Czech Republic*. Comunicación No. 774/1997, UN Doc. CCPR/C/73/D/774/1997, 15 de enero de 2002.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *L. R. y Otros v. Eslovaquia*, Comunicación N° 31/2003, 10 de marzo de 2005.

Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas v. Perú*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de febrero de 2003, Serie C N° 98.

Corte IDH, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C Nro. 75.

Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena de Yakye Axa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C No. 125.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. párr. 120.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, Nro 172.

Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116.

Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo. Sentencia del 27 de junio de 2012. Serie C Nro 245.

TEDH, *Ana Maya Borja v. España* (N° 77842/12), 20 de febrero de 2014.

TEDH, *Caso James and others v. The United Kingdom*, (N° 8793/79), Sentencia de 21 de febrero de 1986.

TEDH, *Caso Selçuk and Asker v. Turkey*, (Nos. 23184/94 y 23185/94), Sentencia de 24 de abril de 1998.

TEDH, *Cessay Cessay and others v. Spain* (N° 62688/13), Sentencia de 15 de octubre de 2013.

TEDH, *Raji and others v. Spain* (N° 3537/13), Sentencia de 16 de diciembre de 2014.

Documentos de organismos internacionales

Asamblea General, *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, y sobre el derecho a la no discriminación en este contexto*, Raquel Rolnik, A/HRC/19/53/Add.1, 21 de diciembre de 2011.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), Observación General N° 4, *El Derecho a una vivienda adecuada*, 6° período de sesiones, U.N. Doc. E/1991/23, 1991.

Comité DESC, Observación General N° 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, 5º período de sesiones, U.N. Doc. E/1991/23, 1990.

Comité DESC, Observación General N° 5, *Personas con discapacidad*, 11º período de sesiones, U.N. Doc. E/C.12/1994/13, 1994.

Comité DESC, Observación General N° 7, *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos*, 16º período de sesiones, 1997.

Comité DESC, Observación General N° 12, *El derecho a una alimentación adecuada*, 20º período de sesiones, 1999.

Comité DESC, Observación General N° 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, 22º período de sesiones, 2000.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 2106 A (XX), 21 de diciembre de 1965.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 34/180, 18 de diciembre de 1979.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado por el Consejo de Europa, Roma 4 de noviembre de 1950, en vigor desde 1953.

Declaración de Estambul sobre los Asentamientos Humanos y Programa de Hábitat, aprobada en la 18ª sesión plenaria, Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos, 14 de junio de 1996.

Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22-26 de enero de 1997.

Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 6 de junio de 1986.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Cultu-

rales, adoptado en el 18º período de sesiones, Asamblea General (ONU), San Salvador, 17 de noviembre de 1988.

Jurisprudencia extranjera

Corte Constitucional de Bangladesh, *Ain o Salish Kendra (ASK) vs. Government and Bangladesh & Ors*, 19 BLD (1999) 488, 29 de julio de 2001.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, Sentencias C-936/03, rta 15/10/2003.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión, T-083/08, rta 01/02/2008.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión, T-063/07, rta 01/02/2007.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión, *Nidia Rosario Chaguendo Palechor contra la Alcaldía Municipal de Fusagasugá*, T-068/10, rta 04/02/2010.

Corte Constitucional de Sudáfrica, *Jaftha v. Schoeman and others*, 2005.

Corte Constitucional de Sudáfrica, *Khosa v. Minister of Social Development*, 2004.

Corte Constitucional de Sudáfrica, *Mahlaule v. Minister of Social Development*, 2004.

Corte Constitucional de Sudáfrica, *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others*, 2002.

Corte Constitucional de Sudáfrica, *Port Elizabeth v. Various Occupiers*, 2004.

Corte Constitucional de Sudáfrica, *President of RSA and Another v. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd and Others*, 2005.

Corte Constitucional de Sudáfrica, *Van Rooyen v. Stoltz and others*, 2008.

Corte Constitucional de Sudáfrica, *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom Irene and Others*. Caso CCT 11/00.

Jurisprudencia nacional

CSJN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidente - ley 9688”, rta. 21 de septiembre de 2004, Fallos 327:3753.

CSJN, “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de salud y Acción Social -Estado nacional s/ amparo ley 16.986”, rta. 1 de junio de 2000, Fallos 323:1339.

CSJN, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ acción de amparo-medida cautelar”, rta. 18 de diciembre de 2003, Fallos 326:4931.

CSJN, “C. P. de N., C. M. A. y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”, rta. 28 de agosto de 2007, Fallos 330:3725.

CSJN, “C., C. c/ SADAIC s/ amparo”, rta. 1 de abril de 2008.

CSJN, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, rta. 24 de octubre de 2000, Fallos 323:3229.

CSJN, “Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional s/ amparo”, rta. 11 de julio de 2006, Fallos 329:2552.

CSJN, “Llosco, Raúl v. Irmí S.A”, rta. 12 de junio de 2007, Fallos 330:2696.

CSJN, “M., S. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, rta. 7 de noviembre de 2006, Fallos 329:4918.

CSJN, “Milone, Juan Antonio c/ Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ accidentes - ley 9688”, rta. 26 de octubre de 2004; M. 3724. XXXVIII. REX.

CSJN, “Q.C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, rta. 24 de abril de 2012, Fallos 335:452.

CSJN, “R., N. N. c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo”, rta. 16 de mayo de 2006, Fallos 329:1638.

CSJN, “Recurso de hecho deducido por L. F. por sí y en representación de sus hijos menores M., Y. y A. L. en la causa F., L. c/ L., V”, rta. 15 de noviembre de 2005.

CSJN, “Reyes Aguilera, Daniela c/Estado Nacional”, rta. 4 de septiembre de 2007, Fallos 330:3853.

CSJN, “S., M. F. v. Instituto de Obra Social del Ejército”, rta. 18 de junio de 2008, Fallos 331:1449.

CSJN, “Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes varios”, rta. 17 de mayo de 2005, Fallos 328:1602.

CSJN, “Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo”, rta. 20 de diciembre de 2005, Fallos 324: 3578.

CSJN, “Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa S.A. s/ despido”, rta. 14 de septiembre de 2004, Fallos 327:3677.

La protección del derecho a la salud a través de sentencias estructurales: Notas sobre algunos retos y lecciones de la sentencia T-760 de 2008, a sus ocho años de implementación*

I. Introducción

Tal como lo han señalado Rossi y Filippini (2010) y Ronconi (2016), en América Latina la invocación de las obligaciones asumidas en el marco del derecho internacional ha sido útil para judicializar ciertos reclamos sociales que, tradicionalmente, se entendían excluidos del control judicial. El derecho internacional también ha permitido a los jueces involucrar legítimamente a otros poderes políticos que deben rendir cuentas frente a dichas obligaciones internacionales. Además, el derecho internacional -en particular, a través de un concepto amplio de recurso efectivo- ha favorecido la definición no solamente de estándares sustantivos, sino también procesales para impulsar la justiciabilidad de los derechos sociales.¹

* En este texto retomo algunos elementos de Oscar Parra Vera y Alicia Ely Yamin (2013, 2.591-2.649). Información actualizada sobre la implementación del caso -hasta 2015-, se deriva de investigaciones del autor y en parte de entrevistas realizadas en junio de 2015 junto a Alicia Ely Yamin (directora de la investigación) y Julián Urrutia. Sobre esta inves-

Oscar Parra Vera

Abogado y master en teoría del derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Master en Criminología y Justicia Penal de la Universidad de Oxford. Se desempeñó como Abogado coordinador en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Un ejemplo al respecto, lo constituye la sentencia T-760 de 2008, emitida por la Corte Constitucional de Colombia². En esta breve reseña sobre el fallo me concentraré en explicar el rol que tuvo el derecho internacional en la redefinición del derecho a la salud como derecho fundamental “directo” en Colombia (y así superar una noción previa del de-

tigación ver Alicia Ely Yamin (2016).

Agradezco en particular el diálogo sostenido en junio de 2015 con Pedro Santana, ACEMI, Juanita Durán, Franky Urrego, Mauricio Torres, Carolina Corcho, Oscar Bernal, Oscar Andía, Francisco Yepes y -en septiembre de 2015- con Aquiles Arrieta. Asimismo, fue fundamental la entrevista sostenida con el Magistrado Jorge Iván Palacio y funcionarios de su despacho, quienes están a cargo del seguimiento de la sentencia T-760 de 2008. En todo caso, las opiniones que desarrollo en este escrito no comprometen a ninguno de los entrevistados.

1 CIDH, *Acceso a la justicia en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4, 7 septiembre 2007.

2 Para un análisis más exhaustivo de esta sentencia, ver Yamin y Parra Vera (2010, 431-459) y Yamin et ál (2011, 103-131). Asimismo, ver Rodríguez Garavito (2012, 507-560).

recho a la salud como fundamental por “conexidad”). Asimismo, la Corte Constitucional expuso en detalle todas las obligaciones internacionales en relación con el derecho a la salud en orden a fundamentar una serie de órdenes judiciales, cuyo objetivo central lo constituía desbloquear, en forma estructural, una serie de obstáculos para el acceso a la salud. Finalmente, los estándares y prácticas en el marco del derecho internacional de los derechos humanos han estado presentes en algunos momentos importantes de la implementación de la decisión judicial, particularmente al determinar el tipo de indicadores a la luz de los cuales se supervisaría el cumplimiento de la sentencia.

Con todo, el énfasis de este texto está puesto en los desafíos que enfrenta un tribunal al implementar una decisión judicial que busca enfrentar una situación de violaciones estructurales y sistemáticas a derechos sociales.

II. El surgimiento de la sentencia T-760 de 2008 y algunos de sus avances dogmáticos más relevantes

Un importante antecedente de esta sentencia es que, entre 1999 y 2008, se habían interpuesto más de 500.000 acciones de tutela relativas al derecho a la salud³. Los defectos del sistema de salud, en particular la ausencia casi total de supervisión, vigilancia y control público, explican en gran medida el hecho que los recursos judiciales sustituyeran a la regulación administrativa. Tal vez, no había ninguna otra institución más consciente que la propia Corte de las distorsiones que podía causar cierto tipo de intervención judicial en la política de salud, y de las consecuencias desafortuna-

das que tenía el hecho de ocuparse persona por persona de los problemas denunciados mediante las tutelas. Las órdenes estructurales contenidas en la T-760/08 intentan ser una respuesta al diagnóstico de la situación que hacía la Corte.

La T-760/08 recoge 22 tutelas que se seleccionaron para ilustrar los problemas sistémicos en la supervisión y la regulación del sistema de salud que habían conducido al uso excesivo de la tutela. La sentencia, además de resolverlas, exige una transformación del sistema de salud en su totalidad. En la sentencia, la Corte afirma que ese enfoque estructural es necesario porque “los órganos responsables de lo que podría denominarse genéricamente la regulación del sistema de salud no han adoptado decisiones que les garanticen a las personas su derecho a la salud sin tener que acudir a la acción de tutela”.

Desde julio de 2006, la Corte había estado reuniendo información de la Superintendencia de Salud, los ministerios de la Protección Social y de Hacienda, la Defensoría del Pueblo y, el entonces existente, Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, además de casos ilustrativos, con el fin de fundamentar su enfoque sistémico. La Corte emitió 16 órdenes generales en las que analizó la forma en que las fallas de regulación implicaban una violación de las obligaciones de respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud. Las cuatro principales fallas de regulación se relacionaban con la i) precisión, actualización, unificación y acceso a planes de beneficios; ii) sostenibilidad financiera y flujo adecuado de recursos; iii) determinación de derechos y deberes del paciente; y iv) cobertura universal del sistema. Las órdenes emitidas involucraron, entre otros aspectos, i) claridad en

³ Defensoría del Pueblo de Colombia. 2009. *La tutela y el derecho a la salud*.

la definición de los beneficios del Plan Obligatorio de Salud (POS), ii) la realización de auditorías institucionales sobre desempeño, con el fin de informar a los usuarios sobre la actuación de las distintas empresas proveedoras de servicios y aseguradoras, así como otras medidas para fortalecer la supervisión sobre dichas empresas; iii) facilitar el cumplimiento de las órdenes de tutela, iv) un plan de contingencia para garantizar los recobros apropiados y oportunos en casos de costos asociados con cuidados de salud no cubiertos en el POS del régimen contributivo –el de aquellas personas con capacidad de pago- y el POS del régimen subsidiado –el de aquellas personas sin capacidad de pago; y v) hacer una revisión integral de las tasas de capitación, que no se habían revisado a fondo desde hacía muchos años. La Corte exigió un proceso que incluyera la “participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud”⁴, en particular, de aquellos que se vieran más afectados por los posibles cambios en la política.

En la T-760/08, citando la inacción del Gobierno para tomar cualquier medida hacia la unificación de los planes desde la adopción de la Ley 100 de 1993, la Corte le ordenó a la Comisión de Regulación en Salud (CRES) unificar los planes de beneficios (POS-C y POS-S), inicialmente para los niños y luego para los adultos, en este último caso de manera progresiva y teniendo en cuenta la sostenibilidad financiera, además del perfil epidemiológico de la población. Además, el proceso de diseñar un plan de unificación debía ser participativo, transparente, e incluir indicadores y parámetros

de comparación relevantes. Asimismo, a partir de las metas establecidas en la propia Ley 100, la sentencia le ordenó al Gobierno adoptar medidas deliberadas para conseguir progresivamente la cobertura universal y estableció como fecha límite el año 2010. La sentencia tiene más de 400 páginas e involucra más de 20 órdenes desagregadas. En diversos segmentos de la sentencia se involucran razonamientos sobre el derecho a la salud desde la perspectiva de políticas públicas, priorización y progresividad:

6.1.1.2.2. Así mismo, la decisión de suprimir servicios que antes estaban incluidos en los POS, puede fundamentarse en razones técnicas acerca de la pertinencia de su provisión, como también, en fundamentos relativos a la priorización de los recursos de la salud y a la evaluación del impacto social de la provisión de distintos servicios. Siempre que los fundamentos por los cuales se supriman servicios estén encaminados a la protección efectiva del derecho a la salud según las necesidades de la población, la Sala considera que, prima facie, la mencionada eliminación no es regresiva. Lo mismo se aplica en el evento de que el plan de beneficios sea concebido desde una perspectiva distinta a la actual, v.gr., por patologías u otro criterio de inclusión de servicios de salud. Cabe reiterar que el derecho a la salud no es absoluto, sino limitable. Sin embargo, las limitaciones al derecho deben ser razonables y proporcionales. O sea que, si bien el plan de beneficios no tiene que contener una canasta de servicios infinita, la delimitación de los servicios de salud incluidos debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad en un contexto de asig-

4 Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. Expediente T-1281247 y acum. Sentencia T-760/2008, rta 31/072008.

nación de recursos a las prioridades de la salud. Por ello, es indispensable justificar cuidadosamente cada supresión de servicios como una medida que permite atender mejor nuevas prioridades de salud, no como una reducción del alcance del derecho.

[...]

6.1.2.2.2. [...] la decisión tomada en la ley y cuyo cumplimiento se ordena en la presente sentencia, de unificar los planes de beneficios de los regímenes contributivo y subsidiado, puede generar incentivos nocivos en la acción colectiva de los afiliados. En efecto, el que los planes de beneficios de los dos regímenes tiendan a ser iguales puede desincentivar a algunos particulares a pertenecer al sistema contributivo, teniendo en cuenta que en el subsidiado “pagan menos”. Para enfrentar dicho problema, de tal manera que el régimen subsidiado solo sea para aquellos que no cuentan con los recursos para participar en el contributivo, son necesarias soluciones públicas que habrán de ser diseñadas, aplicadas y evaluadas por las entidades competentes. Dentro de estas soluciones se pueden incluir, entre otras, sanciones para aquellos que por medio de engaños muestren ingresos inferiores a los que detentan en la realidad, regulaciones dirigidas a la adopción de alicientes que incentiven el pago de cotizaciones por quienes tienen capacidad económica y la correspondiente divulgación de dichas políticas. En todo caso, estas medidas deben prever la posibilidad de moverse de un régimen a otro durante los ciclos laborales y no podrán impedir que las personas que estén en el régimen contributivo puedan pasar al subsidiado en los casos en los que económicamente lo requieran.

II.1. El derecho internacional como referente para el abandono de la doctrina de “conexidad” y el afianzamiento del derecho a la salud como derecho directamente fundamental

Cabe resaltar que la sentencia hizo uso extensivo del derecho internacional de los derechos humanos, particularmente de la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵. Asimismo, en la sentencia T-760/08, la Corte especificó que el derecho fundamental a la salud contiene “un núcleo esencial que debe ser garantizado a todas las personas” y que el ámbito de dicho derecho puede ser objeto de limitaciones que, para ser admisibles, deben estar justificadas a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

La precisión del derecho a la salud como derecho fundamental a la luz del derecho internacional constituyó una precisión de la mayor importancia en la dogmática constitucional colombiana. Desde los primeros años de jurisprudencia de la Corte Constitucional (1992), se habían presentado diversos debates en torno a qué son y cuáles son los derechos fundamentales amparados por vía de tutela⁶. Las posiciones más formalistas y exegéticas habían señalado que dicho recurso judicial no era procedente para garantizar la protección de los derechos sociales, bajo el alegato según el cual la tutela solo era procedente respecto al

⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 22° período de sesiones, U.N. Doc. E/C.12/2000/4, 2000.

⁶ Una explicación de los debates durante los primeros años de jurisprudencia puede verse en Chinchilla (1999) y Cepeda Espinosa (1997).

Capítulo I del Título II de la Constitución, titulado “de los derechos fundamentales”. Y los derechos sociales se encontraban en otro capítulo de la Constitución. Diversos fallos adoptados en 1992 y reiterados en los años venideros, respondieron a ese criterio formal y constituyeron durante varios años los principales precedentes respecto a los criterios para establecer los derechos fundamentales. Estas sentencias aludían a criterios de tipo material⁷, que deben ser apreciados, en cada caso concreto, como principales guías para la determinación de cuándo se está ante la presencia de un derecho fundamental. Estos criterios prevalecieron sobre el enfoque literal, según el cual un derecho fundamental es aquel que se encuentra en el mencionado capítulo I de la Carta Política. Asimismo, estos criterios materiales resultaban concordantes con interpretaciones autorizadas del derecho internacional aplicable, según las cuales, una clasificación rígida que sitúe a los derechos sociales fuera del ámbito de protección judicial sería arbitraria e incompatible con el PIDESC y con la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos⁸.

En ese contexto, respecto a derechos sociales se impulsó

7 Entre dichos criterios materiales, entre otros, se aludió al carácter “inalienable, esencial e inherente” de un derecho, el rol de los tratados internacionales de derechos humanos, la posesión de un “contenido esencial”, la eficacia directa / aplicación inmediata de algunos derechos y el señalamiento de derechos que poseen requisitos especiales para su modificación. Ver, entre otras, Sentencia T-002/1992, Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión. Expediente T-644, rta 08/05/1992; y Sentencia T-406/1992 Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión. Expediente T-778, rta 05/06/1992.

8 Ver Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General N° 9, *La aplicación interna del Pacto*, 19º período de sesiones, U.N. Doc. E/C.12/1998/24, 1998. párr. 10.

un criterio de protección judicial basado en la conexidad con otros derechos fundamentales. Según esta línea jurisprudencial, los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que, no siendo denominados como tales en el texto constitucional, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales (como el derecho a la vida), de forma que, si los primeros no fueron protegidos en forma inmediata, se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos⁹.

Sin embargo, un uso excesivamente discrecional de doctrinas de conexidad e interdependencia ha recibido una crítica como criterio de protección judicial. De una parte, se señala que esta opción podría constituir una disminución del ámbito de protección de cada derecho social en particular, dado que existen algunos componentes de los derechos sociales que no pueden ser reconducidos a estándares de derechos civiles y políticos¹⁰. En este sentido, podría perderse la especificidad tanto de derechos civiles y políticos (que empiezan a abarcarlo todo) como de derechos sociales (que no logran proyectar sus especificidades). De otra parte, se debate sobre el alto nivel de discrecionalidad que tendrían los jueces para utilizar, sin mayor límite, las cláusulas de interdependencia y conexidad. Por vía de la conexidad podría

9 Sentencia T-491/1992, Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. Expediente T-2193, rta 13/08/1992. Esta sentencia retoma el criterio establecido en la sentencia T-406 de 1992. El criterio de conexidad para impulsar la protección judicial no fue el único criterio para proteger el derecho a la salud. También se declaró procedente el amparo frente a grupos de especial protección teniendo en cuenta su situación de vulnerabilidad. Además, desde 2003, se inició una jurisprudencia que consideró al derecho a la salud como fundamental respecto a su “ámbito básico”.

10 Sobre este punto, ver Melish (2008).

llegarse a un derecho absoluto. En el caso específico de Colombia, se habían hecho críticas concretas sobre los efectos inequitativos de la doctrina de conexidad para ordenar el suministro de lo no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, dado que esta jurisprudencia había permitido inaplicar normas legales de la política pública respectiva, generando priorizaciones que no habían sido discutidas previamente en foros técnicos, legislativos o deliberativos.

La sentencia T-760 no se detiene en estas críticas al argumento de conexidad, pero sí reseña la forma en que la jurisprudencia de la Corte venía abandonando tal criterio al considerarlo “artificial”. En este punto, se retomó la sentencia T-016 de 2007, en la que se señala que

56

Hoy se muestra artificialmente predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos -unos más que otros- una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental¹¹.

La sentencia T-760 de 2008 precisó, entonces, que no era necesario utilizar un criterio de conexidad para que fuera procedente el amparo. Además, dicho fallo, utilizando las obligaciones internacionales en torno al derecho a la salud, delimitó

¹¹ Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión. Expediente T-1405186. Sentencia T-016/2007, rta. 22/01/2007.

el contenido del derecho con independencia de la regulación a nivel interno, que puede ir cambiando según los ajustes legislativos. Es decir, el derecho a la salud no se asume como el derecho a un Plan Obligatorio de Salud (POS) o a otros elementos establecidos en la regulación. Su contenido es inferido, desde una perspectiva constitucional e internacional, como independiente a la normatividad que se adopte por una política pública respectiva. Esta opción modifica el debate. No es importante establecer si el derecho a la salud es parte de los derechos susceptibles de protección vía de tutela. Lo que se vuelve relevante es tomar como punto de partida tanto su carácter de fundamental como las obligaciones internacionales, para analizar hasta dónde puede exigirse la garantía de los aspectos prestacionales de dicho derecho y la forma como deben operar sus limitaciones. En un auto de supervisión de la sentencia, la Corte complementó el significado del derecho fundamental a la salud al señalar que:

El derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo [...] Pero ello no significa que el derecho a la salud sea ilimitado en el tipo de prestaciones que cubre. El plan de beneficios no tiene que ser infinito toda vez que puede circunscribirse a las necesidades y prioridades que determinen los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos disponibles¹².

II.2. Precisiones en torno a la justiciabilidad de las dimensiones prestacionales del derecho a la salud

La sentencia T-760 de 2008 aplicó al derecho a la salud

¹² Corte Constitucional de Colombia, Sala de Seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008, Auto 110 de 2011.

precisiones que había efectuado en su sentencia T-595 de 2002 respecto a la protección judicial de las dimensiones prestacionales de los derechos fundamentales, clarificando las obligaciones con efecto inmediato y las obligaciones de cumplimiento progresivo pertinentes. La T-760 resalta que es un “error categorial” hablar de “derechos prestacionales” toda vez que todos los derechos tienen facetas prestacionales y facetas no prestacionales”. Se indica que algunas obligaciones asociadas a estas facetas prestacionales son de cumplimiento inmediato “bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos (por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico)” o “porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida –art. 50, CP–)”.

Otras de las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento *progresivo*, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho. Sin embargo, se reitera el precedente establecido en la sentencia T-595 de 2002, según el cual “el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse”. Al respecto, siguiendo dicho fallo emitido en 2002, se precisa que la faceta prestacional y progresiva de

un derecho constitucional permite a su titular exigir judicialmente, por lo menos:

- a. la existencia de una política pública,
- b. que no sea simbólica o meramente formal, lo cual quiere decir que esté claramente orientada a garantizar el goce efectivo del derecho. Este punto es importante porque “se viola la Constitución cuando existe un plan o un programa, pero se constata que (i) “*sólo está escrito* y no haya sido iniciada su ejecución” o (ii) “que así se esté implementando, sea evidentemente *inane*, bien sea porque no es sensible a los verdaderos problemas y necesidades de los titulares del derecho en cuestión, o porque su ejecución se ha diferido indefinidamente, o durante un período de tiempo irrazonable”; y
- c. que contemple mecanismos de participación de los interesados que impulsen la mayor rendición de cuentas posible. Al respecto, la jurisprudencia ha considerado inaceptable constitucionalmente que exista un plan (i) ‘*que no abra espacios de participación para las diferentes etapas del plan*’, o (ii) ‘*que sí brinde espacios, pero éstos sean inocuos y sólo prevean una participación intrascendente.*’ Cuál es el grado mínimo de participación que se debe garantizar a las personas, depende del caso específico que se trate, en atención al tipo de decisiones a tomar.

Este tipo de precisiones sobre la exigibilidad de las dimensiones prestacionales del derecho es lo que le permite a

la T-760 tomar metas ya establecidas legalmente –como la unificación de los planes obligatorios de salud, lo cual ya estaba ordenado en la Ley 1122 de 2007. Se insiste entonces en control judicial estricto respecto a la lentitud en el cumplimiento de metas que, una y otra vez, se han ido posponiendo en el tiempo a partir de diversas razones, las cuáles pasarán a escrutinio judicial.

En este sentido, este tipo de enfoques aceptan la violación de derechos fundamentales por el incumplimiento en la obligación de diseñar planes de acción para el desarrollo del contenido prestacional del derecho fundamental respectivo e incluye, dentro de los alcances de la acción de tutela, la posibilidad de que se ordene la elaboración y ejecución de este tipo de planes¹³. Además, este tipo de control judicial otorga un papel primordial al sistema de información que permita evaluar en qué términos es razonable y eficiente el manejo de recursos, lo cual será determinante en la adecuada implementación de la sentencia.

La Corte no pretende ser el órgano que mejor conoce lo que se debería incluir en el POS, ni tampoco desea establecer los fundamentos éticos para efectuar esas elecciones. En lugar de eso, instó a la CRES a que cumpliera con estas funciones legales conforme a la Ley 1.122 de 2007. Esta lógica de la Corte resulta compatible con las propuestas del eticista Norman Daniels respecto a “rendición de cuentas sobre la razonabilidad” (Daniels 2000, 1300-1301). Argumenta que no necesitamos tener principios totalmente definidos que nos digan cómo

solucionar equitativamente las necesidades de salud —criterios para determinar qué prioridad darles a los que están en peor situación u otros similares— cuando no es posible satisfacer todas esas necesidades. Por ello, considera que lo que se necesita es tener un proceso justo, a saber: i) transparente, en el sentido de que los fundamentos de las decisiones sean públicos; ii) basado en razones relevantes (por ejemplo, el cuidado apropiado del paciente), en vez de criterios raciales o estereotipos sobre género; iii) revisable mediante alguna clase de procedimiento de apelación, ya que siempre habrá nuevos elementos que haya que considerar además de casos atípicos; y v) exigible (Daniels 2008). La T-760/08 exige este tipo de procesos deliberativos y transparentes que permitan actualizar y unificar los planes de beneficios.

III. Algunos hitos y debates en la implementación de la sentencia

III.1. Algunos hitos en la implementación

Para efectuar una supervisión detallada de la implementación de la sentencia, la Corte decidió crear una “Sala de Seguimiento”, conformada por un equipo de trabajo liderado por tres magistrados de la Corte. En ocho años, la Sala de Seguimiento ha emitido decenas de autos relacionados con las 16 órdenes principales emitidas por la Sentencia. La sentencia ha tenido enorme impacto en relación con el flujo de recursos en el sistema de salud. En un primer momento, para cumplir con la sentencia, el Gobierno impulsó un estado de excepción relacionado con la emergencia económica y social. Ello fue rechazado por la Corte, que resaltó que no era necesario utilizar un estado de excepción para tal efecto. Posteriormente, el Gobierno adoptó diversas medidas

¹³ En este sentido, ver el análisis sobre la sentencia T-595 por parte de Juliana Vargas Gómez (2002, 2525 y ss).

respecto a la corrupción en el manejo de recursos y respecto al control de precios de medicamentos.

En el auto 78 de 2012 la Corte retomó los autos emitidos entre 2008 y 2012 como antecedentes para convocar a una audiencia de rendición de cuentas, en relación con los temas de flujo de recursos. Además, hizo un balance y señaló las dificultades que impiden avanzar en el cumplimiento de las órdenes generales sobre flujo de recursos, entre ellos, la insuficiencia en las fuentes de financiación del sistema y la incertidumbre acerca de la eficacia de las medidas adoptadas por los órganos de regulación. Por otra parte, evidenció la *suficiencia de recursos* asignados al sector salud, pero denunció que estos eran dilapidados. En efecto, para la Corte, lo que causa el desequilibrio financiero del sistema es la “indebida destinación de recursos, malversación de fondos y falta de mayor diligencia de algunos órganos de inspección, vigilancia y control”. El Tribunal reiteró consideraciones ya desarrolladas al declarar inexecutable la emergencia social, y resaltó la existencia de sobrecostos debida a la intermediación de los medicamentos, aspecto que hace que los medicamentos en Colombia tengan un precio excesivamente mayor al de otros países¹⁴.

Como un importante efecto instrumental de la sentencia, cabe resaltar que en estos años se produjo un fuerte empoderamiento de algunas instancias de control¹⁵ con funda-

mento en los derroteros señalados por la Corte. Se trata de un efecto directo asociado a los cambios en las conductas de los órganos destinatarios de la decisión y es, también, un indicador de proceso sobre los avances en los esfuerzos institucionales para implementar la Sentencia. La sentencia T-760 generó espacios de rendición de cuentas que han sido aprovechados por varios organismos de control para impulsar sus tareas de inspección y vigilancia. Además, la Corte, a través de la sentencia y sus autos de supervisión, ha señalado una hoja de ruta sobre los principales asuntos en los que deberían focalizarse las tareas de supervisión.

Respecto a los impactos en relación con la precisión, actualización, unificación y acceso a los planes de beneficios, al emitirse la sentencia, varios economistas argumentaron que la universalización y la unificación que ordenó la sentencia T-760/08 era insostenible, teniendo en cuenta la crisis en la financiación del sistema derivada del hecho que el número de ciudadanos en el régimen contributivo era muy inferior al del régimen subsidiado. A pesar de estas objeciones en algunos sectores, durante cuatro años el gobierno adoptó medidas sobre unificación y actualización del POS y estas medidas han sido analizadas en más de 15 autos específicos emitidos por la Corte. Por ejemplo, en el auto 105 del 8 de junio de 2010, la Corte formuló diversas preguntas a la CRES relacionadas con los acuerdos que, hasta ese momento, había emitido con el objetivo de actualizar el POS. Entre otros aspectos, el Tribunal indagó sobre los antecedentes y criterios para la emisión de dichos acuerdos, los servicios que no se encuentran comprendidos en los planes de beneficios pero que van a ser incluidos gradualmente, las metas para la ampliación y las fechas en las que serán cumplidas. Asimismo, se indagó por los servicios

14 Corte Constitucional de Colombia, Auto 263, Sala de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008, 16 de noviembre de 2012.

15 Particularmente, la Contraloría General de la República y las Superintendencias de Salud y de Industria y Comercio, así como procesos disciplinarios impulsados por la Procuraduría General de la Nación.

excluidos de los planes de beneficios, los criterios de actualización periódica, las medidas para superar las llamadas “zonas grises” y los mecanismos de participación e influencia real de la comunidad médica y de los usuarios.

La Corte convocó a una audiencia pública en la que intervinieron ministerios, órganos de control y representantes de la sociedad civil. Posteriormente, la Sala de Seguimiento emitió el Auto 226 de 2011, en el cual se fijaron parámetros y niveles de cumplimiento que el Gobierno y la CRES debían seguir cuando realicen las actualizaciones integrales del Plan de Beneficios, las cuales ocurrieron en 2011 y 2012. Es importante resaltar que en el Auto 226, la Sala de Seguimiento dialogó con los desarrollos más importantes en el derecho internacional respecto a indicadores de derechos humanos. En particular, fue mencionada la experiencia en la materia del Relator Especial de Naciones Unidas para el Derecho a la Salud, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otros documentos relevantes de Naciones Unidas.

La Corte emitió un pronunciamiento crítico de los procesos de actualización y unificación en el Auto 261 del 16 de noviembre de 2012, en el cual determinó, entre otros elementos, que no se habían evidenciado medidas tendientes a racionalizar el acceso a los servicios de salud por parte de los usuarios, no se había gestionado incentivo alguno para procurar la cotización de quienes tienen capacidad económica, y que en los procesos de unificación de los planes no se había acreditado la participación activa de los usuarios y la comunidad médica¹⁶.

16 Corte Constitucional de Colombia, Auto 261, Sala de Seguimiento a la

Finalmente, cabe resaltar que la sentencia ha tenido un importante impacto en las reformas al sistema de salud y en la ley estatutaria sobre el derecho a la salud. El Gobierno de Juan Manuel Santos ha impulsado diversas reformas al sistema de salud y algunas de las propuestas han estado influenciadas por lo señalado en la sentencia T-760, especialmente respecto a la concepción del derecho a la salud como derecho fundamental y los alcances que podría tener su posible limitación.

III.2. Debates sobre la incertidumbre en relación con la información presentada por los actores

Durante entrevistas efectuadas a mediados de 2015, diversos actores señalaban como algo problemático que la Corte permanezca demasiado tiempo sin pronunciarse sobre los informes que le presentan las partes sobre algunas de las órdenes. En este aspecto, cabe decir que el monitoreo de T-760 tiene problemas similares al monitoreo que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en algunos casos ha sido criticado porque pueden pasar años sin que se emitan decisiones que evalúen la información remitida por las partes. Un funcionario del Ministerio de Salud señaló, en particular, el desgaste que puede generar en ciertas instituciones la producción de informes sin recibir respuesta o, incluso, cuando se reciben órdenes que complejizan la función pública por el hecho de que se requiere focalizar esfuerzos para responder a solicitudes puntuales efectuadas por la Corte. Más aún cuando, en ocasiones, la Corte ha sido inflexible en la concesión de plazos.

Sentencia T-760 de 2008, 16 de noviembre de 2012.

De otra parte, cierta tensión ha surgido en la valoración de los informes que los grupos de interés presentan ante la Corte. Algunos consideran que la Sala de Seguimiento les habría dado excesivo peso a algunas posturas de los Grupos de Seguimiento sin contrastar la información con la postura del Gobierno en el tema respectivo, o sin contrastar en general la postura del actor que suministra una postura. Este aspecto es relevante para enfatizar las diferencias entre este caso y el proceso de seguimiento a una sentencia estructural, previamente emitida en relación con desplazamiento forzado (la famosa sentencia T-025 de 2004). Esta sentencia se abocaba a un tema en el que los actores involucrados no enfrentaban las enormes diferencias y asimetrías entre sí, como sí ocurre con los actores en el sistema de salud –particularmente dentro de la sociedad civil– que defienden intereses muchas veces contrapuestos (médicos, grupos de pacientes, aseguradoras, etc).

Lo anterior tiene, a su vez, relación con los debates en torno a cómo priorizar en salud, lo cual exige valorar, como punto de partida, el tipo de intereses que manejan los participantes en el monitoreo de la implementación del fallo. Ello hace fundamental la transparencia en la información. Un debate actual gira en torno a las bases de datos sobre tutelas. La Defensoría del Pueblo ha utilizado la información disponible en la Corte Constitucional, pero se ha concentrado en variables muy particulares que, en ocasiones, no ofrecen mucha información sobre variables tan relevantes como la pertinencia técnica de las solicitudes¹⁷. Asimismo, se ha cri-

¹⁷ Al respecto, una persona entrevistada en 2015 mencionó los esfuerzos por recolectar información respecto a si los jueces evaluaron el perfil socioeconómico del litigante, para ver si la persona tenía capacidad eco-

ticado que algunas solicitudes son registradas como tutela respecto a temas POS, cuando de lo que se trata es de aspectos en los que sí se tuvo acceso a POS, pero existe debate en algunas variables del tratamiento.

En el futuro, un tema relevante para la implementación de la sentencia y la valoración del alcance de la protección judicial del derecho a la salud debería estar marcado por una discusión pública sobre la metodología y alcances de las bases de datos que vienen utilizando al menos tres instituciones: la Corte, la Defensoría del Pueblo y el Ministerio de la Salud –en asocio con la Universidad de los Andes–. Eliminar cualquier barrera irrazonable en el acceso a las bases de datos, constituye una regla ineludible para fortalecer la discusión pública en esta materia y enfrentar la complejidad derivada del uso de metodologías diferentes –pero quizás complementarias– para evaluar las razones que explican el que todavía exista un uso masivo de la tutela para el acceso a la salud, a pesar de que han transcurrido ocho años desde la emisión de la sentencia T-760. Cabe recordar, que uno de los objetivos de la T-760 era que la tutela no sea más un mecanismo necesario de acceso a la salud y que, por ende, el número de tutelas disminuya.

III.3. Debates sobre el cierre o la interpretación amplia de algunas órdenes

Otros debates que han surgido en la implementación de la sentencia, se relacionan con la forma como se ha extendido la supervisión judicial hacia aspectos que parecieran no es-

nómica para cubrir la prestación con recursos propios, y si el juez había revisado la pertinencia técnica de la solicitud.

tar directamente ligados con las órdenes emitidas en 2008. Por ejemplo, en determinado momento se ha criticado el intento de la Corte de evaluar el acceso efectivo a servicios, más allá de la actualización y unificación de los planes, lo cual resulta complejo, particularmente cuando se trata de hacer informes de resultados en salud de los respectivos regímenes de acceso. Ello extiende el marco de análisis inicialmente previsto en el fallo, y se complejiza, aún más, si se tiene en cuenta las dificultades que puede enfrentar un Tribunal en mantener un equipo que esté solamente dedicado al seguimiento de la Sentencia. La tarea de este equipo puede volverse infinita.

A pesar de que, a nivel internacional y comparado, algunas cortes tienen mayores incentivos para intentar cerrar las órdenes relacionadas con remedios que emiten, lo que está pasando con el seguimiento de la T-760 parece indicar lo contrario.

El debate sobre la inclusión o no de la Ley Estatutaria de Salud (Ley 1751 de 2015) dentro del análisis de la implementación de la T-760 adquiere especial relevancia en esta discusión. Durante los cinco años de mandato que el presidente Santos llevaba hasta ese momento, había radicado personalmente sólo dos leyes ante el Congreso: la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, y la Ley Estatutaria sobre el Derecho a la Salud. Ello dimensiona el valor político que se le quería dar a esta ley como un punto de partida para solucionar problemas estructurales del sistema de salud.

En términos generales, en esta ley se consagró expresamente el entendimiento del derecho a la salud como derecho fundamental, y diversas reglas sobre su limitación. Diferen-

tes movimientos sociales, cercanos al Movimiento Nacional por la Salud y a la acción de la Secretaría de Salud durante la Alcaldía del anterior alcalde de Bogotá –con tendencias de izquierda–, veían en la Ley Estatutaria una visión de la salud radicalmente distinta al modelo neoliberal adoptado en la Ley 100 de 1993. Por el contrario, desde el Ministerio de Salud la defensa de la Ley Estatutaria está anclada en una defensa del modelo, pues se ve en esta ley un conjunto de ajustes para corregir las imperfecciones del mercado en esta materia y la posibilidad de impulsar el concepto de integralidad en la atención a la salud y el análisis de priorización en salud en forma adecuada¹⁸.

Quienes defienden la Ley Estatutaria como un rompimiento del modelo adoptado en 1993, defienden, a su vez, que la Corte Constitucional involucre en el seguimiento de la sentencia T-760 un análisis de esta ley. En alguna medida, se ve allí el camino para que la Corte Constitucional efectuara una crítica más radical contra el modelo de la Ley 100. Por el contrario, algunas personas entrevistadas consideran que tal tipo de análisis en el seguimiento de la T-760 desborda el objetivo central de dicho fallo, que se concentró en las principales barreras de acceso a la salud. Asimismo, desde esta perspectiva, si la Corte entrara en una ruptura abierta contra el modelo de salud podría abrir una puerta de críticas a su legitimidad e, incluso, a las condiciones de posibilidad para hacer un seguimiento razonable a la implementación del fallo.

¹⁸ Incluso, el ministro de Salud ha manifestado disenso con la interpretación que ha hecho la Corte Constitucional de los alcances de esta Ley Estatutaria en relación con las posibles limitaciones razonables y proporcionales que puede tener el derecho a la salud.

Sea cual sea la decisión que adopte la Corte Constitucional en la materia, ello constituirá un ejemplo de los desafíos en el monitoreo de sentencias estructurales. En efecto, al momento de la emisión de la sentencia, algunos movimientos sociales manifestaron su escepticismo porque la T-760 se anclaba en el lenguaje de la Ley 100, que se denuncia como neoliberal. Lo interesante del asunto es que, paradójicamente, dentro del movimiento por la salud la Sentencia haya constituido un punto de encuentro para volver a dinamizar la movilización, y que la lucha por la Ley Estatutaria haya implicado un acercamiento entre grupos contrarios a la Ley 100 que no se habían acercado en el pasado –la Junta Médica, el Movimiento Nacional por la Salud, etc.¹⁹.

Asimismo, corresponde debatir críticas en torno a la presunta “microgerencia” en el marco del seguimiento de la T-760. Se critica en este punto, la probable utilización del seguimiento al fallo estructural como justificación para analizar la situación específica de centros de salud en las zonas más pobres de Colombia. Es previsible que surjan algunos problemas para el monitoreo al involucrar un análisis de situaciones críticas específicas en algunas regiones o en algunos temas como parte del seguimiento de la T-760²⁰. Por

¹⁹ Entrevistas efectuadas a Mauricio Torres y Carolina Corcho fueron especialmente relevantes para entender la complejidad y dinamismo de la discusión sobre la movilización social por la salud en Colombia y la adopción de la Ley Estatutaria del derecho a la salud. Sobre los debates específicos en torno a la movilización por la salud en Colombia, ver Mauricio Torres Tovar (2013).

²⁰ En el Auto 100 de 2014 sobre la construcción de un puesto de salud en un municipio concreto, la Sala de Seguimiento concluyó que “4. Lo expuesto sugiere que los resultados obtenidos con la política pública, prima facie, no son los esperados, por cuanto diferentes fuentes como los informes de las autoridades, las peticiones ciudadanas, los reportes

una parte, el seguimiento de la sentencia se transformaría en un escenario poco idóneo para plantear todos los debates complejos del sistema de salud. Por otra, la posibilidad de cerrar la Sentencia sería inviable. En entrevista con el magistrado Jorge Iván Palacio y miembros de su despacho fue explicado el análisis del Hospital de Quibdó (una de las ciudades más pobres de Colombia) como un caso ilustrativo de problemas, sin que se tenga una pretensión necesariamente micro. El énfasis en dicho Hospital se explicaba en el hecho de llevar varios años intervenido por el Estado y, por ello, resultar ilustrativo de las fallas del sistema. Este enfoque es muy relevante y valioso para dinamizar la implementación de la Sentencia T-760, pero pueden surgir dudas sobre la complejidad de abrir el seguimiento a muchos escenarios que resulten siendo ilustrativos de estas fallas.

En el marco de lo que analizo en este segmento, otro desafío para la implementación de la Sentencia lo constituye el hecho de que los procesos de seguimiento de sentencias enfrentan el reto del cambio en la composición de cortes y juzgados. Es posible que quien esté a cargo de la implementación tenga una visión diferente de las controversias en juego respecto al juez que emitió el fallo. El magistrado

de los medios de comunicación y la propia jurisprudencia de esta Corporación dan cuenta de casos en los que pacientes siguen siendo sometidos a una atención extemporánea, a pesar de haber transcurrido más de cinco años después de que se ordenara corregir dichas circunstancias, a través de la Sentencia T-760 de 2008.” Este tipo de enfoques puede resultar problemático porque casos individuales, procesos judiciales con debates probatorios específicos e información de prensa no contrastada, sin mayor participación del Ministerio de Salud, pueden guiar el enfoque del seguimiento por encima de un debate más abierto y transparente liderado por la propia Corte.

Manuel José Cepeda fue el ponente de la Sentencia (2008) y el magistrado Jorge Iván Palacio ha estado a cargo de su implementación entre 2009 y 2016. En 2017 ocurrirá un cambio en la composición de la Corte que involucrará, necesariamente, nuevas visiones en torno al sentido que debe tomar la intervención judicial en casos estructurales, y sobre los principios de separación y complementariedad entre los poderes públicos.

III.4. Retos actuales de la implementación

En septiembre 2015, la Corte Constitucional hizo una audiencia pública para discutir sobre el eventual cierre de la Sentencia T-025 de 2004 sobre desplazamiento forzado. Existe debate sobre hasta qué forma, el seguimiento de sentencias estructurales pueda generar algún nivel de desgaste que afecte a la Corte. En 2013, al adoptar una nueva sentencia estructural en el tema de cárceles, la Corte hizo un giro en esta materia al no concentrar en la Corte el seguimiento del fallo. Es, en últimas, una nueva visión sobre el rol que debe jugar la Corte en este tipo de transformaciones estructurales. Afortunadamente, en el caso sobre cárceles, el aprendizaje que ha tenido la sociedad civil a través del seguimiento de las sentencias sobre desplazados y derecho a la salud motivó a que diversas organizaciones, por iniciativa propia, lideraran la evaluación de la implementación.

Volviendo a la sentencia T-760, existen temas de especial complejidad técnica donde, en el futuro, la Corte tendrá que tomar decisiones que balanceen, en forma adecuada, las dimensiones financieras del sistema de salud. Por ejem-

plo, los debates en torno al cálculo actuarial de la UPC de los dos regímenes, cuya igualación no ha ocurrido.

Por otra parte, es necesaria más información sobre el rol de la Superintendencia de Salud en tareas de inspección, vigilancia y control. Estas tareas de fiscalización las sigue asumiendo la Corte. Podría ser una falla del monitoreo, el que la Corte no tuviera una visión más estructural de por qué la Superintendencia no esté cumpliendo con su papel²¹. Por el contrario, según lo que expresan algunos actores, las investigaciones se vienen impulsando mucho respecto al incumplimiento de la Sentencia -investigaciones disciplinarias, fiscales e incluso penales- y no respecto a los problemas globales de regulación y de inspección, vigilancia y control.

Esto introduce otro de los desafíos y lecciones para el análisis comparado: el ámbito del monitoreo tiene una vocación de conciliación que, en ocasiones, entra en tensión con el ámbito adjudicativo en el marco de la contención entre partes.

IV. Algunos retos en materia de participación

La insistencia de la sentencia T-760 de 2008 en que se garantice la debida participación de todos los actores relevantes e involucrados, y afectados con las políticas de acceso a la salud, constituye una influencia de lo que desde el derecho internacional de los derechos humanos se ha entendido

²¹ Sin perjuicio de ello, la Sala de Seguimiento ha intentado diversos diálogos con la Superintendencia para tratar de armonizar enfoques, aunque en ocasiones surgen tensiones porque se ve la intervención de la Corte como una intervención en proceso judicial contencioso ordinario y no como una intervención en un escenario de seguimiento a una sentencia estructural. Agradezco este punto a la entrevista con el magistrado Palacio y la Sala de Seguimiento.

como enfoque de derechos en relación con las políticas sociales. Conviene, entonces, precisar algunos elementos conceptuales sobre qué estamos entendiendo como participación. Desde un marco de Derechos Humanos la participación debe incluir: (i) mecanismos institucionales para asegurar que la población pueda participar, (ii) construcción y fortalecimiento de capacidades para la participación, (iii) mecanismos de participación en las diferentes etapas del proceso (desde la elaboración de la agenda hasta la elaboración de las herramientas de monitoreo y evaluación), (iv) mecanismos de rendición de cuentas y revisión dinámica y permanente de decisiones relevantes.

Desde esta perspectiva, la participación es más que una herramienta de consulta utilizada para explorar las necesidades y opiniones de la población. La participación es un mecanismo de construcción colectiva, una herramienta democrática que permite a las sociedades debatir sobre sus valores, estructuras y hacia dónde se quieren dirigir (Gianella et ál 2009, 1-13). Las deficiencias que pueda tener un proceso de participación pueden poner en riesgo la legitimidad de los resultados de la implementación de la sentencia T-760 de 2008, así como el apoyo de parte de la sociedad a la misma.

En este punto, la participación ciudadana no puede entenderse como participación individual de usuarios, clientes, consumidores de servicios de salud, en lugar de ciudadanos titulares del derecho a la salud. La opinión de “clientes” no puede tener un peso superior al de la deliberación colectiva y crítica que debe hacer la ciudadanía a través de diversas formas organizativas (Gianella op.cit.). En este punto, los

ciudadanos deben contar con información para entender el alcance de las consultas, la revisión de las decisiones adoptadas y la rendición de cuentas. Ello implica que, permanentemente, las personas reciban documentos o material asociado a la implementación de la sentencia, cuyo contenido sea completo, pertinente, confiable y comprensible²².

La participación debe, entonces, ir más allá de la posibilidad que tienen los usuarios, como consumidores, de regular el trabajo de los proveedores de servicios de salud. En ocasiones, ello resulta complejo teniendo en cuenta el contexto en el que se da la relación entre el proveedor de los servicios de salud y los usuarios, donde, por regla general, el proveedor suele tener el poder del conocimiento y, por ello, mayor poder en la toma de decisiones²³. En otras palabras, en el marco de la atención integral en salud, se debe propender por una participación que no se refiera únicamente a relaciones individuales proveedor – usuario/consumidor, sino más bien a la participación de ciudadanos y comunidades en la implementación y revisión de las políticas de acceso a la salud. Es en este escenario donde resulta posible una participación que permite un diálogo democrático entre técnicos, expertos y ciudadanos.

Cabe resaltar que este modelo de *participación crítica* debe

²² Estos son los criterios que ha utilizado la Corte Constitucional de Colombia al valorar la información que es suministrada por instituciones tanto al Tribunal como a organizaciones encargadas del monitoreo de algunos de los fallos emitidos por dicha corporación.

²³ Entrevista a Norman Daniels, Thomas Bossert y William Hsiao. Disponible en <http://www.semana.com/noticias-salud-seguridad-social/mejor-debil-del-sistema-salud-colombiano/125943.aspx>.

entenderse como un proceso constructivo permanente. Asimismo, la medición o valoración de la participación debe involucrar una narrativa, contextualizada y dialógica, en la cual se deben situar los problemas que las personas encuentran para acceder a las prestaciones en salud que les corresponden.

Retomando las características de un modelo de participación basado en el enfoque de derechos humanos, y tal como lo plantean autores como Torres, Méndez y Carmona (2015), la participación social y el servicio a la ciudadanía pueden proyectarse en acción política organizada para empoderar a la ciudadanía, fortalecer su tejido social, con miras a construir poder para incidir efectivamente en el conjunto de decisiones públicas en salud, a favor de la resolución de las necesidades sociales y sanitarias. Esta visión sobre participación y empoderamiento es también compartida por la antigua Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, Magdalena Sepúlveda, quien presentó su enfoque sobre participación como un mecanismo para desafiar formas de dominación que privan a las personas de agencia y autodeterminación²⁴. De allí que la política de participación deba ser diferente según los contextos de cada ciudad y municipio, dependiendo de las dinámicas de articulación entre los individuos y grupos vulnerables, y fortaleciendo dinámicas construidas “desde abajo”, a partir de procesos dinámicos de escucha y diálogo permanente²⁵.

24 Relatora Especial sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, Magdalena Sepúlveda, *La participación de personas que viven en la pobreza*, A/HRC/23/36, 23ª sesión del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, junio de 2013.

25 En similar sentido, respecto a la participación en diversas políticas de salud: Yamin (2016, 157-179) y Loewenson et ál (2014).

Lo anterior no demerita la participación institucionalizada, sin embargo, le quita cierto nivel de protagonismo en algunos contextos. En efecto, en ocasiones, cuando los espacios y la forma de participación en salud están ligados a las instituciones de atención sanitaria, se limita la discusión a asuntos relacionados tan solo con la prestación de servicios de salud, sin que se logre integrar un contexto de discusión más amplio, por ejemplo, la discriminación estructural que sufren algunos grupos en diversos espacios sociales e institucionales. El impulso de participación social se verá fortalecido cuando surjan más demandas de participación en forma espontánea desde las comunidades.

Algo que debe evitarse en las tareas futuras, se relaciona con lo que podría asociarse a la “participación inducida” y la “participación instrumentalizada” (Torres Tovar et ál 2015 y Yamin 2016). En estos escenarios se convoca a la comunidad y se esgrime su participación para legitimar decisiones que la institucionalidad ya ha tomado, sin contar efectivamente con la opinión de las comunidades. También se debe evitar la “participación sin eficacia”, es decir, aquella donde la capacidad de incidencia de las comunidades sobre la toma de decisiones es muy precaria.

Otro aspecto que merece especial atención, es la importancia de determinar hasta qué punto puedan existir problemas en los mecanismos democráticos de representación que generen una fractura entre los líderes sociales y sus bases. En otras palabras, un eventual “divorcio” entre representados y representantes que están lejos de las bases comunitarias. Lógicas clientelares, luchas entre micropoderes y afanes innecesarios de protagonismo pueden agravar

aún más este tipo de situaciones (Torres Toval et ál 2015). Asimismo, en zonas donde el conflicto armado ha tenido especial impacto en aterrorizar a la población, ello impacta directamente en el miedo de las personas a movilizarse y, en general, ofrece más temores respecto al involucramiento en procesos de participación social²⁶.

En el caso de la participación en salud, en el marco de la implementación de la sentencia T-760 de 2008, algunas críticas han surgido en el sentido de acusar a la Corte de haber puesto demasiada fe en la existencia de un proceso deliberativo, y también de ignorar las relaciones de poder asimétricas entre los diferentes grupos afectados de la población. En este punto, la justicia dialógica puede tener serias limitaciones si el contexto respectivo impide una discusión transparente e integral de las variables relevantes. Al respecto, muchas de las respuestas del Gobierno a la sentencia T-760/08, particularmente durante el Gobierno del presidente Álvaro Uribe, mostraban simultáneamente un cumplimiento nominal con la sentencia de la Corte y una estrategia para eludir su cumplimiento efectivo.

Por otra parte, algunos temas centrales no han ameritado mayor discusión. En efecto, a pesar del repetido argumento de la escasez de recursos, no se ha promovido un debate público transparente en los órganos legislativos o en otros foros sobre los alcances de un POS unificado y sobre cómo la expansión de beneficios y cobertura puede ser una amenaza para la sostenibilidad financiera de todo el sistema.

El contexto colombiano, además de presentar desigualdades sociales extremas, se caracteriza por la presencia de ciertos grupos de interés —como el de las aseguradoras— que están bien organizados y ejercen una gran influencia económica, mientras que los pacientes más pobres tienen pocos o inexistentes medios económicos y sus procesos de organización son limitados y atraviesan diversas dificultades. Por consiguiente, es muy posible que algunas “reglas del juego” para una deliberación democrática sobre los parámetros del derecho a la salud refuercen los profundos desequilibrios de poder. De hecho, durante la mayor parte de la implementación de la Sentencia, eso es lo que parece haber ocurrido, puesto que ni la CRES ni la Superintendencia de Salud habían sido capaces de supervisar a las entidades promotoras de salud (EPS), las grandes farmacéuticas enriquecidas con los precios de medicamentos u otros poderosos grupos de interés, como algunos congresistas con intereses en el sector. Por lo pronto, cabe resaltar que durante el control sobre la emergencia social y la supervisión de cumplimiento de la sentencia T-760, la Corte ha iniciado un control sobre la forma en que algunas EPS se han enriquecido y utilizado grandes cantidades de dinero de la salud en gastos excesivos de administración, intermediación y transacciones comerciales. Este aspecto es fundamental para repensar no solo el modelo establecido en la Ley 100 sino también qué valor le otorga la sociedad colombiana al derecho a la salud.

V. Conclusiones

Colombia ofrece complejos retos para el activismo judicial “dialógico”, puesto que las profundas desigualdades sociales y de poder, la violencia y sus consecuencias directas para la movilización social, y la precariedad del Estado de

²⁶ Experiencias de participación en salud en Colombia, Guatemala y Perú son ejemplos al respecto. Ver Yamin (2016, 157-179).

derecho hacen que el verdadero diálogo democrático sea extremadamente difícil. Las propias razones sociopolíticas que llevaron a una mayor judicialización de los derechos sociales limitan también las posibilidades de conseguir en Colombia un cambio social transformador en el campo de la salud mediante la intervención judicial²⁷.

Sin perjuicio de los límites de la sentencia en orden a transformar la crisis de la salud, uno de sus grandes aportes ha sido el visibilizar el decisivo rol del derecho internacional sobre el derecho a la salud para impulsar una protección judicial que enfrente, en forma adecuada, los desafíos que generan situaciones masivas y sistemáticas de violaciones a este derecho. En efecto, el derecho internacional tuvo relevancia para la redefinición del derecho a la salud como derecho directamente fundamental, para un nuevo entendimiento del derecho interno a la luz de las obligaciones internacionales, y para fortalecer la implementación de la sentencia. Es cierto que la invocación del derecho internacional no transforma, necesariamente, la situación que se pretende resolver a través de estas decisiones judiciales, pero la consolidación de un enfoque más estratégico en esta materia aparece como un resultado muy valioso de este diálogo entre los enfoques locales y los internacionales.

Independientemente de lo anterior, en el futuro surgirán fuertes debates sobre el modelo de gestión judicial más apropiado para enfrentar los desafíos asociados a la implementación del fallo. La permanente situación de crisis

en el sistema de salud hace aún más difícil evaluar un posible cierre del seguimiento de la sentencia. Asimismo, la implementación de la sentencia ha estado marcada por tensiones entre visiones más amplias y más restringidas sobre el alcance de las órdenes emitidas y su relación con principios de separación y complementariedad entre los poderes públicos. La Corte Constitucional debe continuar su labor creativa en el impulso de un rol diligente del Poder Judicial para contribuir en la superación de la crisis sin entregar exclusivamente a los jueces, la responsabilidad final por las transformaciones estructurales que se necesitan en esta materia.

Bibliografía

Cepeda Espinosa, Manuel José. 1997. *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Temis.

Chinchilla, Tulio Elí. 1999. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá: Editorial Temis.

Daniels, Norman. 2000. "Accountability for reasonableness". *BMJ*, 321: 1300-1301.

Daniels, Norman. 2008. *Just health: Meeting health needs fairly*. New York: Cambridge University Press.

Gianella, Camila; Oscar Parra-Vera, Alicia Ely Yamin y Mauricio Torres. 2009. "¿Deliberación Democrática o Mercadeo Social? Los dilemas de la definición pública en salud en el contexto del seguimiento de la sentencia T-760 de 2008". *Health and Human Rights*, 11 (1): 1-13. También publicado como "La Sentencia T-760: alcances y limitaciones". *Cuadernos del Doctorado en Salud Pública*, 11:107-132. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Disponible en http://www.doctoradosaludp.unal.edu.co/cuadernos/Salud_P%C3%BAblica_11_Feb._22_final.pdf

Loewenson, Rene; Asa C. Laurell; Christer Hogstedt; Lucia

²⁷ Para un mayor desarrollo de este punto, ver Parra Vera y Yamin (2013).

D'Ambruoso y Zubin Shroff. 2014. *Investigación-acción participativa en sistemas de salud: Una guía de métodos*.

Regional Network for Equity in Health in East and Southern Africa (EQUINET) en asociación con Training and Research Support Centre (TARSC), Alliance for Health Policy and Systems Research (AHPSR), World Health Organization (WHO) y el International Development Research Centre (IDRC) Canadá. Harare: Zimbabue.

Melish, Tara J. 2008. "The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity". En: *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law*, editado por Malcolm Langford, 372-408. Cambridge University Press.

Parra Vera, Oscar y Alicia Ely Yamin. 2013. "La Sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica". En: *Tratado de Derecho a la Salud*, coordinado por Laura Clérico, Liliana Ronconi y Martín Aldao, 2.591-2.649. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Rodríguez Garavito, César. 2012. "La judicialización de la salud: síntomas, diagnóstico y prescripciones". En *La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones*, compilado por Oscar Bernal y Catalina Gutiérrez, 507-560. Bogotá: Universidad de los Andes.

Ronconi, Liliana. 2016. La influencia recíproca del derecho nacional y el derecho internacional. El caso de los derechos económicos sociales y culturales en el contexto argentino y latinoamericano. *Serie Documentos de Trabajo N° 2. Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional (SLADI)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rossi, Julieta y Leonardo Filippini. 2010. "El derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales en Latinoamérica". En: *Derechos Sociales: Justicia, Política y Economía en América Latina*, coordinado por Arcidiácono, Espejo y Rodríguez. Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Universidad de Los Andes.

Torres Tovar, Mauricio, Iván Méndez Sandoval y Luz Dary Carmona Moreno. 2015. "Experiencia de diseño de la política de participación social en salud en Bogotá".

Torres Tovar, Mauricio. 2013. *Lucha Social contra la Privatización de la Salud*. Colección Documentos ocasionales N° 77. Bogotá: CINEP.

Vargas Gómez, Juliana. 2002. "Avances en la protección judicial de

los postulados del Estado Social de Derecho. El caso de los discapacitados usuarios de las rutas alimentadoras de Transmilenio". *Revisita Tutela, Acciones Populares y de Cumplimiento*, III (3): 2525 y ss.

Yamin, Alicia E. 2016. "Power and Participation". En: *Power, Suffering and the Struggle for Dignity. Human Rights Frameworks for Health and Why They Matter*, 157-179. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Yamin, Alicia E. 2016. *Case Study: Colombian Constitutional Court Case T-760/08*. A report submitted to the Open Society Foundation's Law and Health Initiative and Open Society Justice initiative by Alicia Ely Yamin and the Policy Initiatives Team, FXB Center for Health and Human Rights at Harvard University.

Yamin, Alicia E. y Oscar Parra Vera. 2010. "Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates". *Hastings International & Comparative Law Review*, 33 (2): 431 a 459

Yamin, Alicia E., Oscar Parra Vera y Camila Gianella. 2011. "Colombia. Judicial Protection of the Right to Health: An Elusive Promise?". En: *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* editado por Alicia Yamin y Siri Gloppen, 103-131. Cambridge, Mass.: CMI / Harvard University Press.

Documentos de organismos internacionales

CIDH, *Acceso a la justicia en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4, 7 septiembre 2007. Disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 22º período de sesiones, U.N. Doc. E/C.12/2000/4, 2000.

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General N° 9, *La aplicación interna del Pacto*, 19º período de sesiones, U.N. Doc. E/C.12/1998/24, 1998.

Relatora Especial sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Hu-

manos, Magdalena Sepúlveda, *La participación de personas que viven en la pobreza*, A/HRC/23/36, 23ª sesión del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, junio de 2013.

Jurisprudencia extranjera

Corte Constitucional de Colombia, Auto 261, Sala de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008, 16 de noviembre de 2012.

Corte Constitucional de Colombia, Auto 263, Sala de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008, 16 de noviembre de 2012.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión. Expediente T-644. Sentencia T-002/1992, rta 08/05/1992.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión. Expediente T-778. Sentencia T-406/1992, rta 05/06/1992.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. Expediente T-1281247 y acum. Sentencia T-760/2008, rta 31/07/2008.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. Expediente T-2193. Sentencia T-491/1992, rta 13/08/1992.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión. Expediente T-1405186. Sentencia T-016/2007, rta 22/01/2007.

Documentos de organismos extranjeros

Defensoría del Pueblo de Colombia. 2009. *La tutela y el derecho a la salud*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y su jurisprudencia sobre los derechos de los pueblos indígenas*

I. Introducción

El sistema interamericano de derechos humanos ha desarrollado importantes criterios en materia de derechos de los pueblos originarios. Esta evolución se produjo a pesar de la ausencia de normas convencionales específicas que protejan los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en nuestro sistema regional.

Más allá de la obligación general de no discriminar con base en ciertos criterios, entre otros, “raza” o “color”, la Convención Americana sobre Derechos Humanos no incluye normas que se refieran específicamente a los derechos de estas comunidades¹. Los textos convencionales posteriores, como

* Al finalizar este trabajo todavía no habían sido publicadas las sentencias “Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas”, “Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas”, “Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparacio-

Javier Mariezcurrena

Miembro del Programa para la Aplicación de Instrumentos de Derechos Humanos de la Defensoría General de la Nación.

Irina Ferriello

Miembro del Programa para la Aplicación de Instrumentos de Derechos Humanos de la Defensoría General de la Nación.

los protocolos a la Convención Americana contra la pena de muerte o sobre derechos económicos, sociales y culturales y los tratados que entraron en vigencia posteriormente en el sistema interamericano –contra la tortura, la desaparición forzada de personas, la violencia contra las mujeres y la discriminación de personas con discapacidad- han creado, precisado o ampliado las obligaciones establecidas en la Convención Americana con el fin de brindar o reforzar la protección internacional respecto de grupos específicos de

nes y Costas”. Tampoco la Opinión Consultiva N° 22 sobre Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos, ni a la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada en 2016, cuya lectura se recomienda.

1 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 1.1: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

personas o de determinadas problemáticas de derechos humanos de la región. Ninguno de ellos trata particularmente los derechos de los pueblos indígenas.

Los más recientes tratados regionales sobre derechos humanos, adoptados en 2013 y que aún no entraron en vigor, están orientados a reforzar las obligaciones estatales de protección contra la discriminación. Incluso uno de ellos se refiere a un grupo vulnerabilizado particular, como son los pueblos afrodescendientes, pero tampoco se refieren a la protección de los pueblos indígenas.

Resulta llamativo que en nuestro continente, donde la población originaria es numerosa e incluso, en algunos países, mayoritaria y donde se han dado numerosos desarrollos jurídicos en normas internas así como en decisiones nacionales y regionales, no exista un texto convencional sobre la materia. Sin embargo, la falta de un instrumento interamericano convencional no fue un obstáculo –al igual que ocurrió con otras violaciones de derechos humanos muy difundidas en nuestra región como, por ejemplo, la desaparición forzada de personas– para que la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos desarrollaran importantes precedentes sobre la materia. A tal fin, el Tribunal Interamericano ha interpretado las disposiciones de la Convención Americana a la luz de instrumentos internacionales como la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, los Convenios 107 o 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y ha considerado las normas y decisiones nacionales.

En este trabajo, se hace un muy breve repaso, siguiendo el orden de los derechos convencionales que se encuen-

tran en el Pacto de San José, sobre algunos de los criterios principales desarrollados por la Corte Interamericana en su jurisprudencia contenciosa sobre los derechos de los pueblos indígenas², con la intención de difundir esos estándares para su eventual uso en otros contextos.

II. El alcance y contenido de los derechos de la Convención Americana en la jurisprudencia indígena

En su competencia contenciosa, la Corte Interamericana ha interpretado la mayoría de las disposiciones de la Convención Americana en casos que afectaron a integrantes de pueblos indígenas. La primera precisión que quizá deba hacerse es que permanece abierta la discusión el carácter colectivo de los derechos de los pueblos indígenas, particularmente, si las comunidades pueden ser titulares y, en su caso, víctimas de violaciones de derechos convencionales. La Corte Interamericana ha considerado tradicionalmente como víctimas de las violaciones a las personas integrantes de la comunidad y no a la comunidad en sí, como han solicitado en algunas ocasiones las víctimas y la Comisión Interamericana. Hasta el momento, la Corte Interamericana ha afirmado, en general, su jurisprudencia en el sentido literal que indica el artículo 1.2 del Pacto de San José, que señala que “persona”, a efectos de la Convención Americana, es todo ser humano, no personas jurídicas, como las comunidades indígenas³.

² En el caso *Saramaka*, la Corte Interamericana señaló que, dada la relación especial con la tierra así como su concepto comunal de propiedad, su jurisprudencia en relación con las comunidades indígenas y sus derechos a la propiedad comunal, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, se aplica también a las comunidades tribales. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. v. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 85 y 86.

³ Ver voto concurrente del juez Vio Grossi en Corte IDH. *Caso Comuni-*

El derecho a la *personalidad jurídica*, previsto en el artículo 3 de la Convención Americana, implica que se reconozca a las personas como sujetos de derechos y obligaciones, es decir, su capacidad de ser titulares y de ejercer derechos⁴. En algunos casos, entre otros, *Xákmok Kásek*, la Corte Interamericana declaró la violación de este derecho porque el Estado no garantizó el acceso adecuado a los procedimientos de registro civil atendiendo a la particular situación de vida que enfrentan los miembros de esa comunidad, a fin de lograr que se expidan los documentos de identificación a su favor.

En esos casos, la violación se produjo porque varias personas de la comunidad no tenían actas de nacimiento, carecían de los documentos de identidad esenciales para la determinación de derechos civiles o no se habían realizado las actas de defunción cuando algunos de ellos fallecieron. El tribunal regional destacó que el Estado se encuentra especialmente “obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley”⁵.

dad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214. Nota de los autores: ver Opinión Consultiva 22 referida en la nota de inicio.

4 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párrs. 248 y 249.

5 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párrs. 248 y 249; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 189; y *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. En *Saramaka* se planteó la cuestión vinculada con

Como ya había observado la Corte en el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, los integrantes de esas comunidades habían “permanecido en un limbo legal en que, si bien nacieron y murieron en el Paraguay, su existencia misma e identidad nunca estuvo jurídicamente reconocida, es decir, no tenían personalidad jurídica”⁶. El Tribunal señaló que era deber del Estado implementar los

[...] mecanismos que permitan a toda persona obtener el registro de su nacimiento u otros documentos de identificación, resguardando que estos procesos, en todos sus niveles, sean accesibles jurídica y geográficamente, para hacer efectivo el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica⁷.

Otro de los derechos que usualmente se ha visto violado en casos de comunidades indígenas o tribales es el *derecho a la vida*, reconocido en el artículo 4 de la Convención Americana. A este respecto, es interesante destacar el desarrollo de las obligaciones positivas de los Estados. La Convención Americana establece, entre otras, dos grandes obligaciones: por un lado, las negativas o de respeto, es decir, de abstener-

el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de dicho pueblo para que pueda ser titular y gozar de derechos por sí; Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka v. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, particularmente, párrs. 166 y ss.

6 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 192.

7 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 193.

se de realizar conductas que violen los derechos convencionales; y, por otro lado, su contracara, las obligaciones positivas o de garantizar los derechos, esto es, la obligación de ejecutar ciertas conductas que, en caso de no realizarlas o realizarlas fallidamente, generan la responsabilidad internacional del Estado (cfr. Medina Quiroga 2005, 16 y ss.).

La violación de la obligación de respetar el derecho a la vida se ha declarado por privaciones de la vida en el contexto masacres⁸, ejecuciones extrajudiciales⁹ o desapariciones forzadas¹⁰ de miembros de comunidades indígenas. Sin embargo, uno de los desarrollos más importantes sobre el derecho a la vida no se refiere a la atribución de responsabilidad estatal por las privaciones ilegales o arbitrarias a la vida, sino a las obligaciones positivas o de garantía respecto de este derecho. En este sentido el Tribunal regional ha señalado que el Estado, en su posición de garante, está obligado a “generar condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan”¹¹. En diversos casos, la Corte observó que la falta de acceso al agua y alimentos suficientes, a servicios sanitarios y de salud, a la educación, entre otros, afectaron el derecho a una vida digna de los miembros de las comunidades indígenas. El Tribunal regio-

nal destacó el impacto que tiene la falta de garantía del derecho a la propiedad comunitaria de las tierras ancestrales en el derecho a la vida digna de sus integrantes¹².

En esos casos, la Corte Interamericana analizó que la asistencia estatal brindada para el acceso al agua, alimentación, salud y educación de las comunidades no había sido suficiente para superar las condiciones de vulnerabilidad en que se encontraban. Esta situación se vinculaba, fundamentalmente, con haber sido privados de sus tierras, hecho que les impidió autoabastecerse de acuerdo con sus tradiciones ancestrales, los llevó a depender casi exclusivamente del Estado y los obligó a vivir con pautas culturales completamente diferentes a las propias, en la miseria económica. Dado que el Estado no brindó las prestaciones básicas para proteger el derecho a una vida digna, el Tribunal regional declaró la violación al derecho a la vida reconocido en el artículo 4 de la Convención Americana. En algunos de esos casos, el Estado también fue responsabilizado por no adoptar medidas adecuadas para prevenir muertes fácilmente evitables¹³.

Como lo ha señalado la Corte Interamericana, el Estado no es responsable por cualquier situación de riesgo para el derecho a la vida. Para que ello ocurra, se debe verifi-

8 Cfr. Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*. Fondo, Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105.

9 Cfr. Corte IDH. *Caso Escué Zapata v. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165.

10 Cfr. Corte IDH. *Caso Tiu Tojín v. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.

11 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 161.

12 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párrs. 172, 175 y 176.

13 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párrs. 171 y ss., y Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párrs. 227, 231 y ss.

car que las autoridades sabían o debían saber la existencia de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo determinado, y que no adoptaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo¹⁴.

Por otra parte, la violación al derecho a la *integridad personal* de integrantes de pueblos indígenas se vio afectada por razones que van desde las más severas agresiones a la integridad física –como la violación sexual de mujeres indígenas–, hasta afectaciones a la integridad psíquica y moral, consecuencia de graves violaciones sufridas por un familiar o por un cúmulo de situaciones lesivas. Con relación a lo primero, en *Fernández Ortega y Rosendo Cantú*, la Corte Interamericana trató dos casos de violaciones sexuales contra una mujer y una niña indígenas que, además de constituir una violación al derecho reconocido en el artículo 5 de la Convención Americana, analizados bajo los requisitos de intencionalidad, severidad del sufrimiento y finalidad, también constituyeron actos de torturas violando la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. La Corte Interamericana concluyó, que la violación sexual vulneró valores y aspectos esenciales de sus vidas privadas, supuso una intromisión en su vida sexual y anuló su derecho de tomar libremente decisiones sobre con quién tener relaciones sexuales, perdiendo

14 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 155 y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 240.

de forma completa el control de sus decisiones más personales e íntimas y de sus funciones corporales básicas¹⁵.

En otro tipo de caso completamente distinto, el Tribunal Interamericano declaró violado el derecho a la integridad personal, en su dimensión física, por la situación de grave riesgo provocada por la siembra y la falta de desactivación de 1400 kilogramos de explosivos en territorios indígenas¹⁶.

En otro caso, la violación al derecho a la integridad personal, en su dimensión psíquica y moral, de integrantes de pueblos indígenas se vinculó con la aflicción causada por la falta de restitución de sus tierras tradicionales, la pérdida paulatina de su cultura y la larga espera de los procedimientos administrativos. A ello se sumaron las condiciones de vida miserables padecidas por los miembros de la comunidad, la muerte de varios de sus miembros y el estado general de abandono en la que se encontraban, todo lo cual generó sufrimientos que afectaron la integridad psíquica y moral de todos los miembros de la comunidad¹⁷.

Por otra parte, la Corte Interamericana afirmó en los casos relativos a pueblos originarios su jurisprudencia constante

15 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párrs. 100 y ss.

16 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrs. 244 y ss.

17 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 244.

que reconoce que ciertas violaciones graves de derechos humanos, tales como la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales o la tortura, causan la violación a la integridad personal de determinados familiares cercanos, debido a los fuertes sentimientos de angustia y aflicciones que tales violaciones producen en ellos, ya sea por el sufrimiento particular padecido como producto de circunstancias específicas de las violaciones perpetradas o por posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos¹⁸.

En *Norin Catrimán*, la Corte Interamericana se pronunció sobre el derecho a la *libertad personal*, con relación a procesos penales seguidos en contra de dirigentes, integrantes y de una activista por los derechos de la comunidad mapuche. Al respecto, el Tribunal reiteró su jurisprudencia sobre los límites de la prisión preventiva, es decir, recordó que se trata de una medida cautelar y no punitiva, que debe fundarse en elementos probatorios suficientes, debe estar sujeta a revisión periódica y, además de estar prevista legalmente, no debe ser arbitraria. En síntesis, su fin legítimo debe ser asegurar que el imputado no impida el proceso ni eluda la acción de la justicia, y debe ser una medida “idónea, necesaria y proporcional”.

En ese caso, la Corte Interamericana concluyó que algunas de las prisiones preventivas dispuestas no se ajustaron a tales requisitos, especialmente, en cuanto a: a) basarse en

18 Cfr., entre otros, Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párrs. 143 y ss; Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párrs. 137 y ss.

elementos probatorios suficientes que permitiesen suponer que ciertas personas habían participado en el hecho investigado; b) el requerimiento de motivación sobre alguno de los fines legítimos que pueden fundar la prisión preventiva, y c) no se cumplió con el requisito de revisión periódica. Asimismo, la Corte observó la necesidad de tomar en cuenta las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas y el impacto que puede tener la duración prolongada de la prisión preventiva sobre ellos¹⁹.

Un número importante de causas diversas ha generado la responsabilidad internacional de los Estados relacionada con los *derechos a las garantías y a la protección judicial*. La Corte Interamericana ha señalado que los pueblos indígenas tienen derecho a que existan mecanismos efectivos y expeditos para proteger, garantizar y promover sus derechos sobre sus territorios ancestrales, por medio de los cuales se puedan realizar los procesos de reconocimiento, titulación, demarcación y delimitación de su propiedad territorial, procedimientos que deben cumplir con las reglas del debido proceso, consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.

Una parte importante de la jurisprudencia relativa a las garantías judiciales está relacionada con la duración de los procedimientos vinculados con el reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades indígenas. En los casos en que así se ha pronunciado, el Tribunal Interamericano observó que se trataba de procedimientos de poca complejidad,

19 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

que se extendieron por varios años y que el Estado no justificó la demora, violando el derecho a ser oído en un plazo razonable. De igual modo, también se consideró violado el plazo razonable en procesos más complejos, como los relacionados con la reivindicación de tierras ancestrales. La Corte Interamericana estableció la responsabilidad internacional del Estado por no haber adoptado medidas adecuadas para asegurar un procedimiento efectivo que brinde una solución definitiva a los reclamos planteados por los miembros de algunas comunidades. Asimismo, la garantía de la efectividad de los recursos y de plazo razonable también ha sido examinada en procesos administrativos “de solicitud de lanzamiento por intrusos” en contra de ocupantes no indígenas, y en procesos penales por invasión de tierras y por daño ambiental provocado en los territorios comunitarios²⁰.

Otros casos vinculados con los derechos reconocidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se relacionan con diversas afectaciones a las garantías mínimas que tiene toda persona inculpada en un proceso penal. La Corte Interamericana encontró una violación al principio de inocencia –y al principio de legalidad– porque una ley presumía la especial intención o finalidad de producir “temor en la población general” por el hecho de utilizar ciertos medios comisivos –el uso de artificios incendiarios–, circunstancia que determinaba que un hecho fuera calificado como terrorista²¹.

20 Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros v. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párrs. 174 y ss.

21 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Cos-

tas. Asimismo, la Corte Interamericana declaró violado el derecho a las garantías judiciales respecto del derecho a la defensa por la utilización de testigos de identidad reservada sin los suficientes contrapesos judiciales, por la falta de fundamentación de la necesidad de la medida de reserva de identidad en un eventual riesgo para el testigo y porque la condena estuvo fundada exclusivamente o en grado decisivo en testimonios con reserva de identidad²². Otras violaciones a este derecho estuvieron relacionadas con el derecho a contar con un abogado defensor en un proceso penal seguido contra integrantes de una comunidad²³.

Por otra parte, como es sabido, los órganos del sistema interamericano desarrollaron la obligación de investigar con debida diligencia las violaciones a los derechos humanos sobre la base de los derechos a las garantías judiciales y del derecho a la protección judicial²⁴. Desde su primer caso, la Corte Interamericana afirmó que la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para asegurar los derechos reconocidos en la Convención²⁵.

tas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

22 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párrs. 159 y ss.

23 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 115 y 117.

24 Adicionalmente, la Corte Interamericana, siguiendo los desarrollos de su par europea, también fundamentó la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos en la denominada “obligación procesal” derivada de las normas que protegen ciertos derechos convencionales.

25 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de

En *Fernández Ortega y Rosendo Cantú* la Corte precisó las obligaciones específicas y reforzadas que recaen sobre los Estados para llevar adelante las investigaciones de hechos que comportan violencia contra la mujer²⁶. En ambos casos, las investigaciones de las violaciones sexuales fueron altamente deficientes, fallaron en numerosos e importantes aspectos. En el caso de la señora Fernández Ortega incluso llegaron a la destrucción física de pruebas probablemente determinantes. Entre el cúmulo de conductas estatales no diligentes, la Corte Interamericana destacó que en ninguno de los dos casos las víctimas –una no hablaba español mientras que la otra no lo hacía con fluidez– contaron con la asistencia de un intérprete y debieron ser asistidas por personas conocidas, en uno de los casos, su esposo. La falta de provisión de intérpretes por parte del Estado y la toma de las declaraciones en esas circunstancias, evidentemente, no resultó adecuada para respetar la diversidad cultural de las víctimas, asegurar la calidad del contenido de las declaraciones y proteger debidamente la confidencialidad de la denuncia²⁷. Asimismo, la falta de provisión de intérpretes por parte del Estado a fin de presentar su denuncia y no recibir, en su idioma, información sobre las actuaciones

derivadas de aquella implicaron un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad de las víctimas, basada en su idioma y etnicidad, lo que supuso un menoscabo sin justificación de su derecho de acceder a la justicia, incumpliendo así la obligación de garantizar el derecho de acceso a la justicia sin discriminación²⁸.

En un sentido similar, la Corte Interamericana se refirió a las dificultades de garantizar el derecho a ser oído de los familiares de dos víctimas desaparecidas, respecto de quienes el Estado debía garantizar la provisión de intérpretes y debía evitar que hicieran esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los lugares del sistema de justicia encargados de realizar la investigación²⁹. En algunos casos, como en *Chitay Nech*, el Tribunal concluyó que la falta de investigación se encuadró en un “patrón sistemático de denegación de justicia e impunidad”³⁰.

Por otra parte, en cuanto a la efectividad de los recursos, en el caso del *Pueblo Indígena Sarayaku*, la Corte Interamericana consideró que careció de efectividad un recurso de amparo presentado por representantes de una comunidad indígena en contra de dos empresas privadas interesadas en

2010. Serie C No. 215, párr. 191.

26 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 195. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párrs. 174 y ss.

27 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 195 y ccs. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 179.

28 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 201 y Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr.185.

29 Corte IDH. *Caso Tiu Tojín v. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 97 y 100.

30 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros v. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 199.

la exploración y explotación de los recursos, respecto de las negociaciones que una de ellas llevaba adelante con las comunidades y con los particulares³¹. El Tribunal de San José observó que un tribunal de alzada constató irregularidades en el trámite del recurso de amparo y ordenó subsanarlas. Sin embargo, el juez inferior no cumplió acabadamente con esa decisión, el recurso de amparo quedó inconcluso y, así, se impidió que la autoridad competente decidiera sobre los derechos de los accionantes³². Asimismo, el Tribunal regional sostuvo que tampoco se cumplió con una medida cautelar adoptada por el juez interviniente que ordenaba suspender toda acción que afectara o amenazara los derechos materia del amparo³³. La Corte Interamericana concluyó que el Estado no garantizó un recurso efectivo que remediara la situación jurídica infringida, ni garantizó que la autoridad competente prevista decidiera sobre los derechos de las personas que interpusieron el recurso y que se ejecutaran las decisiones emitidas, en violación del derecho reconocido en los artículos 8.1, 25.1 y 25.2.a y c de la Convención Americana³⁴.

En cuanto al *derecho a la libre expresión*, reconocido en el artículo 13 de la Convención Americana, en *López Álvarez v. Honduras*, la Corte Interamericana consideró probado que

las autoridades del centro penitenciario donde el señor López Álvarez se encontraba detenido le prohibieron –al igual que a otros miembros de la comunidad garífuna– expresarse en su idioma. Esta restricción no estaba fundada en razones de seguridad ni de necesidad del tratamiento, lo que constituyó una restricción ilegítima a su derecho a la libre expresión que, además, implicó un trato discriminatorio³⁵.

En *Norin Catrimán*, la Corte Interamericana analizó la restricción al derecho a la libre expresión impuesta como pena accesoria a la pena privativa de libertad en contra de ciertas autoridades de la comunidad indígena mapuche. En virtud de aquella restricción, esas personas quedaron inhabilitadas por el plazo de quince años para realizar actividades tales como explotar, ser director o administrador de un medio de comunicación social, o para desempeñar funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones³⁶.

En ese caso, el Tribunal consideró que esa pena accesoria supuso una restricción indebida al ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento y expresión, porque fue impuesta en un proceso que no observó el principio de legalidad, ni las garantías judiciales y resultó contraria al principio de proporcionalidad de la pena. La pena accesoria impuesta restringió a dichas personas –que eran autoridades tradicionales– la posibilidad de participar en la difusión de opiniones, ideas e información, mediante el desempeño de

31 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 274.

32 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 274.

33 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 275.

34 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrs. 276 a 278.

35 Corte IDH. *Caso López Álvarez v. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1º de febrero de 2006. Serie C No. 141, párrs. 170 a 174.

36 Corte IDH. *Caso Norin Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 373.

funciones en medios de comunicación social, lo cual podría limitar el ámbito de acción de su derecho a la libertad de pensamiento y expresión en el ejercicio de sus funciones como líderes o representantes de sus comunidades. Esto, además, incidía negativamente en la dimensión social del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, que implica el derecho de todos a conocer opiniones y noticias vertidas por terceros³⁷.

Asimismo, la Corte se pronunció sobre el efecto intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión que puede causar el temor a una sanción penal o civil innecesaria o desproporcionada en una sociedad democrática, que puede llevar a la autocensura de la persona a quien le es impuesta o de otros miembros de la sociedad. El Tribunal consideró los particulares efectos que tuvo la aplicación de la Ley Antiterrorista en el caso y señaló:

[...] la forma en la que fue aplicada la Ley Antiterrorista a miembros del Pueblo indígena Mapuche podría haber provocado un temor razonable en otros miembros de ese pueblo involucrados en acciones relacionadas con la protesta social y la reivindicación de sus derechos territoriales o que eventualmente desearan participar en estas³⁸.

37 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 375.

38 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 376.

En varios casos, la Corte Interamericana declaró violados los derechos a la *protección a la familia* y a los *derechos del niño*. Respecto del primero de estos derechos, el tribunal reconoció el significado especial que tiene la convivencia familiar en el contexto de la familia indígena, que no se limita al núcleo familiar, sino que incluye a las distintas generaciones que la componen e, incluso, a la comunidad de la que forman parte. Al respecto, la Corte declaró la violación de este derecho, reconocido en el artículo 17 del Pacto de San José, entre otros motivos, debido a la ruptura de la estructura familiar por las constantes amenazas y persecuciones sufridas por la familia del señor Chitay, el desarraigo, la fragmentación y la desintegración familiar³⁹.

En esa misma sentencia, la Corte Interamericana también se refirió a las especiales medidas de protección que los Estados deben adoptar respecto de los niños indígenas, particularmente, a promover y a proteger su derecho a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión e idioma. El Tribunal sostuvo que, para un pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, los niños indígenas requieren formarse y crecer en su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión e idioma. La Corte declaró la violación del artículo 19 de la Convención Americana, porque los niños de la familia Chitay se vieron privados de su vida cultural⁴⁰.

39 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros v. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párrs. 159 y ss.

40 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros v. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párrs. 164 y ss.

En otro contexto, la Corte Interamericana concluyó que se violó el derecho reconocido en el artículo 19 de la Convención Americana, porque la situación de vulnerabilidad extrema de la comunidad afectó en forma particular a los niños, quienes sufrieron por la falta de alimentación adecuada, hecho que afectó su desarrollo y crecimiento, ocasionó altos índices de desnutrición y la muerte de algunos de ellos por causas evitables. Además, el Tribunal regional observó que la pérdida de prácticas tradicionales y la falta de territorio afectaron su desarrollo y su identidad cultural. Por esta suma de situaciones, el Estado fue considerado internacionalmente responsable por no haber adoptado las medidas de protección necesarias a favor de los niños de la comunidad⁴¹.

En *Rosendo Cantú*, la Corte se refirió a las obligaciones de los Estados sobre las medidas especiales de protección respecto de una niña indígena víctima de violencia sexual. La Corte destacó el deber especial del Estado, “máxime por tratarse de una persona indígena, pues los niños indígenas cuyas comunidades son afectadas por la pobreza se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad”. El tribunal señaló que la

[...] obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados [...] puede implicar, *inter alia*, lo siguiente: i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando

41 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párrs. 257 y ss.

que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades [...]; ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado [...]; y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño [...]⁴².

Por otra parte, el derecho a la protección a la vida familiar tomó un giro novedoso en *Norín Cantriman*, en el cual una de las víctimas estaba privada de libertad a más de 250 kilómetros de su familia y de su comunidad. La propia víctima, su familia y su representante habían solicitado el traslado por los altos costos y otras dificultades para visitarlo que pesaban sobre sus familiares, reclamo que el tribunal interviniente no atendió. La Corte Interamericana afirmó que las visitas por parte de los familiares

[...] constituyen un elemento fundamental del derecho a la protección de la familia tanto de la persona privada de libertad como de sus familiares, no solo por representar una oportunidad de contacto con el

42 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 201.

mundo exterior, sino porque el apoyo de los familiares hacia las personas privadas de libertad durante la ejecución de sus condenas es fundamental en muchos aspectos, que van desde lo afectivo y emocional hasta el apoyo económico.

Por ello, los Estados, en su condición de garantes de derechos, tienen la obligación de adoptar las medidas más convenientes para facilitar y hacer efectivo el contacto entre las personas privadas de libertad y sus familiares⁴³. La Corte Interamericana concluyó que los Estados deben facilitar, en la medida de lo posible, el traslado de las personas privadas de libertad a los centros penitenciarios más cercanos a la localidad donde residan sus familiares. En el caso de las personas indígenas privadas de libertad, esta medida es especialmente relevante “dada la importancia del vínculo que tienen estas personas con su lugar de origen o sus comunidades”⁴⁴. Debido a que la privación de libertad se ejecutaba en un centro alejado de su familia y a la denegación de las reiteradas solicitudes de traslado, la Corte Interamericana concluyó que el Estado violó el derecho a la protección de la familia reconocido en el artículo 19 de la Convención Americana.

Probablemente, el desarrollo más importante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto de los derechos

de los pueblos indígenas es el del *derecho a la propiedad comunal* de las tierras ancestrales, y al uso y goce de los recursos naturales que se encuentran en ellas.

En su jurisprudencia, recientemente consolidada en el caso *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros v. Panamá*, la Corte Interamericana ha reconocido el derecho a la propiedad comunal aplicando el artículo 21 de la Convención Americana que, según el Tribunal, protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales que se encuentran en ella⁴⁵. Para la Corte, la protección convencional abarca tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de los pueblos indígenas⁴⁶, desde una visión colectiva de la propiedad. En este sentido, las nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección, pues no existe una forma de usar y disponer de los bienes, y todos merecen el resguardo convencional⁴⁷.

45 Cfr. Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni v. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 148; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 145; y Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros v. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 111.

46 Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 143.

47 Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C. 146, párr. 120; y *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros v. Panamá*. Excepciones Preliminares,

43 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 407.

44 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párrs. 403 y ss.

En reiteradas oportunidades, la Corte afirmó que la protección del derecho a usar y gozar del territorio en conexión con la protección de los recursos naturales es necesaria para la supervivencia física y cultural de estas comunidades, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, su modo de vida tradicional y su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones⁴⁸.

Con relación al reconocimiento del derecho a la propiedad comunal, el Tribunal sostuvo que la posesión de las tierras es suficiente para que sean reconocidas oficialmente, pues ese derecho se deriva, sobre todo, del uso y ocupación tradicional de la tierra y recursos necesarios para la subsistencia de los miembros de la comunidad⁴⁹ y de los sistemas consuetudinarios de propiedad de allí derivados⁵⁰.

Para definir la existencia de la relación de los pueblos y comunidades indígenas con sus tierras tradicionales, la Corte sostuvo que deberá establecerse: a) que ella puede expresarse de distintas maneras según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y b) que la relación con las tierras debe ser posible, en el sentido de que los miembros de la comunidad no se vean impedidos de realizar aquellas actividades que revelan la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales⁵¹.

Conforme lo estableció la jurisprudencia interamericana, el Estado está obligado a adoptar medidas para garantizar el derecho a la propiedad comunal, y cuando imponen limitaciones o restricciones, como en los casos de exploración o explotación de recursos naturales en sus territorios ancestrales, los Estados deben cumplir, entre otras, con las siguientes medidas: a) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta; b) la realización de un estudio de impacto ambiental; y c) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales según sus costumbres y tradiciones⁵².

La Corte Interamericana afirmó el derecho a la consulta reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización In-

Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 111.

48 Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C. 125, párrs. 124, 135 y 137; Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 122; y Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros v. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 112.

49 Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka v. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 96.

50 Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 151.

51 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 154; *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 132, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 148.

52 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 157 y *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam*. “Interpretación de la Sentencia” de excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185, párrs. 25 a 27.

ternacional del Trabajo así como en otros instrumentos internacionales⁵³. Asimismo, estableció que existe un vínculo entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación política y a la identidad cultural, consagrados en la Convención Americana, en la medida en que la cultura puede resultar afectada por las decisiones que se tomen sin la participación de los miembros de las comunidades indígenas⁵⁴. Igualmente, reconoció que la consulta es parte integrante del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas⁵⁵. La obligación de consulta, señaló el Tribunal, además de derivarse de una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional⁵⁶. La Corte Interamericana señaló que la obligación de consultar está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención⁵⁷.

A fin de garantizar la participación efectiva de los integrantes de una comunidad indígena, la Corte Interamericana es-

53 Convenio No. 169 de la OIT, artículos 6 y 17 y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 19, 30.2, 32.2 y 38.

54 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 217.

55 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 134; y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrs. 159 y 160.

56 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrs. 164 y 165.

57 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 166.

tableció que el Estado tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, a la comunidad, según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes⁵⁸. Para el Tribunal regional, es un deber de los Estados demostrar, en el caso concreto, que todas las dimensiones del derecho a la consulta previa fueron efectivamente garantizadas⁵⁹.

La consulta con los pueblos indígenas debe realizarse suficiente tiempo antes de adoptar la medida que pueda afectar sus intereses. En el caso de planes o proyectos de inversión o desarrollo o en el caso de concesiones, la consulta debe hacerse durante las primeras etapas de estas medidas y “no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad [...]”⁶⁰.

Adicionalmente, la consulta debe realizarse de buena fe y debe tener como fin llegar a un acuerdo⁶¹. Es decir, no

58 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 134; y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 177.

59 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 179.

60 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133; y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 179.

61 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133; y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 185.

debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como un verdadero instrumento de participación, de diálogo entre las partes basado en la confianza mutua, y con miras a alcanzar un consenso, sin coerción de ningún tipo por parte del Estado, de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia⁶².

Además, la consulta debe realizarse mediante procedimientos culturalmente adecuados y según sus propias tradiciones, teniendo en cuenta los métodos tradicionales del pueblo del que se trate para la toma de decisiones⁶³. Los Estados deben tomar “medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”, considerando su diversidad lingüística⁶⁴.

A ello se suma que la consulta debe ser informada, lo que implica que los pueblos indígenas conozcan los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que, en caso de aceptarlo, lo hagan con conocimiento y de forma voluntaria⁶⁵. En ese sentido, la consulta previa requiere que

el Estado brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes⁶⁶.

Al respecto, los Estados deben velar para que se efectúen estudios, en cooperación con las comunidades interesadas, con el objetivo de evaluar la incidencia que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos⁶⁷. Para el Tribunal regional, la realización de tales estudios constituye una salvaguardia para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo⁶⁸. Los estudios de impacto ambiental deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas existentes; respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas y deben concluirse antes de otorgar la concesión, ya que dichos estudios se exigen para garantizar el derecho del pueblo indígena a ser informado acerca de todos los aspectos de los proyectos propuestos en su territorio⁶⁹.

La Corte Interamericana indicó que consulta y consenti-

62 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 179.

63 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133; y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 201.

64 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 201.

65 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo

y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 208.

66 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 208.

67 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrs. 204 y 205.

68 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 204.

69 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam*, Interpretación de la Sentencia, nota al pie número 23 y párr. 41; y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 206.

miento no son lo mismo⁷⁰. Así, afirmó que, en ciertas ocasiones, el Estado no solamente debe consultar a los pueblos indígenas, sino también debe obtener su consentimiento⁷¹. La Corte señaló que el consentimiento se aplicaría en casos de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo indígena. En esos casos, el Estado no solo estaría obligado a consultar, sino también a obtener su consentimiento⁷².

Por otra parte, la Corte Interamericana ha desarrollado una rica jurisprudencia en cuanto a las obligaciones de delimitar, demarcar y titular las tierras indígenas, cuyos aspectos centrales se resumen muy brevemente en este trabajo.

La Corte Interamericana, en su jurisprudencia reiterada y, recientemente, en el *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros v. Panamá* estableció los siguientes estándares respecto de la propiedad comunal indígena: 1) la posesión tradicional tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a la comunidad indígena el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro, y 3) el Estado debe delimitar,

70 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 137.

71 Corte I.D.H. Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 134.

72 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 137.

demarcar y otorgar un título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas⁷³.

Según el Tribunal regional, sobre la base de la interpretación del artículo 21 de la Convención Americana, los Estados tienen el deber de adoptar medidas para asegurar el derecho a la propiedad a los pueblos indígenas, lo que supone, en pos del principio de seguridad jurídica, que el Estado debe demarcar, delimitar y titular los territorios de las comunidades indígenas⁷⁴. Lo contrario, en palabras del Tribunal, constituye una violación al uso y goce de los bienes de los miembros de dichas comunidades⁷⁵.

Para proteger el uso y goce de la tierra de los pueblos indígenas de modo permanente, la Corte sostuvo que la titulación no es un privilegio para usar la tierra, sino un derecho de los integrantes de pueblos indígenas y tribales. A fin de obtener el título, el territorio primero debe ser demarcado y delimitado⁷⁶.

73 Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana v. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C. 124, párr. 209; y Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros v. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 117.

74 Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni v. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 153 y 164; y Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros v. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 119.

75 Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros v. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 119.

76 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana v. Surinam*. Excepciones

Sobre este particular, la Corte sostuvo que “el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad”⁷⁷.

Asimismo, el Tribunal sostuvo que la falta de delimitación y demarcación efectiva de los límites del territorio sobre los que existe un derecho de propiedad colectiva de un pueblo indígena puede crear un “clima de incertidumbre permanente” entre los miembros del pueblo en cuanto desconocen hasta dónde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal, y hasta dónde pueden usar y gozar de los respectivos bienes⁷⁸.

La Corte afirmó que lo que da lugar al derecho de exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro es la posesión u ocupación prolongada ancestral de las tierras; mientras que, para el caso de tierras alternativas –donde

no existe dicha ocupación ancestral–, el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva se realizaría recién cuando el Estado asigna las tierras nuevas⁷⁹.

Uno de los conflictos más importantes es resolver la pérdida de la posesión de los territorios ancestrales por parte de la comunidad indígena, los cuales, en muchos casos están ocupados por particulares. Para el caso en el que entran en coalición el derecho a la propiedad comunal indígena y el derecho a la propiedad privada individual, según la jurisprudencia del Tribunal regional, una comunidad indígena mantiene el derecho de propiedad sobre las tierras reclamadas aun sin el título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe⁸⁰. En el caso en que los miembros de la comunidad indígena pierdan involuntariamente la posesión de sus tierras y estas han sido trasladadas legítimamente a terceros “inocentes”, aquellos tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. En virtud de ello, el Tribunal señaló que la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas⁸¹.

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C. 124, párr. 209; y *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros v. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 135.

77 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 143; y *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros v. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 135.

78 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 153; y *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros v. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 135.

79 Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros v. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 121.

80 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 128.

81 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 128.

Para la Corte Interamericana, el derecho a solicitar la devolución de las tierras es indefinido en el tiempo, pues mientras la estrecha relación con sus tierras tradicionales exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente; caso contrario, se extinguirá. Además, señaló que la demostración de la relación con la tierra puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate⁸².

Para resolver los casos en que la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones, la Corte Interamericana ha utilizado el test habitual de legitimidad de las restricciones o, en algunos casos, sobre todo en los más recientes, el juicio de proporcionalidad.

Adicionalmente, la Convención Americana garantiza el derecho a la libre circulación y residencia, que la Corte Interamericana ha interpretado que incluye el derecho a no ser desplazado forzosamente dentro de un Estado. Este derecho puede ser restringido por limitaciones normativas o de hecho. Constituye una limitación de hecho, por ejemplo, el caso de personas amenazadas respecto de las que el Estado no provee las garantías necesarias para que puedan transitar y residir libremente en el territorio. En *Chitay*, el Tribunal analizó la situación de varios integrantes de esa familia que debieron huir de su comunidad para proteger sus vidas ante graves y constantes amenazas y persecuciones que incluso continuaron luego de su traslado fuera de la

comunidad. Dado el especial vínculo de los pueblos indígenas con la tierra y su comunidad, el alejamiento provocó, además, una ruptura de su identidad cultural, afectando su vínculo con otros familiares, su idioma y su pasado ancestral. En consecuencia, dado el desplazamiento forzado, que se mantuvo después del reconocimiento de la competencia contenciosa del Tribunal, sumado al hecho que los familiares del señor Chitay no habían podido regresar de forma permanente y segura a la comunidad por el temor fundado de sufrir represalias, la Corte Interamericana concluyó que el Estado era responsable por la violación del derecho reconocido en el artículo 22 de la Convención Americana⁸³.

Uno de los casos más importantes hasta el momento sobre restricciones a los *derechos políticos* de miembros de comunidades indígenas es *Yatama*, que se refiere a ciertas restricciones al derecho al voto dispuestas mediante una reforma legal en el marco de unas elecciones municipales. Entre otros cambios, la nueva ley determinó que la participación en el proceso electoral solo se permitía por medio de partidos políticos, aunque esta forma de organización no era propia de las comunidades indígenas de la costa atlántica de Nicaragua. La limitación de integrar o constituir un partido político para ejercer los derechos a votar y a ser votado, impuso una forma ajena a sus usos, costumbres y tradiciones a los candidatos propuestos por las comunidades indígenas que contravino las normas internas que obligaban al Estado a respetar las formas de organización de las comunidades de esa región, y afectó negativamente la

82 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 154; y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 131.

83 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros v. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párrs. 139 y ss.

participación de sus candidatos y la representación de sus comunidades en las elecciones municipales⁸⁴.

Asimismo, los derechos reconocidos en el artículo 23 de la Convención Americana han sido declarados violados por la Corte Interamericana también en otras circunstancias. En el caso del señor Chitay, que era un dirigente indígena, la violación de sus derechos políticos se produjo como consecuencia de su desaparición forzada, ya que por ese hecho el Estado deliberadamente impidió que participe en el ejercicio democrático en representación de su comunidad⁸⁵.

En *Norín Catrimán*, se declaró violado el derecho a la participación política con relación a determinadas penas que implicaban una restricción de estos derechos, ya sea como accesorias a las penas privativas de la libertad impuestas, o bien como penas únicas. La Corte Interamericana concluyó que las penas restrictivas de los derechos políticos, en las que se impedía el derecho al sufragio, la participación en la dirección de los asuntos públicos y el acceso a las funciones públicas -con carácter absoluto y perpetuo, o por un plazo determinado y extendido de 15 años- eran contrarias al principio de proporcionalidad de la pena y constituía una gravísima afectación de los derechos políticos.

El Tribunal consideró especialmente importante que se tra-

84 Corte IDH. *Caso Yatama v. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 88 y ss.

85 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros v. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párrs. 116 y 117.

taba, en algunos casos, de líderes comunitarios y dirigentes tradicionales, de manera que con la imposición de las referidas penas, también se afectó la representación de los intereses de sus comunidades frente a otras, así como frente al resto de la sociedad chilena. A causa de esas penas, se les impidió participar o dirigir funciones públicas en entidades estatales que, por su propia naturaleza, buscan promover, coordinar y ejecutar acciones de desarrollo y protección de las comunidades indígenas que estos representan. Las restricciones afectaron, además, a los miembros de las comunidades a las cuales representan⁸⁶.

La Corte Interamericana también se pronunció sobre la *obligación de no discriminar y el principio de igualdad*, y se refirió al deber de los Estados de no discriminar respecto de los derechos convencionales -establecidos en el artículo 1.1 de la Convención Americana- y la desigual protección de la ley interna -que constituiría una violación del artículo 24 del Pacto de San José.

En *Xákmok*, indicó que la situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la comunidad se debía, entre otros aspectos, a la falta de recursos adecuados y efectivos que protegieran en los hechos -y no solo en las formas- sus derechos; a la débil presencia institucional estatal de prestación de bienes y servicios, en especial, de servicios básicos como alimentación, agua, salud y educación; a la prevalencia de una visión de la propiedad que otorga mayor protección a propietarios privados sobre los

86 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párrs. 379 y ss.

reclamos indígenas, desconociendo su identidad cultural y amenazando su subsistencia física; al hecho de declarar parte del territorio reclamado como “reserva natural privada” sin consultarle a la comunidad ni tomar en cuenta su reclamo. Todo ello evidenció discriminación de hecho en contra los miembros de la comunidad. Por otra parte, la Corte Interamericana también consideró que el Estado no había adoptado medidas positivas necesarias para revertir esa situación de exclusión⁸⁷.

Igualmente, el Tribunal Interamericano se pronunció sobre el principio de igualdad y no discriminación con relación a procesos penales seguidos contra integrantes de una comunidad indígena. En *Norín Catrimán*, la Corte consideró que la sola utilización de razonamientos que denotaron estereotipos y prejuicios en la fundamentación de las sentencias configuró una violación del principio de igualdad y no discriminación, y el derecho a la igual protección de la ley, consagrados en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana⁸⁸.

Finalmente, en cuanto a *la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno*, establecida en el artículo 2 de la Convención Americana, la Corte Interamericana ha afirmado que “[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno

las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas”. El artículo 2 de la Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de esta, para garantizar los derechos allí reconocidos⁸⁹.

A lo largo de los años, el Tribunal ha interpretado que la adecuación de la normativa interna a los parámetros establecidos en la Convención implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: a) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención, o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y b) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia de dichas garantías. La primera vertiente se satisface con la reforma, la derogación o la anulación de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda. La segunda, obliga al Estado a prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos y, por eso, debe adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir⁹⁰.

En varios casos, la Corte Interamericana concluyó el incumplimiento del Estado respecto del deber de adoptar medidas. En algunos, como *Fernández Ortega y Rosendo Cantú*, el incumplimiento se vinculaba a la falta de adopción de medidas para restringir la competencia de la justicia penal mili-

87 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párrs. 268 y ss.

88 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 228.

89 Cfr. Corte IDH. *Caso Fornerón e hija v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párrs. 130, 131 y ss.

90 Corte IDH. *Caso Fornerón e hija v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párrs. 130, 131 y ss.

tar a delitos que tuvieran estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense⁹¹.

Más allá de ese supuesto de carácter general, fueron declaradas otras violaciones por la falta de adopción de disposiciones de derecho interno en materia de consulta previa a los pueblos indígenas respecto de la exploración y explotación de sus recursos naturales⁹², la falta de adopción de disposiciones de derecho interno que establecieran un recurso efectivo para la recuperación de tierras indígenas⁹³, o que permitan la delimitación, demarcación y titulación de tierras colectivas⁹⁴.

III. Conclusión

Este breve y parcial repaso muestra la extensa jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos de los pueblos indígenas. La falta de normativa específica en la materia no ha imposibilitado una lectura de la Convención Americana -un texto eminentemente de derechos

civiles y políticos-, con una visión amplia, creativa y protectora, tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales. Queda por delante utilizar estos precedentes en los litigios internos e impulsar el desarrollo del contenido y alcance de los derechos reconocidos en la Convención Americana y en otros instrumentos interamericanos.

Bibliografía

Medina Quiroga, Cecilia. 2005. *La Convención Americana. Teoría y Jurisprudencia*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Jurisprudencia internacional

Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros v. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana v. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

91 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 163; y Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 179.

92 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrs. 221 y ss.

93 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 154.

94 Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros v. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 157.

Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros v. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284.

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

Corte IDH. *Caso Escué Zapata v. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.

Corte IDH. *Caso Fornerón e hija v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242.

Corte IDH. *Caso López Álvarez v. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1º de febrero de 2006. Serie C No. 141.

Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka v. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

Corte IDH. *Caso Tiu Tojín v. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.

Corte IDH. *Caso Yatama v. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

Documentos de organismos internacionales

Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, Organización Internacional del Trabajo, 1989,

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Asamblea General, Resolución 61/295, 2007.

La cuestión social como objeto principal en la ejecución de la sentencia en la causa “Riachuelo-Matanza”: un desafío en la práctica de la defensa pública

Equipo de Abordaje Territorial de la Defensoría General de la Nación*

I. Introducción: Los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, la protección de grupos vulnerables y la “Causa Riachuelo”

El respeto por los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (de ahora en más, DESCAs) o derechos socio ambientales, se relaciona directamente con la protección de grupos (en especial) en situación de vulnerabilidad, porque estos resultan ser los que sufren los efectos de la desigualdad social, favorecida por la normatividad vigente, y deriva de ello el cuasi nulo acceso de su parte a esos derechos fundamentales. Entendemos por “grupo vulnerable” a la categoría construida sobre la base de la desigualdad real que

sufren sus integrantes por la mera pertenencia grupal, y a la indiferencia institucional respecto de sus necesidades y de su identidad. Al no tratarse a estas personas de acuerdo con su particular situación, el sistema las excluye y margina. Así, cobran existencia y vida propia los denominados grupos vulnerables o desaventajados (Nogueira y Schapiro 2012, 33).

Paradójicamente, desde el mes de noviembre de 1988 se incorporaron al orden normativo, mediante la firma del “Protocolo de San Salvador” (aprobado por la Argentina en 1996), los derechos sobre el Medio Ambiente orientados a la protección de grupos específicos de la población, retomándose los contenidos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así, el concepto de DESCAs, lejos de constituirse en derechos de “segunda generación”, traduce una profundización de los derechos humanos comprendidos en su dimensión colectiva, integral, universal e indivisible, que deben ser entendidos

* El equipo, que forma parte de la Secretaría General de Política Institucional de la Defensoría General de la Nación, está integrado por el Coordinador, Dr. Horacio Garcete, la Secretaria, Dra. Mariel Acosta Magdalena, la Lic. Cecilia Calderón, Agustín Garone, la Lic. Catalina Highton, Aníbal Martínez, Andra Parvu, la Dra. Nadia Pieczanski, la Dra. Antonella Tórtora y Nicolás Vargas.

de una manera integral y sin jerarquías entre sí, gracias al principio de interdependencia, que obliga a la comprensión amplia de esos derechos. Los DESCAs se componen de los derechos: a la salud, a la alimentación, a la educación, a la vivienda, a un nivel de vida adecuado, a un medio ambiente sano, al agua, entre otros. Es decir, todos derechos interrelacionados que constituyen obligaciones ineludibles para avanzar en la justicia socioambiental.

El caso que se presenta a partir de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en la denominada “Causa Riachuelo”², que será abordado en el presente artículo, auspicia un desafío de alto alcance para el ejercicio de la defensa pública, en la medida en que sus alcances se refieren a personas cuyos derechos sociales y ambientales han sido vulnerados, lo que se configura, según lo definido por Gabriela Merlinsky (2013), como un caso de *injusticia ambiental*, caracterizado por la concentración de riesgos ambientales en los territorios de mayor vulneración social de la Nación y sobre quienes tienen el menor poder político y económico en el seno de nuestra comunidad.

Anotamos, entonces, que existe una incompreensión en el alcance del objeto de esa sentencia como derivada del daño ambiental –y el imperativo de su recomposición–, puesto que deja afuera del análisis puntos de tensión y conflictos significativos que ese pronunciamiento –y, en especial, su ejecución– supone: la cuestión social.

2 Expediente M. 1569. X, caratulado: “Mendoza Beatriz Silva y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”.

Por lo tanto, como se ha anticipado, la defensa pública en especial –y todos y cada uno de los actores que intervenimos en ese proceso judicial– estamos siendo enfrentados a un desafío tan inédito como desproporcionado en sus alcances, en especial a partir de la orden de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de un proceso de urbanización de los asentamientos afectados del Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA). Su desarrollo acarrea la construcción acumulativa de graves desventajas habitacionales y ambientales, en el mediano y largo plazo, para aquellos grupos que tienen menos posibilidades de pagar el acceso al suelo urbano. Una vez más, coincidimos con Gabriela Merlinsky (41): “son los más pobres los que han sufrido la mayor carga de privación en el acceso a los recursos del ambiente y el mayor grado de exposición a la contaminación y el peligro tóxico”. Por otro lado, la concepción de la causa como meramente ambiental subestima la dimensión de los vínculos establecidos entre el ámbito judicial y la población afectada, sus tensiones, límites y desafíos.

En este contexto, en este artículo se propone ilustrar brevemente el recorrido que tuvo la “Causa Riachuelo” hasta el dictado de la sentencia de la Corte Suprema, y su reconfiguración en una causa estructural de incidencia colectiva, con las implicancias que ello acarrea.

En función de esta caracterización, abordaremos las lógicas y prácticas de las instituciones judiciales en su vinculación con la población involucrada, el modo en el que funcionan los mecanismos institucionales, y sus efectos en términos de acceso a la justicia.

Nos preguntamos: ¿cuál debería ser el rol de la defensa pública en una causa de gran incidencia, en particular, en la manda que ordena la dignificación de la vida de aproximadamente 17.700 familias? ¿Cuáles son las pautas a seguir para contribuir con ese objetivo? ¿Cuáles serían las buenas prácticas para la actuación de la defensa pública?

II. La “Causa Riachuelo”. Su origen y devenir como causa estructural

La emblemática causa se origina a partir de una demanda interpuesta en razón de las afectaciones a la salud de las personas que habitan o trabajan en ámbitos propios de la cuenca hidrográfica Matanza-Riachuelo, a raíz de la grave contaminación de ese curso fluvial y sus adyacencias, daño ambiental de características extraordinarias que, según un estudio del Instituto Blacksmith y la Cruz Verde Suiza, cataloga al lugar como uno de los más contaminados del mundo. La cuenca abarca 2.238 km² en la que reside una población de aproximadamente 8 millones de personas³.

El proceso de contaminación de la cuenca fue agudizándose a medida que se instalaron en la zona diversas industrias que desarrollaron su actividad económica sin considerar el cuidado del medio ambiente y la salud de los habitantes de las áreas aledañas. También el Estado tiene responsabilidad en el asunto dado que, por medio de su desidia en el control de las empresas y la falta de planificación urbana, auspició la generación de la problemática actual.

³ Confr. Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR). Sf. Consultado: 26 de septiembre de 2014. Disponible en: <http://www.acumar.gov.ar/institucional/37/mapa-de-la-cuenca>.

La CSJN, a fines del siglo XIX, había tenido ocasión de entender en un caso derivado de la contaminación del Riachuelo, en el precedente “Saladeristas Santiago, José y Jerónimo Podestá y otros v. Provincia de Buenos Aires”, iniciado por empresarios propietarios de establecimientos de esa actividad económica que habían demandado al Estado provincial bonaerense por la indemnización de los daños y perjuicios que les había causado la suspensión de las faenas de “los saladeros ubicados en el Riachuelo de Barracas”. En esa ocasión, el más Alto Tribunal de la República había considerado que la norma impugnada por los accionantes prescribía: “las condiciones higiénicas a que debe sujetarse (esa actividad económica), y aun suspendiendo el ejercicio de ella en aquel punto, cuando la salud pública ha hecho necesaria esta medida”⁴.

No obstante la advertencia jurisdiccional, el daño ambiental a ese curso fluvial siguió acentuándose con el transcurso de los años, en especial a partir del proceso de industrialización de mediados del siglo pasado. Así, según un informe realizado en 2008 por el “Observatorio de las Empresas Transnacionales” del *Foro Ciudadano* de Participación por la Justicia y los Derechos Humanos:

[...] el 9 de mayo de 1931 Shell instala la primera refinería de la zona originándose los procesos industriales que liberan elementos contaminantes al ambiente. A partir de entonces, en forma gradual, fueron asentándose otras refinerías y plantas de recepción de petróleo y derivados; hornos incineradores de re-

⁴ Confr.: Fallos 51:274, del 14/5/1887.

siduos peligrosos; plantas de tratamiento, recepción y almacenaje de productos químicos; una central termoeléctrica e industrias de grasas, aceites y jabones.

A su vez, el informe destaca la existencia de otros factores de riesgo, como la Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE), basurales a cielo abierto y rellenos clandestinos en sus cercanías.

Los efectos nocivos de dicha contaminación en la salud de los habitantes de la zona, que el informe mencionado describe en toda su gravedad y extensión, les produjeron enfermedades en la sangre (anemia, leucopenia y leucemia), problemas en los ojos y en la piel, y daños pulmonares. A su vez, los habitantes de algunas áreas de la cuenca tienen altas probabilidades de contraer cáncer en formas variadas de tumores. El daño ambiental provoca, también, alteraciones de la función reproductora, al originar cambios cromosómicos y malformaciones congénitas. Los contaminantes son nocivos cuando se presentan individualmente en el cuerpo humano, pero su efecto se multiplica cuando se combinan, como en los casos que se presentan en las cercanías a la cuenca⁵. Tales riesgos para la salud de esa población se ven agravados en quienes habitan en villas y asentamientos, por lo general, privados de los servicios de agua potable, recolección de residuos, redes cloacales, luz y gas; en especial, aquellas personas que residen en casillas edificadas sobre lagunas rellenas, e incluso sobre rellenos de residuos de toda índole.

Durante la última década del siglo pasado la necesidad de sanear el Riachuelo comenzó a instalarse en la agenda pública. Si bien los sucesivos gobiernos comenzaron a proyectar planes de gestión ambiental, los objetivos no lograron concretarse. Muestra de ello fue que, en el año 1999, se tendió un cableado de alta tensión que transporta 132 mil voltios, por parte de la empresa “Central Dock Sud”, situado a escasos diez metros de los depósitos de combustible.

En la periferia del Polo Petroquímico, ubicado en la localidad de Dock Sud, partido de Avellaneda, provincia de Buenos Aires, se asienta la denominada “Villa Inflamable”, radicada allí antes de la formación de ese Polo. Frente a las consecuencias palpables de la contaminación, sus habitantes quisieron tomar medidas para proteger su salud y preservar su lugar de residencia. Los trabajadores de la zona sufrían también los mismos riesgos ambientales, aunque no fueran residentes. En este marco, el 14 de julio de 2004, un grupo de vecinos y trabajadores de este barrio presentaron una demanda contra el Estado nacional, la provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 44 empresas de la zona, y contra quien y/o quienes en definitiva resultaran responsables por los daños y perjuicios generados a los actores y al ambiente, ante la Corte Suprema de Justicia⁶.

La demanda divide a los actores en dos grupos: con la letra «A», a las personas contaminadas que habitan la “Villa Inflamable” y con la letra «B» a las personas afectadas que prestan, desde hace años, sus servicios profesionales en

5 Foro Ciudadano de Participación por la Justicia y los Derechos Humanos 2008.

6 Escrito de demanda “Iniciamos demanda. Medida cautelar”, 14 de julio de 2004 [consulta en línea: 26 de septiembre de 2014]. www.cij.gov.ar/adj/expedientes_riachuelo/01.pdf, págs. 21 y ss.

el Hospital Interzonal de Agudos, “Dr. Pedro Fiorito”, de la ciudad de Avellaneda, entre quienes se cuenta la Lic. Silvia Beatriz Mendoza, psicóloga social que, durante 2004, trabajaba también en la unidad sanitaria de la “Villa Inflamable”. Según se detalla en la demanda, todos los actores se encontraban contaminados con plomo, sufriendo severos daños en su salud como consecuencia de la contaminación ambiental. Por ejemplo, las mujeres padecían trastornos en sus embarazos, los niños tenían alterado su metabolismo y poseían una talla y peso menor que la media.

Además del reclamo personal de los actores, se demandó por la prevención, recomposición y resarcimiento del daño colectivo infringido por las acciones contra el medio ambiente. Así, el 20 de junio del año 2006 se dictó la primera sentencia, la CSJN se declaró competente solo en relación con esta última pretensión, e invitó a los actores a concurrir a tribunales ordinarios para el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales. Finalmente, el 8 de julio de 2008, se dictó el fallo histórico en la causa “Mendoza” que involucra a tres jurisdicciones estatales (Nación-Provincia-Ciudad de Buenos Aires), a la vez que a 14 municipios de la provincia de Buenos Aires (Avellaneda, Lanús, Lomas de Zamora –en la cuenca baja– Almirante Brown, Esteban Echeverría, Ezeiza, La Matanza, Merlo y Morón –en la cuenca media– y Cañuelas, Presidente Perón, San Vicente, Las Heras y Marcos Paz –en la cuenca alta–).

La decisión jurisdiccional de la Corte, al reconfigurar la causa como de incidencia colectiva, parte de un diagnóstico integral de la problemática: ella es consecuencia de determinadas lógicas y prácticas políticas e institucionales establecidas que impidieron, a lo largo de los años, avanzar en su reversión.

Se podría desestabilizar dicho estado de situación desde un cuestionamiento sistémico e integral a las políticas públicas implementadas, así como desde el ordenamiento de medidas estratégicas y procesos de monitoreo y control, camino que judicialmente solo se puede abrir desde la forma de la acción colectiva. En este marco, no solo son destacables las múltiples dimensiones y la complejidad de la causa, sino, principalmente, su impacto social, en términos cuantitativos y cualitativos. La causa afecta a 17.771 familias⁷, y las obras que se prevén implican su relocalización a otras zonas, o bien la urbanización de los barrios o asentamientos en los que viven.

La particular situación de vulnerabilidad social de las familias afectadas, así como la cantidad de personas involucradas, y el tipo de obras de ejecución que la sentencia de la causa ordena para repararlas, la convierten en una causa judicial donde la dimensión social cobra un protagonismo inusitado, en el marco de la problemática ambiental.

III. Desigualdad ambiental y desigualdad social

La “Causa Riachuelo” evidencia, de un modo claro y concreto, una situación de injusticia ambiental, en la medida en que ciertos grupos particulares han generado, a partir de sus actividades económicas, consecuencias ambientales negativas, y cargaron sus costos en las poblaciones más vulnerables. Es decir, la injusticia ambiental no es meramente una situación

⁷ La cantidad de familias surge del Convenio Marco “Acuerdo General para el cumplimiento del Plan de Urbanización de Villas y Asentamientos Precarios en riesgo ambiental de la Cuenca Matanza Riachuelo, Segunda y última etapa”, firmado el 20 de diciembre de 2010 por todas las autoridades responsables de la ejecución de la causa “Mendoza” (Estado Nacional, la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires, la provincia de Buenos Aires, y los municipios involucrados).

de daño del medio ambiente que debe ser reparado y saneado, sino que tiene un impacto social general. Entonces, su sentido de injusticia no reside en el daño ambiental, sino en la forma en que ese daño es distribuido socialmente, ya que afecta a los sectores en situación de mayor vulnerabilidad: aquellos grupos más perjudicados por los riesgos ambientales son, justamente, los mismos que sufren situaciones de pobreza estructural. La desigualdad social y la desigualdad ambiental se combinan y potencian, profundizando la vulnerabilidad de los sectores afectados. Esta superposición de vulneraciones, claro está, no es casual ni coyuntural, sino consecuencia de procesos sociales e históricos.

98 Uno de estos procesos ha sido el uso y apropiación ilegales de recursos públicos por parte de sectores privados para su actividad económica, materializado en la utilización del agua como insumo del proceso productivo y el cauce como un colector de efluentes, incumpliendo la normativa ambiental. Por otro lado, un evidente factor determinante es la ausencia de control, monitoreo y sanciones del Estado a dichas acciones ilegales de las empresas. Por último, el tercer elemento que incide en la configuración de las desigualdades que emergen crudamente en esta causa son los propios procesos expulsivos del mercado de suelo, cuya particular regulación actual genera que las áreas más degradadas ambientalmente sean las únicas a las que pueden acceder los grupos de bajos ingresos. Se generan, de este modo, situaciones localizadas en las que se combinan condiciones de extrema pauperización, precarias condiciones materiales de vida y exposición acumulativa a diversos tipos de riesgos ambientales, configurando puntos críticos que algunos autores llaman “hiperperiferias” (Torres y Marques 2002).

En este sentido, y retomando los procesos sociales mencionados, creemos oportuno retomar la crítica que realiza David Harvey a la “visión estándar” de la cuestión ambiental (Harvey, 2007). En primer lugar, destacamos la necesidad de desmitificar la visión de la degradación ambiental como proceso “natural” sin visibilizar actores, poderes, intereses, ni poner en cuestión los medios y fines que orientan la apropiación extensiva e intensiva del ambiente por parte de particulares. Por otro lado, es fundamental discutir el enfoque que niega la diferenciación social del daño ambiental, sugiriendo que estamos todos igualmente expuestos a los efectos nocivos de la crisis ambiental. Por último, la importancia de poner en cuestión la concepción según la cual las intervenciones de política pública deben ser a posteriori del problema y caso por caso, suponiendo que los problemas son el resultado de fallas ocasionales de la actividad económica, y no las consecuencias de procesos sociales estructurales y de lógicas de funcionamiento sistémicas, que exceden los casos particulares.

La sentencia de la CSJN en la “Causa Riachuelo” incorpora claramente esta visión crítica de la cuestión ambiental. Sin embargo, continuamente encontramos elementos de la “visión estándar” en las concepciones y acciones de los diversos organismos intervinientes, tanto ejecutivos como judiciales. Es en este marco que consideramos necesario, entonces, intentar caracterizar brevemente las condiciones de vida de la población afectada en la “Causa Riachuelo”, con el afán de enfocar la dimensión social de este caso de injusticia ambiental, en el sentido de destacar la diferenciación social de la afectación ambiental.

III.1. La situación socio sanitaria de la población de la Cuenca Matanza Riachuelo

Como se ha señalado, en la cuenca Matanza-Riachuelo habitan aproximadamente 8.000.000 de personas distribuidas en 2.700.000 hogares. Según datos del Censo 2010, el 16% de los hogares que habitan la Cuenca no cuenta con agua de red y el 37% no tiene desagüe a cloaca. Ahora bien, si desagregamos los valores, resaltamos los grados de desigualdad existentes, ya que mientras que la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires (CABA) presenta una cobertura de agua potable del 99%, municipios como Almirante Brown rondan el 50% de cobertura, y Ezeiza, el 17%.

Más impactantes aún son las brechas respecto de las redes cloacales: mientras la CABA tiene el 98% de la población servida, Lomas de Zamora tiene solo el 30% y Esteban Echeverría, solo el 19%, para dar algunos ejemplos de los profundos contrastes. Ahora bien, si evaluamos los porcentajes de cobertura de dichos servicios, sin tomar en cuenta a la CABA, los valores se incrementan: el 27% de la población de la cuenca de la provincia de Buenos Aires no cuenta con agua de red, y el 63% no tiene desagüe a cloaca⁸.

La empresa “Aguas y Saneamientos Argentinos” (AYSA), mediante un informe realizado en 2009, ha analizado la vulnerabilidad sanitaria de la población de la cuenca considerando la incidencia combinada del riesgo sanitario, la densidad habitacional y el nivel socioeconómico. Según el estudio, aproximadamente 2 millones de los habitantes de la cuenca se encuentran expuestos a elevados niveles

de riesgo sanitario, de los cuales 541.754 se encuentran en áreas de alta densidad poblacional. En dichas zonas de alta vulnerabilidad sanitaria, los porcentajes de población sin cobertura de servicios aumentan aún más: el 60% de los habitantes no cuenta con agua de red y el 90% no cuenta con red cloacal. En este grupo, la incidencia de la pobreza cuadruplica a la observada en las áreas de vulnerabilidad sanitaria baja, ya que alcanza al 66% de la población.

Podemos deducir entonces, que las zonas de mayor vulnerabilidad sanitaria son aquellas donde se concentran las villas y asentamientos de la cuenca. Si bien no existen datos específicos acerca de la cantidad de población que habita en villas y asentamientos en toda la cuenca, el informe mencionado de AYSA sostiene que en la Cuenca Baja (CABA, Lomas de Zamora, Lanús, Avellaneda) y en la Cuenca Media (E. Echeverría, Ezeiza, La Matanza, Merlo, Morón, Almirante Brown) son 491.390 personas las que se encuentran en dicha condición habitacional, aproximadamente 125.000 hogares.

Muchas de estas urbanizaciones se encuentran ubicadas en suelos contaminados, con deficientes condiciones de habitabilidad, áreas por debajo de la cota de inundación, con basurales próximos o industrias contaminantes. En este sentido, es bien ilustrativa la descripción generalizada que realiza Gabriela Merlinsky (25):

[...] una persona que vive en un asentamiento informal o villa de emergencia en la cuenca Matanza Riachuelo tiene altísimas probabilidades de habitar un terreno inundable que, en caso de anegarse, acarrea la invasión de aguas contaminadas en la vivienda

⁸ Véase: <http://www.censo2010.indec.gov.ar/>.

por el desborde del pozo ciego o cámara séptica. Si el patio tiene piso de tierra probablemente el suelo esté contaminado con sustancias que provienen de la disposición de basuras domésticas o industriales. Si no tiene agua segura, el uso de cualquier perforación lo condena a tomar agua contaminada, y no tendrá suficiente agua para garantizar las condiciones mínimas de higiene que impiden el contacto con los contaminantes del suelo (que por la acción del viento se esparcen en la vivienda). Esa misma persona, posiblemente, reside a no más de cinco cuadras de un basural a cielo abierto, y si además vive en las proximidades de una industria, posiblemente esté expuesta a emanaciones peligrosas.

100

Como vemos, en la “Causa Riachuelo”, las variables de vulnerabilidad social y de vulnerabilidad ambiental son prácticamente indivisibles. Ello evidencia la imposibilidad de referirnos a la cuestión ambiental de la causa sin abordar las características de la población afectada por la degradación ambiental, y su especificidad deliberada en términos de vulnerabilidad social. En este sentido, dimensionar la centralidad de la cuestión social en la causa nos lleva a reflexionar acerca de los mecanismos, prácticas y lógicas de las instituciones judiciales en su vinculación con esta población, y sus efectos en términos de acceso a la justicia.

IV. Las brechas físicas, simbólicas e ideológicas entre el ámbito judicial y los afectados de la causa

El ideal de ciudadanía –entendida como la idéntica categoría y estatus de las personas en la arena pública– es concebido como la expresión de una voluntad general que trasciende las

diferencias particulares, y permite igual participación de todas las personas en las discusiones públicas y en la toma de decisiones. Sin embargo, esta pretensión de compartir un punto de vista común ha operado en la práctica excluyendo de la escena pública y política a aquellos grupos definidos como diferentes, incapaces de compartir esa visión común. Como afirma Young, tal enfoque universalista e imparcial constituye un mito, ya que las personas necesariamente consideran los asuntos públicos influidos por su experiencia (Young 1996).

De tal suerte, termina consolidándose como perspectiva común la de aquellos grupos privilegiados respecto del acceso a los ámbitos de toma de decisiones. Como existen diferencias culturales, de valores, acervos y experiencias entre grupos, el seguimiento estricto de un trato igual para permitir la participación en los asuntos públicos (pero, a la vez, ciego a las diferencias) solo tiende a perpetuar el privilegio de algunos y la exclusión de otros.

El ámbito judicial es un ámbito de toma de decisiones públicas con especial legitimación a partir de la crisis de representación de los partidos políticos y de las instituciones democráticas, que determinó el colapso de finales del año 2001. En consecuencia, se trasladó a la esfera judicial la resolución de conflictos colectivos que eran tradicionalmente dirimidos en los ámbitos determinados por la organización constitucional, erigiéndose como un espacio en el cual:

[...] ciertos actores sociales demandan al Estado, fiscalizan o impugnan sus decisiones, y dialogan o confrontan con sus diferentes instancias y con los demás protagonistas del conflicto. El acceso a la jurisdic-

ción actúa como un mecanismo de participación en la esfera política que reemplaza o complementa el deterioro de otros canales institucionales propios del juego democrático (Abramovich 2006, 68).

En ese contexto histórico-político, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó el fallo que reseñamos en la denominada “Causa Riachuelo”.

No obstante la creencia que se supone generalizada, el ámbito judicial resulta ser un espacio de toma de decisiones públicas que (al igual de los demás) presenta prácticas y dinámicas homogéneas orientadas hacia un habitante indefinido que, en realidad, es el ciudadano de los grupos privilegiados.

De esta manera, diversas expresiones sociales no pueden –aunque lo pretendan– acceder a dicho espacio, porque las prácticas que lo rigen no fueron concebidas de acuerdo con sus necesidades, idiosincrasia e intereses:

[...] la complejidad de los intereses y necesidades de estos grupos rompen con la simpleza del esquema tradicional liberal-burgués de los derechos que, proyectado sobre grupos homogéneos o la idea de sujeto prototípico ideal, se pretende con potencialidad de amparar y representar los derechos de todos los habitantes, encubriendo con ello contextos donde se encuentra enraizada y naturalizada la desigualdad y la discriminación (Nogueira y Schapiro, 34).

La “Causa Riachuelo”, precisamente, atiende a sectores de la población que tienen dificultades para acceder a la justicia.

A esta situación, se suma la idiosincrasia propia del Poder Judicial y de sus operadores, con un escaso nivel de involucramiento social y con una distancia muy marcada respecto de los grupos en situación de vulnerabilidad y de las situaciones sociales generadas por la desigualdad social. Este se auto-percibe como un poder extraño a los procesos de toma de decisiones públicas, como una simple “maquinaria que trabaja de manera indiferente, ejecutando los dictados de las normas sin interesarse por la dimensión social, cultural y política de los derechos” (Nogueira y Schapiro, 44). Lo cual determina que los operadores judiciales:

[...] se posicionen en un lugar demasiado alejado del pueblo como para verse comprometidos –u obligados– a compartir sus visiones, necesidades, intereses. A diferencia de las gestiones de otros funcionarios públicos, la ciudadanía no tiene posibilidad de reprobación ni aprobación sus decisiones, solo acatar (Nogueira y Schapiro, 46).

Ahora bien, entendemos que el ámbito judicial, por ser justamente un espacio que complementa el deterioro de otros ámbitos tradicionales de deliberación, tiene la posibilidad de cumplir una función que aporte a la justicia social y a la protección de los grupos vulnerables en su restitución de derechos. Ello es posible a través de la creación y aplicación de prácticas y mecanismos judiciales –diferenciados y especiales– que permitan remover los obstáculos estructurales que no aspiren a homogeneizar a los actores sociales, sino, por el contrario, consoliden un sector público heterogéneo (Young 1996), en el cual las diferencias se reconocen y se aceptan, logrando efectivamente la inclusión y participación de los

grupos que menos acceden a la justicia como, por ejemplo, los grupos vulnerables afectados en la “Causa Riachuelo”.

Los obstáculos o brechas que observamos en la ejecución de la causa que nos convoca, y que inciden en el acceso a la justicia por parte de las poblaciones afectadas, en muchos casos son físicas, pero también simbólicas (o culturales) e ideológicas. Estas se componen de mitos que, aunque parezcan superados, tienen plena vigencia en ciertos ámbitos, sirviendo de fundamento ideológico para ciertas prácticas jurídicas.

Según refiere el historiador Matías Aizenberg (2011), en 1949 se inauguró el complejo habitacional “Los Perales”, ubicado en el barrio porteño de Mataderos, con un nivel de infraestructura y servicios inéditos para la época; uno de los tantos complejos construidos durante los años del primer gobierno constitucional de Juan Perón. Los destinatarios de las viviendas fueron, en gran medida, migrantes de las provincias llegados a esta ciudad, atraídos por la política de expansión del sector industrial por la producción nacional, cruelmente motejados como *cabecitas negras*.

Como se ha difundido por años, el prejuicio de clase instaló la idea de que esas personas eran indignas de habitar en las condiciones de vida propiciadas por las políticas del Estado de Bienestar peronista. Se originaron, entonces, mitos urbanos de extendida trayectoria, como aquel que afirmaba que los ocupantes de los inmuebles “levantan el parqué para hacer asado” o que les daban una finalidad distinta (el cultivo de perejil, por ejemplo) a los equipamientos de los sanitarios, puesto que, para tales almas, los obreros empoderados de esos departamentos

no tenían por costumbre higienizarse⁹.

En este sentido, el historiador sostiene que “el mito asume diferentes formulaciones en distintos momentos, pero tiene dos constantes que se expanden a otros mitos: una comprensión ignorante del mundo popular y una perspectiva muy extraña, tal vez aristocrática, sobre los derechos constitucionales” (Aizenberg 2011). En alguna medida, estas concepciones están enraizadas en cierta cultura judicial, y son las que explican determinadas prácticas y lógicas excluyentes.

A esa brecha, debemos sumar la de índole física (o geográfica), derivada de la organización de la justicia federal, fuertemente centralizada. Al respecto, debe destacarse que la CSJN, cuando decidió que dos juzgados federales (uno con asiento en la CABA, el otro, en la ciudad de Morón, provincia de Buenos Aires) lleven a cabo la eje-

9 A partir del trabajo territorial llevado a cabo por quienes conformamos este equipo, desde el 16 de junio de 2014 hemos podido verificar (no sin amargura) que ese andamiaje de prejuicios y descalificaciones persiste al punto de advertirlo (no obstante se lo pretendiera –infructuosamente– disimular por razones de corrección política) en actores involucrados en la relocalización de personas beneficiadas por los alcances del fallo “Mendoza”. Verificación ratificada, a su vez, en el ámbito de la academia, por caso, en el trabajo: *Punteros, malandras y porongas. Ocupación de tierras y usos políticos de la pobreza*, de Jorge Ossona (Siglo Veintiuno, 2014), a través del cual se reseñan las progresivas ocupaciones de tierras fiscales que darían lugar a la constitución del denominado “Campo Unamuno” ubicado en el partido de Lomas de Zamora. Al amparo de la autoridad de la academia, el autor de ese trabajo vivifica del modo más explícito el paradigma nocivo que criticamos, estigmatizando a los habitantes de ese ámbito a quienes vincula diversas actividades delictivas (casi sin excepción). El contraste entre esa descripción y el trabajo que llevamos a cabo desde este ámbito no podría ser más antagónico, razón por la que nos permitimos esta breve mención, anticipo de una respuesta que entendemos indispensable producir desde este equipo de trabajo.

cución de la sentencia, también ha establecido barreras de difícil franqueo para las personas afectadas: un vecino de la “Villa Inflamable” debe dirigirse, para acceder a la justicia, a la sede del Juzgado Federal de Morón (aproximadamente a 35 kilómetros).

Paralelamente, y en relación con lo que señalábamos sobre las prácticas del Poder Judicial, por lo común, los operadores judiciales carecen de la dinámica apta para relacionarse con la población en situación de vulnerabilidad: no son proclives a la celebración de audiencias para que asista la población afectada, ni se trasladan a los territorios para facilitar el acceso a la justicia y verificar las angustiantes realidades de esos ámbitos. La falta de mecanismos diferenciados ensancha estas brechas simbólicas y culturales.

Otro aspecto a tener en cuenta es la falta de coordinación de las funciones de la gran cantidad de actores gubernamentales involucrados. La presencia de muchos responsables públicos encargados de la ejecución de la sentencia, hecho que, en principio, podría ser un dinamizador del proceso, muchas veces termina entorpeciendo¹⁰. La multiplicidad de actores intervinientes, que debería traducirse en una mayor transparencia y celeridad de las actuaciones, genera, con frecuencia, confusiones sobre las responsabilidades y funciones de cada uno de estos organismos. Si bien existen lineamientos generales en la sentencia y en el trámite de ejecución, estos resultan poco precisos¹¹.

10 En un Municipio de la provincia de Buenos Aires, por ejemplo, la ejecución de la sentencia involucra a organismos del Estado Nacional, Estado Provincial, Municipio y ACUMAR.

11 Véase sentencia definitiva de la Corte del 8 de julio de 2008, párr. 16, en

Así, la gran distancia física, pero también simbólica, entre las instituciones y los territorios; la confusión de nombres y funciones, y la falta de claridad en el establecimiento de las competencias termina, muchas veces, generando desinformación y diluyendo responsabilidades.

Teniendo en cuenta las caracterizaciones realizadas en los anteriores puntos, la pregunta que emerge inmediatamente es cómo combatir esa perspectiva “aristocrática” sobre los derechos, cómo acortar las brechas existentes para el acceso a la justicia de la población en situación de vulnerabilidad, y cuál debería ser el rol específico de la defensa pública.

V. El desafío del rol de la defensa pública: acortar brechas en causas estructurales en las que se encuentran afectados los DESCA

En el presente apartado, nos proponemos realizar algunas aproximaciones a las buenas prácticas y los enfoques de los

el que se establece la responsabilidad principal de ACUMAR y la responsabilidad concurrente de los demás Estados locales y el nacional: “Que la autoridad obligada a la ejecución del programa, que asumirá las responsabilidades ante todo incumplimiento o demora en ejecutar los objetivos que se precisarán, es la Autoridad de Cuenca que contempla la ley 26.168. Ello, sin perjuicio de mantener intacta en cabeza del Estado Nacional, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la responsabilidad que primariamente les corresponde en función del asentamiento territorial de la cuenca hídrica y de las obligaciones impuestas en materia ambiental por disposiciones específicas de la Constitución Nacional recordadas por esta Corte desde su primera intervención en el mentado pronunciamiento del 20 de junio de 2006, como así también de las normas superiores de carácter local del estado bonaerense y de la ciudad autónoma demandada”. Asimismo, véase sentencia de la CSJN del 12 de diciembre del 2012, párr. 1º, en el cual recuerda la división de responsabilidades establecidas en la sentencia del 2008.

operadores de la defensa pública que contribuyan a habilitar mecanismos adaptados a la especificidad de la población que resulta afectada en la “Causa Riachuelo”, a fin de lograr una igualdad de condiciones y herramientas para con el resto de los actores de la causa. Como dijimos antes, el eje de esta causa es la población que resulta históricamente condenada a vivir en los lugares con mayores riesgos ambientales.

En principio, debemos resaltar que nuestro bloque de constitucionalidad¹² reconoce el derecho de defensa que, en términos de la Convención Americana de Derechos Humanos, resulta ser un derecho irrenunciable (art. 8.2.e). Ahora bien, el derecho de defensa no puede circunscribirse al simple hecho de la designación formal de un abogado en el ámbito penal, o bien en la simple existencia del –mal denominado– defensor de menores o de pobres.

La Corte IDH ha señalado esto mismo en el voto concurrente de uno de sus jueces:

Tener defensor nombrado no es contar, ya, con defensa en el enjuiciamiento. Esto se ha observado, con gran frecuencia, en los procesos ante esta Corte. Si no se trata, pues, de cualquier defensa –nominal–, sino de una verdadera defensa –como verdadera debería ser la satisfacción de cualquier derecho humano–, es preciso convenir sus rasgos característicos, que demandarían independencia, suficiencia, competencia, gratuidad, plenitud y oportunidad, y proveer los

¹² Constitución Nacional, art. 18; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11 inc. 1º; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8.2.d, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.3.b.

medios para que la haya. De lo contrario, la tutela de los derechos humanos del procesado tropezará una y otra vez con las deficiencias de la defensa, que se traducen, en fin de cuentas, en violación del derecho mal disimuladas por un ejercicio aparente, que no resiste el menor análisis¹³.

Asimismo, “la reforma del proceso, que se sustente en los requerimientos de las Constituciones nacionales y de los instrumentos internacionales y provea el pleno acceso a la justicia, debe montar un sistema de defensa verdadera y eficiente que batalle por los derechos del inculpado”¹⁴.

Pues bien, el rol que le corresponde a la defensa pública en la satisfacción de este derecho cobra especial fuerza al vincularse con la noción de acceso a la justicia. Una comprensión acabada del acceso a la justicia integral funciona como hoja de ruta para delinear las pautas del rol de la defensa pública; noción que incorpora especialmente la consideración de sectores o grupos vulnerables, sobre la que ya hemos hecho referencia.

De esta manera, a fin de establecer buenas prácticas para el rol de la defensa pública resulta oportuno mencionar las Reglas de Brasilia¹⁵ porque van en la dirección de reducir las

¹³ Corte IDH, *Caso Tibi v. Ecuador*, 7 de septiembre de 2004. Voto concurrente del juez de Sergio García Ramírez, párr. 49.

¹⁴ Corte IDH, *Caso Tibi*, párr. 48.

¹⁵ Cumbre Judicial Iberoamericana. (marzo de 2008). Reglas de Acceso a la justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad (Reglas de Brasilia). Acordada CSJN N° 5/2009 Disponible en: http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=76850&folderId=71898&ame=DLFE-3124.pdf.

brechas que mencionamos ofreciendo pautas a seguir para problemas concretos.

En sintonía con la necesidad de mecanismos judiciales diferenciados en función de la especificidad de la población, las Reglas de Brasilia establecen la obligación de revisar las reglas de procedimiento judicial y propiciar medidas para la simplificación y divulgación de los requisitos de acceso al proceso para favorecer el acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad (Reglas 33 y 34).

Como hemos afirmado, las Reglas de Brasilia hacen especial hincapié en las funciones de la defensoría pública a fin de “promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales” (Regla 29).

En esta línea, podemos resaltar los siguientes puntos que constituyen desafíos para las buenas prácticas por parte de la defensa pública:

- Necesidad de promover actuaciones interdisciplinarias (Regla 41). Conformar equipos multidisciplinarios no solo para mejorar las respuestas, sino también a fin de complementar las miradas en relación con las problemáticas que tienen las poblaciones afectadas y los modos de abordarlos.
- Generar proximidad territorial (Regla 42). Teniendo en cuenta las distancias existentes entre las poblaciones que viven en los lugares más alejados y relegados am-

bientalmente (como resultan ser las poblaciones afectadas en Riachuelo), con menor oferta de servicios de transporte público y las dificultades económicas para costearlos, es preciso que se realicen tareas de abordaje territorial que garanticen la presencia de profesionales a fin de canalizar las demandas de la población afectada y la provisión de asistencia integral.

- Oralidad y celebración de audiencias para que asista la población (Regla 35). A fin de dar mayor agilidad y generar participación de la población afectada en las causas judiciales que la afectan, resulta fundamental la oralidad y la celebración de audiencias en los territorios afectados o en lugares aledaños a los que pueda asistir la población, de modo de mejorar la difusión de la información de la causa, así como el control ciudadano de lo ejecutado.
- Lenguaje acorde culturalmente. También hay especificaciones muy claras respecto del énfasis que debe ponerse en mejorar la comunicación y la necesidad de utilizar un lenguaje accesible (Regla 58) que se aleje de una forma jurídica encriptada que, muchas veces, solo pretende un rasgo de distinción, pertenencia o mera mezquindad del campo jurídico, más que una especificidad o complejidad técnica. De esta manera, las notificaciones (Regla 59) y las resoluciones (Regla 60), entre otras, deben emplear términos comprensibles y dejar de lado los rigorisismos y meras formalidades técnicas.
- Diálogos entre la defensa y los asistidos. Relacionado con el punto anterior, en el diálogo que la defensa mantiene con sus asistidos resulta preciso que se tomen en cuenta

los acervos culturales para deliberar sobre las estrategias judiciales a seguir, las que deben buscar la mejor solución posible en función de la voluntad del asistido, pero considerando asimismo las posibilidades reales que vienen dadas por las “reglas del juego” de la causa judicial.

- Alfabetización jurídica de las personas en situación de pobreza (Regla 16). Para poder acceder a la justicia, se requieren “por lo menos, patrones económicos, sociales y educativos de clase media acomodada” (Fucito 2002, 119-123). Como hemos señalado, las barreras no son solo económicas, sino que comprenden, especialmente, a las barreras de carácter cultural, como pueden ser la ininteligibilidad de los procesos judiciales y una percepción negativa por parte de los sectores vulnerables respecto de ellos (Birgin y Kohen 2006, 25). Por ello, la divulgación y la capacitación sobre los derechos, en especial en zonas rurales y en áreas desfavorecidas de las grandes ciudades (Reglas 26 y 27), resulta ser un aspecto esencial de una definición integral del acceso a la justicia. Así, a través de vías creativas, se acerca a la población el conocimiento de sus derechos y de los caminos con los que cuentan para lograr su reconocimiento y respeto (Fernández Valle 2006, 43).
- Participación real de niños, niñas y adolescentes en actos judiciales (Regla 78). En este tipo de causas colectivas, en las que se encuentran en juego principalmente los derechos de los niños, niñas y adolescentes, resulta fundamental arbitrar medidas para consultarles en relación con las obras que van a modificar sustancialmente su vida, aun cuando estas sean para mejorar su calidad de vida. Hay

que recordar que el interés superior del niño (art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño) se establece en consulta con el propio niño, sujeto de derechos, respetando su derecho a que sus opiniones sean oídas y tenidas en cuenta, disposición que se erige como obligatoria¹⁶.

Para finalizar, también querríamos destacar ciertos enfoques que resulta necesario adoptar por parte de la defensa pública en causas estructurales con poblaciones afectadas en sus DESCAs, y que también constituyen desafíos para su actuación.

- Asistencia de calidad, especializada y gratuita (Reglas 30, 31 y 40). Teniendo en cuenta las características de la población defendida, resulta fundamental que los profesionales cuenten con una especialización no solo en la materia, sino, especialmente, en el trato con personas en condición de vulnerabilidad, es decir, que las prácticas institucionales tengan en cuenta las características de la población que se defiende.
- Establecer mecanismos de coordinación (Regla 39). En causas estructurales en las que intervienen varias jurisdicciones y estamentos gubernamentales, es fundamental que la defensa pública establezca mecanismos de coordinación intra e inter institucionales, a fin de aunar los esfuerzos para satisfacer el sistema de defensa, promover al mejoramiento del sistema y evitar confusiones y dilaciones en el acceso a la justicia. Un buen ejemplo

¹⁶ Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 (2009), *El derecho del niño a ser escuchado*, 20 de julio de 2009, párrs. 70 y 71.

de ello ha sido el Convenio específico que han firmado el Ministerio Público de la Defensa de la Nación con el Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad de Buenos Aires en el marco de la “Causa Riachuelo”, a fin de brindar asistencia y patrocinio conjunto a los vecinos de la sirga del Riachuelo y a los habitantes de los conjuntos habitacionales donde sean relocalizados. En relación con este punto, las Reglas de Brasilia establecen la necesidad de promover la participación de las entidades de gobierno local por su proximidad con los territorios (Regla 88).

- Reforzar la autonomía y la independencia de la defensa pública, teniendo en cuenta que, en las causas judiciales que implican la concreción de políticas públicas, las partes demandadas y condenadas son actores gubernamentales. Así resulta fundamental reforzar la independencia y la autonomía de la defensa respecto de los actores políticos y, especialmente, de los judiciales. La defensa pública tiene un rol fundamental en la asistencia de los grupos más vulnerables, por lo cual sus intereses difieren de los grupos políticos y judiciales, y debe procurar entonces evitar toda identificación con tales estamentos. Ello, por cuanto las relaciones de clase que se establecen en este tipo de causas judiciales parecieran generar una identificación que debe ser administrada a fin de conjurar toda posible tergiversación de los derechos de los asistidos.
- Sensibilización y formación profesional (Reglas 93 y 94). Como hemos señalado en el anterior apartado, algunos operadores judiciales, por su formación, pero también por su propia percepción –por pertenecer a grupos so-

ciales diferentes a los grupos vulnerables–, generan mecanismos y prácticas que resultan desgastantes, cuando no violentas, para con las personas en condición de vulnerabilidad. Por ello, resulta fundamental la permanente formación de todos los operadores que trabajen en la defensa pública en causas que involucren a estos grupos, así como también la promoción de acciones que reviertan las prácticas burocráticas enquistadas y obsoletas y promuevan prácticas (como las que vimos en este trabajo) propias de una cultura organizacional orientada a la adecuada atención de los grupos vulnerables.

Considerar la dimensión social como fundamental en la “Causa Riachuelo”, al priorizar los aspectos que afectan a la población más vulnerable, supone asimismo repensar en profundidad los mecanismos institucionales establecidos a la hora de hacer efectiva la reparación judicial de dichos sectores, teniendo en cuenta su especificidad. Las brechas físicas, simbólicas e ideológicas existentes entre la población afectada y la esfera judicial configuran lógicas expulsivas que obstaculizan el acceso a la justicia, lo cual resulta determinante a la hora de lograr resultados efectivos en la ejecución de la sentencia, en términos de mejoras reales en la calidad de vida de los afectados que garanticen el cumplimiento de sus derechos sociales y ambientales. En este sentido, resulta fundamental la reflexión crítica acerca de nuestras prácticas institucionales, sus límites, sus obstáculos a la participación y las transformaciones necesarias para hacer efectivos dichos derechos.

Y en especial, desde la defensa pública, abogar por el efectivo cumplimiento de los alcances de la sentencia dictada

por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lidiando también con el acervo nocivo que deriva de los prejuicios de clase y las estigmatizaciones que, en buena medida, desde el desinterés y el desentendimiento, contribuyeron (y contribuyen aún) a perpetuar las gravísimas heridas infligidas a la población afectada, que debe ser resarcida y reparada por un daño de décadas, extensivo por varias generaciones.

De eso se trata.

Bibliografía

Abramovich, V. 2006. "Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera pública". En: H. Birgin y B. Kohen (comp.). *Acceso a la justicia como garantía de igualdad*. Buenos Aires: Editorial Biblos.

Aizenberg, M. 2011. "Los Perales y la gran leyenda negra que vivía en Mataderos". *Miradas al Sur*. Consultado: 18 de noviembre de 2014. <http://sur.infonews.com/edicion/165/sociedad>.

Birgin, H. y B. Kohen. 2006. "Introducción. El acceso a la justicia como derecho". En: *Acceso a la justicia como garantía de igualdad*. Buenos Aires: Editorial Biblos.

Fernández Valle, M. 2006. "El acceso a la justicia de los sectores en desventaja económica y social". En: H. Birgin y B. Kohen (comp.). *Acceso a la justicia como garantía de igualdad*. Buenos Aires: Editorial Biblos.

Fucito, F. 2002. *¿Podrá cambiar la justicia en la Argentina?* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Grimson, A. 2012. *Mitomanías argentinas. Cómo hablamos de nosotros mismos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Harvey, D. 2007. *Urbanismo y desigualdad social*. Madrid: Siglo Veintiuno Editores.

Merlinsky G. 2013. *Política, derechos y justicia ambiental. El conflicto del Riachuelo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Nogueira, J. M. y H. Schapiro. 2012. "Acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad". En: *Acceso a la justicia y grupos vulnerables*. La Plata: Librería Editora Platense.

Ossona, J. 2014. *Punteros, malandras y porongas. Ocupación de tierras y usos políticos de la pobreza*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Torres, H. y E. Marques. 2002. "Reflexões sobre a hiperperiferia: novas e velhas faces da pobreza no entorno metropolitano". *Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais*, 4.

Young, I. M. 1996. "Vida política y diferencia de grupos: Una crítica al ideal de ciudadanía universal". En: Carme Castells (comp.). *Perspectivas feministas en teoría política*, Barcelona: Paidós.

Jurisprudencia nacional

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Expediente M. 1569. X, caratulado: "Mendoza Beatriz Silva y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)".

CSJN. "Saladeristas Santiago, José y Jerónimo Podestá y otros v. Provincia de Buenos Aires". Fallos 51:274, del 14/5/1887.

Documentos de organismos nacionales

Agua y Saneamientos Argentinos (AYSA). 2009. *Estudio socioeconómico en villas y asentamientos*, vol. I, II, III, IV, Buenos Aires.

Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR). S/f. Consultado: 26 de septiembre de 2014. <http://www.acumar.gov.ar/institucional/37/mapa-de-la-cuenca>.

Convenio Marco "Acuerdo General para el cumplimiento del Plan de Urbanización de Villas y Asentamientos Precarios en riesgo ambiental de la Cuenca Matanza Riachuelo, Segunda y última etapa", firmado el 20 de diciembre de 2010 por todas las autoridades responsables de la ejecución de la causa "Mendoza" (Estado Nacional, la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires, la provincia de Buenos Aires, y los municipios involucrados).

Foro Ciudadano de Participación por la Justicia y los Derechos Humanos. 2008. *Informe sobre Villa Inflamable, Dock Sud, provincia de Bs. As.* Buenos Aires. Consultado: 26 de septiembre de 2014. www.derechos.org/nizkor/arg/doc/villainflamable.html.

Jurisprudencia internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Tibi v. Ecuador*, 7 de septiembre de 2004. Voto concurrente del juez de Sergio García Ramírez.

Documentos de organismos internacionales

Cumbre Judicial Iberoamericana, marzo de 2008. *Reglas de Acceso a la justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad* (Reglas de Brasilia). Acordada CSJN N° 5/2009. http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=76850&folderId=71898&name=DLFE-3124.pdf.

Instituto Blacksmith y Cruz Verde Suiza. 2013. *The Top Ten Toxic Threats: Cleanup, Progress, and Ongoing Challenges*. Nueva York. Consultado: 26 de septiembre de 2014. <http://www.worstpolluted.org/docs/TopTenThreats2013.pdf>.

Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

Seguridad social y mujeres. El caso de la licencia por maternidad para trabajadoras de casas particulares y otros desafíos en una agenda de seguridad social con mirada de género

María de la Paz Herrera

Abogada en la Comisión sobre Temáticas de Género de la DGN.

Rosalía Muñoz Genestoux

Abogada en la Unidad del art. 22 de la Ley de Salud Mental para Niños de la DGN; anteriormente del Proyecto Piloto de Asistencia y Patrocinio a Víctimas de Violencia de Género, dependiente de la Comisión sobre Temáticas de Género de la DGN.

I. Introducción

El Ministerio Público de la Defensa ha mostrado un fuerte interés y compromiso institucional para facilitar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Lo ha hecho no solo reforzando su tradicional misión en materia de defensa pública en casos penales y con la provisión de defensores gratuitos en supuestos de pobreza, sino que ha ampliado y redoblado sus esfuerzos para llegar a personas que por su situación socio-económica, su condición de salud, de género, su realidad migratoria o el contexto de encierro carcelario (entre otras), padecen fuertes condicionamientos para llegar a los tribunales y exponer reclamos jurídicos relacionados con la efectivización de sus derechos esenciales.

De este modo, la Defensoría General de la Nación ha desplegado diversas estrategias para sortear estas dificultades y posibilitar que grupos o personas que han mostrado se-

rias desventajas para ejercer de modo pleno y libre sus derechos puedan hacerlo a partir de un reclamo judicial asistido por profesionales pertenecientes a la institución.

El caso que se presentará es una muestra de una de las estrategias implementadas para lograr dichos fines: si se habla de la situación de mujeres trabajadoras de casas particulares y embarazadas, se debe observar que existe un contexto de vulnerabilidad potenciado por esas diversas variables.

El ser mujeres dificulta el acceso a la justicia en la medida de que el derecho tradicionalmente ha sido escrito, diseñado y aplicado bajo la perspectiva de los varones (Ministerio Público de la Defensa 2012, 7-8). Y aunque desde hace décadas se viene dando una reversión, en términos normativos, en favor del reconocimiento de las mujeres y el deber de tratarlas bajo el prisma de la igualdad y la no discrimina-

ción, existen aún muchas dificultades en cuanto a la garantía y efectividad de tales derechos.

Por su parte, la condición de trabajadora de casas particulares también es un aspecto a considerar si se tiene en cuenta que son empleadas sujetas, muchas veces, a esquemas de informalidad y desigualdad. Tanto es así que organismos internacionales y nacionales han advertido la situación de discriminación y de vulnerabilidad en que se desarrolla el trabajo en casas particulares, llegando a condiciones que no tienen paralelo en otras ocupaciones (cfr. Fondo de Población de las Naciones Unidas -UNFPA- 2006).

Una investigación desarrollada por la Organización Internacional Human Rights Watch en 20 países concluyó que los/as trabajadores/as domésticos/as se encuentran entre los más explotados y maltratados del mundo; y que mujeres y niñas -aunque no exclusivamente- sufren a menudo condiciones de trabajo que no cumplen ni remotamente con los estándares internacionales (cfr. Human Rights Watch 2009). Esto ya había sido identificado por el propio Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación al dar cuenta de los niveles de feminización, informalidad y segregación salarial que caracterizan a este sector económico; documentando, además, las características socio-demográficas de quienes participan en él (en general, mujeres sin escolarización o con niveles de escolarización básica e incompleta, migrantes y pertenecientes a clases socio-económicas desaventajadas) (cfr. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación 2005).

Por su parte, la situación de las trabajadoras domésticas en el ámbito nacional generó preocupación en el Comité de

la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW): en sus Observaciones Finales sobre los informes presentados por la Argentina en el año 1997 (cfr. ONU, Comité CEDAW 1997) ya llamaba la atención acerca de la necesidad de reglamentar las relaciones laborales de las empleadas del servicio doméstico; y en sus últimas Observaciones Finales al país, en el año 2010, instó a la Argentina a adoptar todas las medidas necesarias para proporcionar protección integral a los/as empleados/as domésticos/as (cfr. ONU, Comité CEDAW 2010).

Si bien el panorama normativo ha cambiado sustantivamente con el dictado del nuevo Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares, estatuido por la ley N° 26.844, aún permanecen vigentes ciertas deudas. Sobre todo, aquellas relacionadas con la plena vigencia de los derechos laborales reconocidos en dicha norma y la consecuente “informalidad” que todavía pesa sobre este sector económico.

Si a este marco se le suma una circunstancia que solo puede afectar a las mujeres, debido a su realidad biológica, la situación se complica aún más. Es que el embarazo es un momento muy particular en la vida de las mujeres no solo por los cambios físicos y psíquicos que se generan, sino por las expectativas personales y sociales que representa la llegada de un nuevo ser a una familia y en la vida de la mujer. De este modo, la experiencia del embarazo es única y las medidas a adoptarse durante ese período deben tener en cuenta las necesidades propias de las mujeres, y ser sensibles a sus particulares requerimientos psicofísicos.

Es necesario observar que la omisión de adoptar o ejecutar de un modo acabado aquellas medidas tendientes a proteger a las mujeres y respetar su situación durante esta etapa puede generar fuertes condicionamientos a la hora de decidir tener hijos/as, planificar la maternidad y familia (en el caso de que sea parte de su proyecto personal). De este modo, medidas que no se apliquen o que se implementen deficitariamente como un descanso anterior y posterior al parto, la cobertura social durante ese período y las disposiciones laborales orientadas a permitir un retorno paulatino al trabajo pueden significar un desconocimiento o la vulneración de los derechos de las mujeres, potenciada por la especial circunstancia del estado de embarazo y/o puerperal.

En este sentido, la Organización Internacional del Trabajo ha refrendado este tipo de argumentos al decir que:

El estado de embarazo, o de la posibilidad de un futuro embarazo de las mujeres en edad reproductiva, constituye una de las manifestaciones más frecuentes de la discriminación hacia las mujeres en el mundo laboral. Por ello, la construcción y el fortalecimiento de marcos legales que brinden protección a las trabajadoras embarazadas, así como el desarrollo de mecanismos que garanticen el cumplimiento de estas disposiciones legales es fundamental en aras de promover la participación laboral de las mujeres en igualdad de condiciones con los hombres (Organización Internacional del Trabajo s/f).

De acuerdo con lo expuesto, el caso “AMA” –tal como se verá a continuación– reunió y reúne aspectos de especial

relevancia para generar esfuerzos jurídicos en favor de la garantía judicial de derechos que, si bien están normativamente reconocidos, aún están pendientes en cuanto a su efectivización y pleno disfrute.

Por la relevancia que este caso ha cobrado para fortalecer las estrategias institucionales en pos de la garantía de los derechos fundamentales de los sectores más desaventajados y lograr la efectivización del derecho para AMA, y con el propósito de presentar no solo el caso mencionado, sino también de avanzar en otros campos que vinculen las cuestiones de género y los derechos sociales, se ponen a disposición algunas de sus líneas principales y se despliegan otros aspectos que pueden ser relevantes para pensar intervenciones jurídicas con perspectiva de género.

II. El caso “AMA”

II.1. *Las normas pendientes de implementación*

Como se expresó anteriormente, las trabajadoras domésticas tienen una mayor exposición a la informalidad laboral¹, y ello, inevitablemente, repercute en el acceso a los *beneficios* de la seguridad social, la cobertura sanitaria y en el disfrute de otros derechos que están “atados” a la registración del trabajo².

1 Hace una década el Ministerio de Trabajo señaló que el 94,5% del total de las empleadas del servicio doméstico no contaban con aportes jubilatorios. Luego de la reforma introducida en el 2005 por la Ley 26.063 –que permite al empleador deducir del impuesto a las ganancias los sueldos abonados a las trabajadoras del servicio doméstico–, la cantidad de empleadas registradas se incrementó de forma notable. No obstante, se estima que el 70% de ellas, para el año 2010, no estaban registradas (cfr. Foglia 2010).

2 Si bien en la actualidad, y desde hace bastante, los derechos de la seguridad social son considerados derechos humanos y, por esa razón, de-

Además de ser una ocupación típicamente femenina³, el empleo doméstico es una tarea relevante para el empleo feme-

ben reconocerse, interpretarse y aplicarse con criterios de universalidad, hay que señalar que tales derechos se originaron en las relaciones laborales individuales. Hacia fines del siglo XIX, y debido a la emergencia social y laboral producto de la Revolución Industrial, Alemania implementó los seguros sociales para situaciones particulares como accidentes del trabajo, invalidez, vejez y desempleo. Ello evolucionó al punto de cubrir lo que se denominan “contingencias” que abarcan eventos que exceden las relaciones laborales pasando a resguardar “contingencias sociales” como las enfermedades, la incapacidad para el trabajo, la muerte, la vejez, el desempleo y la construcción de la familia relacionada con el desarrollo del trabajo (para mayor información, cfr. Rodríguez Mazini 2000). Hoy por hoy, si bien los derechos de la seguridad social se entienden como propios de todas las personas, su disfrute está más generalizado entre las que poseen un trabajo formal, por lo que es todavía muy directo el vínculo entre el trabajo y los derechos de seguridad social como las asignaciones familiares, los seguros de desempleo o las pensiones por invalidez. Sin perjuicio de ello, en Argentina, deben valorarse las políticas tendientes a la universalización de tales derechos mediante la implementación de medidas como la moratoria previsional (que ha permitido que adultos/as mayores accedan a jubilaciones pese a no cumplimentar todos los aportes sociales durante su etapa activa, tal cual lo prevé la ley ordinaria), la jubilación anticipada (para quienes estén desempleados pero hayan cotizado los años requeridos para retirarse, según la ley N° 25.994) o la asignación universal por hijo (que da cobertura social a los hijos e hijas de personas desocupadas, que laboran en la economía informal o que perciben salarios inferiores al mínimo, vital y móvil).

3 El trabajo doméstico es una tarea laboral fuertemente femeneizada: es notable que quienes se ocupan de las tareas domésticas en casas particulares son en su mayoría mujeres, que pertenecen a grupos económicos desaventajados y que son en un gran porcentaje migrantes (Díaz, E. y Equipo, Centro de Estudios Mujeres y Trabajo de la Argentina –CEMyT– 2010, 5-11 y 17-19). Según un informe de la OIT, en la Argentina, en 2006 el 92,4% del total de trabajadores domésticos eran mujeres (cfr. OIT 2009). El mismo organismo ha documentado que globalmente, el 83% de los trabajadores domésticos son mujeres y que 1 de cada 13 asalariadas se desempeña como trabajadora doméstica, aunque la proporción es mucho mayor en ciertas regiones, como América Latina y el Caribe. Asimismo, ha ratificado que cerca de la mitad de las trabajadoras domésticas están en edad fértil, suelen tener niños pequeños o se quedan embarazadas mientras están empleadas (cfr. OIT 2013).

nino –en la Argentina, agrupa al 17,2% del total de mujeres ocupadas y al 22,7% del total de asalariadas de todo el país (cfr. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social 2004)–, desempeñada por mujeres adultas de bajo nivel educativo⁴ que ocupan la posición de jefas de hogar (cfr. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social 2004). Como tales, merecen la protección de la ley y de condiciones de trabajo dignas y equitativas (artículo 14 bis CN) sin perder de vista las necesidades y experiencias de sus trabajadoras.

Pese a la existencia de un nuevo régimen para las empleadas de casas particulares consagrado por la reciente ley N° 26.844, todavía se verifican tensiones en cuanto a su plena implementación. Prueba de ello ha sido la situación de AMA respecto del acceso a los derechos de la seguridad social para las trabajadoras embarazadas.

Sin embargo, no debe perderse de vista que antes de la vigencia de la citada ley existía un régimen legal para las trabajadoras domésticas muy cuestionable desde el punto de vista de los derechos laborales, la igualdad y la no discriminación, sobre todo si se lo comparaba con la situación de otros/as trabajadores/as dependientes.

En efecto, el decreto-ley N° 356/1956 era muy desfavorable en materia de extensión de la jornada laboral, descanso semanal y anual, preaviso, indemnizaciones y licencias. En particular, desconocía el derecho de las mujeres a gozar de una licencia por maternidad, pese a que se trataba y

4 El 79,8% cuenta solo con estudios de hasta secundaria incompleta (cfr. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social 2004).

trata de una actividad desarrollada de modo casi exclusivo por mujeres. Por su parte, la ley N° 24.714 regulatoria de las asignaciones familiares también marginó a las trabajadoras de casas particulares respecto de los derechos de la seguridad social por contingencias familiares (matrimonio, nacimiento, adopción, etcétera).

Hoy en día se está trabajando para revertir el paradigma asociado a la informalidad, la marginación de derechos y las inequidades en cuanto a las condiciones laborales que hacen a la dignidad de los/as trabajadores/as de este ámbito. Pero todavía persiste en la sociedad una tendencia a considerar el empleo doméstico no como un trabajo similar al que se realiza en otros espacios fuera del hogar y, por ende, a imaginar que el Estado no debe regularlo con un celo más riguroso que el que venía impuesto por el decreto-ley⁵.

Si bien el nuevo régimen ha sido un paso de inigualable calidad para revertir dicho paradigma y deconstruir tal imaginario, al momento del embarazo de AMA la ley no estaba reglamentada⁶, y esa fue una de las excusas de las

5 Este imaginario reactualiza las tensiones de las históricas dicotomías entre espacios públicos/privados y trabajo productivo/reproductivo, que han relegado al segundo término de cada uno de los binomios a las mujeres, reforzando los roles relacionados con la vida familiar, el cuidado del hogar y de sus integrantes, donde el Estado y la ley no tenían nada que hacer. Sobre este tema puede consultarse Pateman (1996, 31-52).

6 Recién el 1° de abril de 2014, justo un año después de la entrada en vigencia de la ley N° y 26.844, el Poder Ejecutivo dictó el decreto reglamentario N° 467/14. Este lamentablemente no avanza en asuntos clave sobre las condiciones, exigencias y demás requisitos que viabilizan la plena implementación de las licencias por maternidad con cobertura de la seguridad social, por ejemplo, en cuestiones de financiamiento de estas prestaciones, lo cual podría generar mayores dificultades en su acceso y pago.

que se valió la administración para permanecer indiferente frente a su situación.

II.2. El derrotero administrativo

AMA, consciente de su situación y de las normas vigentes, y sabiendo también el grado de exclusión que marcaba su actividad, inició un derrotero orientado a gozar de un derecho que ya estaba en las leyes, pero que hasta esa fecha no había podido ser ejercido por ninguna de sus colegas. Así –y con el acompañamiento de su empleadora que la había contratado años antes de acuerdo con los requerimientos legales que hacían de AMA una trabajadora registrada y de sus tareas un trabajo–, se comunicó con el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación para solicitar información sobre cómo podía acceder a su asignación por maternidad y, de este modo, contar con ingresos durante el período previo y posterior al parto⁷, del mismo modo que otras trabajadoras.

7 El título VIII de la ley 26.844 se refiere a la protección de la maternidad, y en el art. 39 reconoce el derecho a la licencia por maternidad con cobertura de la seguridad social en los siguientes términos: “Prohibición de trabajar. Conservación del empleo. Queda prohibido el trabajo del personal femenino durante los cuarenta y cinco (45) días corridos anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco (45) días corridos después del mismo. Sin embargo, la empleada podrá optar para que se le reduzca la licencia anterior al parto, que en tal caso no podrá ser inferior a treinta (30) días corridos; el resto del período total de licencia se acumulará al período de descanso posterior al parto. En caso de nacimiento pretérmino se acumulará al descanso posterior todo lapso de licencia que no hubiere gozado antes del parto, de modo de completar los noventa (90) días corridos. La empleada deberá comunicar fehacientemente su embarazo al empleador, con presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto o requerir su comprobación un médico del empleador. La trabajadora conservará su empleo durante los períodos indicados y gozará de las asignaciones que le confieran los sistemas de la seguridad social que le garantizarán la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal, todo de conformidad con las con-

Tras ser informada sobre sus derechos, le indicaron que debía presentarse junto con su empleadora en las oficinas de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS), organismo que administra el sistema de asignaciones familiares, para obtener información precisa e iniciar el procedimiento. Hacia allí se dirigió.

Fueron varias las ocasiones en las que AMA tuvo contacto con este organismo. En la primera oportunidad, quienes la atendieron le informaron, en muy malos términos y con un trato muy degradante, que las empleadas domésticas no tenían ningún derecho a cobrar porque la ley N° 26.844 no estaba reglamentada, por lo que no podía iniciar ningún trámite.

Tras volverse sobre sus pasos para ratificar si le asistía la razón en sus intenciones, buscó asesoramiento tanto en el Ministerio como en abogadas de la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación, e insistió ante la ANSeS. En esta ocasión, con mejores herramientas y afirmada en sus derechos, AMA –con una panza visible– discutió hasta lograr que una empleada se decidiera a darle información específica sobre el trámite que pretendía realizar. Sin embargo, esa empleada le advirtió que si bien se

habría dado la orden de “tomar los trámites de este tipo”⁸, no estaban creados los formularios predeterminados para canalizar estas solicitudes, ni se había adecuado el sistema informático para procesarlas.

Hubo otros tres contactos posteriores con la ANSeS para iniciar el trámite: recién en el tercer intento AMA logró que le tomaran el trámite, previa modificación del formulario de inicio debido a una disposición interna de la ANSeS, aunque le explicaron que no iban a poder ingresarlo en el sistema informático para procesarlo. Todo este *ida y vuelta*, y la incertidumbre sobre el resultado de las gestiones, lógicamente angustió mucho a AMA, incluso sabiendo que en caso de que no se lograra el cometido por la vía administrativa, podía lograrse por la judicial. En esas oportunidades, además, AMA no fue tratada debidamente y de acuerdo con su estado, ya que la dejaron en espera muchas veces, revisaron y cuestionaron los papeles que presentaba (todos organizados de acuerdo con lo que le iban pidiendo en cada ocasión), y le denegaron el inicio del trámite por formalidades o requisitos no solicitados, intentando, con esos artilugios, desgastarla y desalentarla en el cumplimiento de su objetivo.

La señora AMA nunca tuvo una respuesta sobre este

diciones, exigencias y demás requisitos que prevean las reglamentaciones respectivas. Garantízase a toda mujer durante la gestación el derecho a la estabilidad en el empleo. El mismo tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que la trabajadora practique la comunicación a que se refiere este artículo. En caso de permanecer ausente de su trabajo durante un tiempo mayor a consecuencia de una enfermedad que, según certificación médica se encuentre vinculada al embarazo o parto y la incapacite transitoriamente para reanudarlo vencidos aquellos plazos, la mujer gozará de las licencias previstas en el artículo 34 de esta ley”.

8 Mediante la Circular DAFyD 65/13 del 30/9/2013 se estableció un circuito manual y transitorio para la tramitación de las asignaciones como la reclamada, esquema que a la fecha fue totalmente ineficaz ya que por esa vía no se había otorgado ninguna asignación a ninguna mujer embarazada empleada del servicio doméstico. No obstante, la circular mencionada no suplía la actividad reglamentaria que le corresponde al Poder Ejecutivo Nacional (art. 99 inc. 2 de la Constitución Nacional) a los fines de esclarecer las fuentes de financiamiento de este tipo de asignaciones y las obligaciones y facultades de la ANSeS al respecto.

trámite por la vía administrativa, pese a haber hecho averiguaciones de todo tipo. Esto, sumado al avance de su embarazo y la proximidad de la fecha en la que debía dejar de trabajar, hizo que fuera acompañada nuevamente por la Comisión, ahora sí, para iniciar las acciones judiciales.

II.3. La estrategia judicial

Durante la fase administrativa, desde la Comisión se fue trabajando con AMA y con su empleadora no solo a los fines de acompañarlas en esta etapa, sino también para que esta fuera útil en el caso de tener que interponer un remedio judicial. En el supuesto que no se lograra la satisfacción del derecho en forma directa y oportuna por la Administración, se allanaba el camino judicial, ya que se contaría con medios de prueba que acreditaran el comportamiento estatal.

En paralelo, entonces, comenzaron las discusiones estratégicas para configurar el caso judicial. En este momento, se evaluaron el objetivo de la acción, la pretensión procesal y su objeto; también el tipo de acción y legitimación procesal; la procedencia de una medida cautelar para garantizar el derecho peticionado sin que el trámite del proceso pudiera frustrarlo; la prueba y su relación con la vía administrativa intentada.

El resultado de dichos debates concluyó en la configuración de una acción de amparo de tipo individual, en la medida que se encontraban vulnerados los derechos fundamentales de AMA relativos a la seguridad social y la protección

de la maternidad⁹. Ello a partir de una omisión estatal (falta de reglamentación e implementación plena de la ley) que obstaculizaba el ejercicio pleno del derecho (obtención en tiempo y forma de la asignación por maternidad, supletoria del salario durante el período de descanso obligatorio previo y posterior al parto). La pretensión, plasmada en el objeto de la demanda, fue entonces asegurar estos derechos, aunque el objetivo era mucho más ambicioso: no solo lograr que se declarara judicialmente la vulneración de los derechos de AMA y, en consecuencia, se ordenara a la Administración el cese de la conducta omisiva mediante el pago de la asignación peticionada, sino también obtener un precedente judicial de fondo que reconociera el derecho de las trabajadoras domésticas a gozar de un descanso por maternidad con cobertura de la seguridad social.

La pregunta que puede tener ahora el o la lectora es si realmente existe alguna diferencia entre la pretensión y el objetivo, y la respuesta es afirmativa. Como se dijo, el objetivo era más pretensioso, porque con él se buscaba visibilizar que las tareas que realizan las empleadas de casas particulares son un trabajo y, como tal, merece la protección laboral correspondiente mediante la efectivización de los derechos reconocidos; además, porque se

⁹ Reconocidos y protegidos por la Constitución Nacional -CN- (artículos 14 bis; 75 inc. 22, 1º y 2º párrafo e inc. 23); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC- (artículo 10.2); el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, artículo 9.2, aprobado por ley N° 24.658); la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW- (artículo 11); y en lo que respecta a las trabajadoras de casas particulares, la leyes N° 26.844 (artículo 39) y N° 24.714 (artículo 2º).

procuraba dar notoriedad a la situación de desigualdad que continuaba abrigando la falta de implementación de la ley en comparación con las trabajadoras dependientes de otras actividades; finalmente, porque el sustrato de la pretensión era poner en primera plana la marginalidad que envuelve a este sector laboral.

En definitiva, la acción judicial no solo se dirigía a resolver la situación particular de AMA, sino además a hacer ver que la suya era la misma que atravesaba otro montón de mujeres trabajadoras y, por ese motivo, era valioso llevar el caso a los tribunales como un modo de comenzar de desactivar las inequidades que aún vivencian, pese al nuevo régimen legal.

Con una sentencia de fondo, bien podía resolverse la situación particular de AMA, pero además podía instalarse en el plano jurídico un cambio de paradigma respecto del trabajo doméstico, la protección laboral y social de sus trabajadoras, y la necesaria intervención estatal para regularlo, como sucede en los demás trabajos.

Sin embargo, el caso de AMA, justamente por ser representativo de otras mujeres que podían estar atravesando el mismo contexto, traía consigo la discusión sobre la viabilidad de una acción colectiva. Esto devino en una ponderación de los puntos a favor y en contra que se podían tener de cara a la pretensión y al objetivo. En efecto, en caso de plantear una acción colectiva, el objetivo se potenciaría, máxime si se lograba una sentencia favorable; a contramano, surgían otras dudas: qué pasaría con la situación particular de AMA si se denegase el amparo colectivo

o si hubiera una cuestión de competencia¹⁰; cómo podría influir el trámite de la pretensión colectiva en la individual¹¹; en definitiva, ¿se corría el riesgo de demorar o perjudicar la satisfacción del derecho de AMA?

En consecuencia, se optó por una estrategia más discreta buscando la efectividad en el caso individual, sin renunciar a los objetivos, pero teniendo claras las posibilidades procesales. Por lo tanto, se puso todo el énfasis en la acción de amparo individual buscando la garantía del derecho de AMA y un precedente judicial favorable a los objetivos planteados, que en el futuro pueda hacerse valer judicial o administrativamente en otros casos similares.

Otro de los temas importantes fue la cuestión cautelar. Como es sabido, la acción de amparo es un proceso sumarísimo que debe tramitar de acuerdo con reglas especiales que atienden a la urgencia del reclamo. Si bien la ley N° 16.986 establece plazos específicos y abreviados para el cumplimiento de los actos procesales de parte y los resolutive, lo cierto es que la mora en su cumplimiento es

¹⁰ Debido a la materia y la competencia territorial (fijada por el domicilio de la parte demanda) la acción individual debía tramitar ante el fuero federal de la seguridad social; en cambio, la acción colectiva, en la medida en que estuviera orientada a la reglamentación y plena implementación de la ley, podía generar controversias en cuanto al fuero competente ya que, dada la materia y del sujeto demandado, había razones de peso para que tuviera que entender la justicia en lo contencioso administrativo federal.

¹¹ El hecho de que tramiten dos pretensiones conexas por un mismo camino procesal puede disparar ciertas incertidumbres sobre su gestión, sobre todo, frente a la carencia de regulación procesal en lo que respecta a las acciones colectivas y la baja experiencia judicial en su tramitación. Estos aspectos, sumados a la urgencia que presentaba AMA, pesaron en un modo determinante para la configuración final del caso.

una lamentable constante en los tribunales¹². Frente a esta tendencia, sumada a la naturaleza del reclamo y cómo el transcurso del tiempo podía incidir en el disfrute oportuno de los derechos por parte de AMA, junto con la acción se decidió interponer un pedido de medida cautelar innovativa. Ella estaba dirigida a que la ANSeS iniciara el pago de la

12 Es importante destacar que el fuero que iba a intervenir en el caso era el federal de la seguridad social con asiento en Capital Federal. Según información reciente, dicho fuero se encuentra completamente colapsado al punto de estar en riesgo su capacidad de dar respuestas efectivas y eficaces a quienes litigan en sus estrados (cf. Acordada N° 1/14 del 19/02/2014 de la Cámara Federal de la Seguridad Social de Capital Federal). Así, las estadísticas muestran que solo en el año 2013 ingresaron a primera instancia 75.713 demandas, mientras que a la segunda llegaron 45.619 expedientes; por su parte, los juzgados resolvieron 110.497 casos, mientras que la Cámara, 27.452. Asimismo, según los datos compilados por el Tribunal de Alzada, existe un importante nivel de litigiosidad en materia de seguridad social que se traduce en un incremento constante del número de juicios que se inician anualmente, sobre todo en reajustes previsionales. Por su parte, se da cuenta del colapso edilicio de muchas sedes del fuero y, a su vez, de la carencia de recursos humanos para canalizar el volumen de trabajo existente, la acumulación de trabajo pendiente, la imposibilidad de brindar un servicio de justicia apropiado para los litigantes, la puesta en peligro del personal judicial expuesto al hacinamiento y al atiborramiento de expedientes y la ausencia de espacios apropiados para guardarlos. Así, la Cámara del fuero elevó estas preocupaciones a la Corte Suprema, órgano que tomó nota de estas graves dificultades y puso en conocimiento de las instancias institucionales competentes para que se creen nuevos tribunales, se disminuya la litigiosidad en materia de seguridad social, se creen sistemas de resolución alternativa de conflictos, para que la Administración acate los lineamientos jurisprudencia en la materia decididos por la máxima instancia de interpretación y aplicación del derecho, la provisión de los recursos necesarios para atender los casos pendientes de resolución, etcétera (cfr. CSJN, Acordada 14/14 del 6/5/2014). Anteriormente, y como medida para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables, el mismo Tribunal interpretó que las apelaciones devenidas de procesos tramitados en la justicia federal con sede en las provincias debían ser resueltas por las cámaras federales con asiento en las provincias como mecanismo para descomprimir el tribunal de alzada con sede en Capital Federal (cfr. CSJN, “Pedraza Héctor Hugo c/ ANSeS s/ acción de amparo”, COM.766.XLIX).

asignación por maternidad antes del dictado de la sentencia, atento la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora que presentaba el caso¹³.

Otros dos puntos relevantes para la preparación del caso fue la constitución de la prueba y a quién se iba a demandar. En cuanto a lo primero, el recorrido de la fase administrativa ayudaba a la descripción de lo que se consideraba el hecho causante de la vulneración del derecho; además, la documentación colectada a los fines administrativos (que estaban de acuerdo con los requerimientos legales para el disfrute de la licencia) servía para probar el derecho de AMA. A su vez, con recurso al artículo 26 de la ley N° 24.946 de Ministerio Público y el decreto PEN N° 1172/03 sobre Acceso a la Información Pública, se petitionó a la ANSeS un detalle de las asignaciones por maternidad solicitadas por trabajadoras del servicio doméstico –otorgadas y denegadas– desde la entrada en vigencia de la ley¹⁴. En cuanto a

13 Ambos son los requisitos esenciales para otorgar una medida cautelar (al que se suma el ofrecimiento y satisfacción de una contracautela). La verosimilitud en el derecho indica la existencia de elementos jurídicos y fácticos fuertes que hagan presumir que la parte peticionante tiene a su favor razones de peso para realizar el reclamo de fondo; el peligro en la demora, por su parte, está vinculado al paso del tiempo y el impacto que puede generar la duración del proceso en la pérdida o frustración del derecho reclamado. En el particular, el inicio de la acción fue un mes y medio antes del comienzo del período de licencia, que coincidió, además, con el comienzo de la feria judicial de verano, por lo que era necesario contar con definiciones en el escaso tiempo que quedaba.

14 De este informe surgió que la ANSeS había recibido, al 29/10/2013, 71 solicitudes de asignaciones por maternidad de parte de trabajadoras de casas particulares: 13 fueron rechazadas por defectos de forma y las restantes 58 fueron correctamente iniciadas, aunque la Administración no informó cuántas de ellas habían sido resueltas favorablemente (pese a ser una de las consultas enviadas).

la parte demandada, sería la ANSeS en atención a su rol de administrador del sistema de asignaciones familiares (cf. ley N° 23.763 y decreto PEN N° 2741/91).

II.4. Argumentos esgrimidos en el caso

Tras el diseño de la estrategia comenzó a trabajarse en la redacción de la demanda de amparo. Para ello, se recurrieron a argumentos normativos sobre el derecho de las trabajadoras domésticas de gozar de una licencia por maternidad con cobertura de la seguridad social, sobre la base del marco jurídico mencionado¹⁵.

A su vez, se presentaron otras cuatro líneas argumentativas centradas en (a) la exigibilidad de los derechos económicos y sociales, (b) el trato desigual que continuaban sufriendo las trabajadoras de casas particulares en comparación con otras trabajadoras dependientes del sector privado debido a la falta de reglamentación y plena implementación de la ley, (c) la discriminación contra las mujeres en razón del sexo y (d) la afectación a la vida digna.

Respecto de (a) la exigibilidad del derecho reclamado, se adujo la conceptualización acerca de la operatividad de los derechos citando a los clásicos *leading cases* de la Corte Suprema “Siri” y “Kot”; así como los deberes estatales de garantía de los derechos humanos reconocidos normativamente (artículo 1 CADH) y las obligaciones que le corresponden al Poder Judicial (cfr. Abramovich y Courtis 2009, 9-10) como garante final de los derechos, para protegerlos

y salvaguardarlos frente a las omisiones o los actos lesivos provenientes la administración (artículo 2 CADH). Además, se puntualizó que la falta de reglamentación no es una excusa válida para incumplir con los deberes estatales citados y, con ello, generar una afectación de los derechos fundamentales de AMA. Para esto, se recurrió a la Convención de Viena de Derecho de los Tratados (1969), que en su artículo 27 estipula que respecto de sus obligaciones internacionales (como la devenida de la ratificación y jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos) el Estado no puede alegar su derecho interno para incumplirlas. En este sentido, aún la ausencia de reglamentación hace inexcusable la omisión estatal.

También se enfatizó en la paradoja en la que se encontraba AMA: por un lado, tenía el derecho/deber de no trabajar, ya que la ley le acordaba el período de descanso obligatorio por maternidad (con la consiguiente pérdida de salarios durante ese tiempo) y, a la par, no podía acceder a la asignación por maternidad que es compensatoria de esa pérdida salarial a causa de la falta de reglamentación de la ley que reconocía ese derecho/deber. Entonces, si bien estaba en una mejor condición jurídica que la anterior a la vigencia del nuevo régimen de trabajo para empleadas particulares; lo cierto es que estaba en una peor condición material, ya que ni siquiera podía trabajar por algún tiempo más hasta el parto o incorporarse al puesto antes de lo que prevé la ley: eso repercutía inexorablemente en la disponibilidad de ingresos pecuniaros para resolver las necesidades propias, de su grupo familiar y las extraordinarias devenidas del nacimiento de su hija. En esta línea, se argumentó que la falta de satisfacción del derecho a la asignación por maternidad implicaba un impe-

¹⁵ Véase nota al pie N° 9.

dimento *de facto* para la percepción de ingresos para afrontar las necesidades humanas más básicas.

En lo que respecta a (b) el trato desigual a las trabajadoras de casas particulares en comparación con otras trabajadoras dependientes del sector privado, se adujo que este se encontraba anclado en la omisión estatal de reglamentar e implementar la ley N° 26.844. Esto, en definitiva, generaba que ante igual situación (mujer, trabajadora dependiente, registrada y embarazada), a las empleadas domésticas se les imprimiera un tratamiento diferenciado (negación por omisión de la asignación por maternidad), y que eso ocurrió en los hechos porque, en la norma, ambas situaciones estaban bajo el mismo “paraguas” legal. Asimismo, se dijo que este tipo de situaciones contribuyen a reforzar la discriminación y la vulnerabilidad de estas trabajadoras, así como su marginación en el disfrute de los derechos laborales reconocidos.

Sobre (c) la discriminación en razón del sexo, dado que la concepción, el parto, el puerperio y el amamantamiento son eventos que afectan únicamente a las mujeres, porque su anatomía es la que está preparada para tales funciones biológicas, el hecho de que no se estuviera otorgando la asignación por maternidad significaba un trato inequitativo que no responde a las necesidades y vivencias de aquellas que pueden experimentar la maternidad gestante, ya que las mujeres trabajadoras domésticas eran las únicas perjudicadas por la falta de reglamentación e implementación de la ley que les reconocía el derecho. Es que, como sostiene el Comité CEDAW, “no es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. También deben

tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre la mujer y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado” (ONU, Comité CEDAW 2004, párr. 8). Si a esto se le suma que el trabajo de casas particulares es una tarea casi completamente feminizada, el patrón de desigualdad se refuerza por la multiplicidad de causas que contribuyen a la discriminación.

En último lugar, se planteó cómo la omisión en el otorgamiento de la asignación dañaba los derechos fundamentales relacionados con la vida digna¹⁶ de AMA, su grupo familiar y de su hija (d). En virtud de que la asignación por maternidad es una compensación supletoria del salario, tiene carácter alimentario, es decir, sirve para solventar las erogaciones básicas como el alimento, la vivienda, la vestimenta, las necesidades de salud y transporte, entre otras. No proveérsela la colocaba en una situación de vulnerabilidad socio-económica que impactaba en ella de un modo especial a causa del embarazo, un momento particular por sus fuertes implicancias físicas, psicológicas y sociales. Este período conlleva cambios y requiere cuidados especiales, tanto para la mujer como para la vida en gestación, durante el embarazo y con posterioridad a él, que demanda erogaciones extraordinarias que no podían ser solventadas dada la carencia de recursos. A su vez, ello la perturbaba más dado que era el único sostén económico del hogar (compuesto por su pareja, su madre y su hermana), y ello proyectaba consecuencias en el resto de la familia.

¹⁶ Reconocido en los artículos 11 CADH; art. 7.a.ii PIDESC y 4.e de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem do Pará), aprobada por ley N° 24.632.

II.5. El derrotero judicial

La acción se presentó a mediados del mes de noviembre de 2013¹⁷. Con dictamen favorable del fiscal respecto de la competencia y la admisibilidad del amparo, veinte días después el juez dictó la primera resolución. Si bien declaró admisible la acción y ordenó que la ANSeS presentara el informe circunstanciado del artículo 8 de ley N° 16.986 de Amparo contra el Estado Nacional, rechazó la pretensión cautelar debido a la coincidencia con el objeto de la acción principal, y dado que constituía un anticipo de tutela jurisdiccional, su procedencia debía apreciarse con prudencia. En relación con este punto, se presentó un recurso de apelación pidiendo la formación de un incidente para tramitarlo, de manera de no perjudicar el avance del expediente principal.

La apelación tuvo como gravamen que la resolución denegatoria de la medida cautelar cristalizaba la carencia de ingresos que por derecho le correspondían a AMA, lo cual afectaba a su vida digna y la de su grupo familiar a cargo. Para sustentar este agravio, se fundamentó que existían razones de peso para conceder la medida cautelar ligadas a que el derecho estaba reconocido normativamente y en el carácter alimentario de la asignación (verosimilitud en el derecho); en el acercamiento del período de prohibición de trabajo sin percepción de salarios y el parto y, con ello, la inminencia de la lesión del derecho (peligro en la demora); y en la necesidad de que el derecho de AMA no quede frustrado por la duración del proceso o que devenga abstracto por el paso del tiempo.

Se esbozó también que el juez de grado había incurrido en un supuesto de denegación de justicia por la falta de análisis del contexto fáctico del pedido cautelar, sobre la concurrencia de los requisitos que hacen a la procedencia de estas medidas y sobre su finalidad. Asimismo, se señaló que la coincidencia entre el objeto del amparo y la petición cautelar no es *per se* un obstáculo para su concesión, ya que no hay norma que avale esta posición por demás restrictiva. Es más, la ley N° 26.854 de Medidas Cautelares contra el Estado excluye expresamente a los amparos de la prohibición de objetos coincidentes¹⁸, sumado a la jurisprudencia de la Corte Suprema acerca de la viabilidad de este tipo de medidas¹⁹.

El recurso fue concedido, pero, como suele suceder, se demoró su elevación a la Cámara Federal de la Seguridad Social, lo que conllevó que el asunto fuera tratado durante la feria judicial, una vez que AMA ya se encontraba en el período de prohibición de trabajar. Fue necesario hacer un pedido de habilitación de feria judicial alegando la urgencia y gravedad del caso. A la par, continuó el trámite de la acción de fondo en la que la ANSeS petitionó una prórroga para evacuar el informe circunstanciado alegando la “complejidad del caso” y la “necesidad de contar con mayor información”. El juez le otorgó a la demandada 10 días hábiles más, período que, tras las notificaciones del caso, se cumplió hacia fin del mes de enero.

La Cámara Federal de la Seguridad Social en su composi-

17 Por sorteo la acción quedó radicada en el Juzgado Federal de la Seguridad Social N° 9, Secretaría N° 2, de Capital Federal, con el N° de expediente 75.945/13.

18 Ver artículo 19 de la ley N° 26.854.

19 CSJN, caso “Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf S.R.L. y otros”, Fallos: 320:1633.

ción de feria²⁰ resolvió recién el 20 de enero de 2014, haciendo lugar al recurso de apelación interpuesto por AMA y admitiendo la medida cautelar solicitada. Para así decidir, los jueces valoraron la letra de la ley, el cumplimiento de los recaudos legales para hacer uso de la licencia por maternidad, la inminencia de la fecha de parto y a AMA como único sostén del hogar, todo lo cual dio “cuenta de una grave vulnerabilidad socio económica [y] resultan suficientes para acreditar la verosimilitud del derecho invocada”. Adicionalmente, los magistrados tuvieron por acreditado el peligro en la demora y manifestaron que la ANSeS no podía excusarse del cumplimiento del derecho (asignación por maternidad), porque había dictado la circular interna DAFyD 65/13 para tramitar este tipo de casos.

La ANSeS fue inmediatamente notificada de la resolución cautelar. Aunque su representante se contactó telefónicamente con las letradas de AMA y se comprometió a urgir los arreglos administrativos para que ella pudiera cobrar lo antes posible, ello no sucedió en forma oportuna. Días más tarde, en el marco del informe circunstanciado de la ley de amparo, el organismo estatal expresó que se había procedido a liquidar la asignación por maternidad de AMA, sin manifestar fecha de pago, ni por el monto correspondiente. De esta forma, acreditó el “cese de la omisión lesiva”.

Las abogadas de la Comisión solicitaron una intimación a la ANSeS para cumplir con la medida cautelar e impugnaron la liquidación presentada porque el monto era inferior al

²⁰ La sala de feria que resolvió el caso estuvo compuesta por Nora C. Dorado, Bernabé L. Chirinos y Juan Carlos Poclava Lafuente, mediante la resolución interlocutoria N°1 del 20/01/2014.

que acuerda la ley²¹. Ante esto, la administración informó la fecha de pago y corrigió parcialmente la liquidación.

En definitiva, AMA pudo cobrar la primera cuota de la asignación²² recién el 17 de febrero, más de 10 días después del nacimiento de su hija, y a casi 45 días de haber dejado de trabajar, y por un monto algo inferior al que le correspondía. Si bien las letradas continuaron bregando judicialmente por la plena satisfacción del derecho, no insistieron en cuestionar la actuación de la ANSeS, sino que informaron que el pago no era total y solicitaron al juez que le ordenara a la demandada a que en el próximo pago se le adicionara el monto no abonado de la primera cuota.

A partir de esta petición, el juez abrió una etapa de traslados entre las partes y dejó la cuestión inconclusa: si bien el magistrado ha pedido a las partes que informen si se pagó el monto adeudado, aspecto que ha sido cumplimentado por la amparista, a la fecha el asunto reviste como estado procesal “autos a sentencia”, desde el 11 de abril de 2014.

Afortunadamente, la ANSeS sí parece haber tomado nota del error en la liquidación y los pagos de la segunda y tercera cuota fueron satisfactorios.

²¹ El artículo 11 ley N° 24.714 dispone: “La asignación por maternidad consistirá en el pago de *una suma igual a la remuneración* que la trabajadora hubiera debido percibir en su empleo, que se abonara durante el período de licencia legal correspondiente” (el destacado nos pertenece).

²² Téngase presente que la licencia (o prohibición de trabajo por maternidad) se prolonga por 90 días, lo que equivale a 3 meses de trabajo, por lo que la asignación se completa con 3 pagos consecutivos y mensuales, por un monto igual al salario bruto de la trabajadora.

Del *racconto* de la experiencia judicial en el caso de AMA, se pueden recoger aspectos positivos y negativos. Entre los primeros, se pueden enumerar la agilización de la acción durante la feria judicial y la sensibilidad que mostraron los/as funcionarios/as judiciales que dieron curso a las peticiones en esa etapa; la obtención de la medida cautelar y la consecuente satisfacción del derecho de AMA; la generación de un precedente y el estado público que tomó el caso a partir de su difusión en medios de comunicación (sobre todo gráficos), lo cual trajo aparejada la llegada de nuevas consultas de otras trabajadoras y empleadoras por el mismo asunto. Entre los segundos, se encuentran la ordinización del proceso de amparo dada por el juez de primera instancia, agudizándose sobre todo con posterioridad al dictado de la medida cautelar²³; el incumplimiento de los plazos procesales por parte de las autoridades judiciales²⁴; cierta insensibilidad (causada, tal vez, por la

sobrecarga de tareas) de los operadores/as jurídicos sobre el caso y en cómo el trámite judicial impactaba en la situación de AMA²⁵ y ciertos aspectos de la contraparte²⁶.

Los aspectos enumerados anteriormente deben medirse a la luz de los objetivos estratégicos trazados. Desde esta perspectiva, se ha alcanzado una de las principales me-

gando plazos a todas luces desproporcionados con la urgencia de los casos de amparo), lo que reflejaría una falta de entrenamiento para resolver este tipo de acciones del modo y con los tiempos que la ley determina. A ello se le adiciona que las prácticas judiciales son siempre las mismas, sin distinguir la naturaleza de los supuestos a resolver, lo que hace que se procese todo con estilos similares dando respuestas tardías o insuficientes, o incluso sin llegar a atender el problema, generando además un uso ineficaz de los recursos y realizando actividad jurisdiccional dispendiosa.

25 La falta de una sensibilidad adecuada a la naturaleza de los problemas sociales y personales en juego, a su vez, es un factor determinante para no generar herramientas creativas que permitan la resolución de los casos urgentes sin afectar los derechos de las partes. Esto es un desafío prioritario para los operadores judiciales que tienen a su cargo la resolución de los amparos y, por ende, la garantía de los derechos fundamentales.

26 ANSeS, en el caso de AMA, tuvo un comportamiento bastante errático: en la etapa administrativa, fue expulsiva, cuestionadora y no se mostró del todo abierta al derecho que ella reclamaba; tampoco facilitó su resolución. En la etapa judicial, mantuvo una conducta correcta, aunque poco “colaborativa” para cumplir a tiempo sus defensas. Así pidió prórroga para la presentación del informe circunstanciado por considerar complejo el caso (que bien podía calificarse como de “puro derecho”); y aunque no recurrió la decisión cautelar, mantuvo contactos extrajudiciales con las letradas de AMA, mediante los que se comprometía al rápido pago y más allá de las decisiones de la justicia, lo que solo se logró tras la notificación e intimación bajo los apercibimientos legales y a casi un mes de ese contacto. Lo que quiere referirse es que cuando se enjuicia a la ANSeS es altamente posible encontrarse con conductas procesales que, si bien no son ilegales desde el trámite judicial, son éticamente discutibles cuando lo que está en juego es una asignación de carácter alimentario para una mujer embarazada que, por mandato legal, no puede ni debe trabajar.

23 Ello se vio reflejado en los constantes traslados ordenados por el juzgado respecto de las peticiones que realizaba AMA sobre el monto de la asignación liquidado por la ANSeS, sobre las diferencias del monto abonado con respecto al que legalmente correspondía, sobre solicitudes orientadas a que el juez dicte sentencia frente a la persistencia de incumplimiento (aunque parcial) por parte de la ANSeS, etc. El proceso de amparo es claro al respecto: una vez que fue presentada la demanda, acompañado el informe circunstanciado por parte del Estado, si no es necesaria la producción de prueba, el juez queda en condiciones de resolver (sin más trámites ni dilación) debiendo dictar sentencia dentro del tercer día (artículo 11 de la ley N° 16.986). El juez, sin embargo, justificó este tipo de medidas diciendo que el derecho ya estaba protegido por la medida cautelar, como si, de ese modo, no hubiera urgencia en el caso ni necesidad de resolverlo en forma definitiva mediante el dictado de una sentencia de fondo.

24 Es de destacar que esto pudo haber sucedido, en gran medida, por el colapso que atraviesa el fuero, pero también por cierto acostumbramiento a tramitar los casos por vías y con rituales ordinarios (como practicar notificaciones sin habilitación de días y horas inhábiles u otor-

tas: que AMA gozara de su licencia de maternidad con cobertura de la seguridad social, lo que pudo conseguirse gracias a la medida cautelar otorgada por la Cámara Federal de la Seguridad Social; aunque la ANSeS demoró su cumplimiento, finalmente AMA pudo contar con la asignación que el derecho le reconocía.

Además, si bien hasta el momento no se ha dictado una sentencia de fondo, cuestión que se cree improbable a esta altura de los acontecimientos²⁷, se ha obtenido un precedente de un tribunal superior que ha dado cuenta del derecho de las trabajadoras de casas particulares a gozar de la asignación y ha reconocido el deber de la ANSeS de satisfacerlo. Este hecho no es menor de cara a otras consultas que se han recibido en la Comisión, en las que las trabajadoras domésticas han expresado que la ANSeS no les da respuestas cuando ellas se presentan a iniciar los trámites para obtener la asignación por maternidad.

Sin embargo, los aspectos destacados como negativos deben tenerse en cuenta si se tramitan otras acciones buscando la satisfacción de los derechos de la seguridad social, lo cual, en general, siempre se hará contra la ANSeS y, por lo menos, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, porque se litigará ante el mismo fuero. En este sentido, siempre es útil saber ante quién y en qué lugar se trabará la contienda a los fines de tener claras las posibilidades, expectativas y tiempo que insumirán los trámites judiciales.

²⁷ Lo más probable es que en algún momento el juzgado dicte una resolución declarando abstracta la acción por el cese de la omisión lesiva debido al pago de la asignación efectuado por la ANSeS.

III. Otras alternativas de litigio en seguridad social y derechos de las mujeres y personas pertenecientes a otros colectivos de la diversidad sexual

Este apartado está dedicado a tratar algunos supuestos en los que aún no se encuentra reconocido o debidamente garantizado algún derecho de seguridad social bajo el prisma de la igualdad y no discriminación por razones de género u orientación sexual. El objeto de esta sección, entonces, es mostrar la existencia de otras situaciones que implican (o implicaron) una vulneración de los derechos de seguridad social y exponer algunos argumentos jurídicos que podrían explorarse para desarticularlas. De este modo, no solo se comentarán casos que fueron o son materia de litigio exitoso en la garantía de los derechos sociales, sino que además se presentarán algunos caminos hasta ahora poco recorridos -o aún no indagados- en la fase judicial.

No obstante, se comenzará por un breve tratamiento de las recientes y confusamente llamadas “jubilaciones para amas de casa”: si bien suscitaron algunos litigios relacionados con los requerimientos establecidos en las normas para quienes ya cobraban beneficios previsionales (en general, pensiones por el fallecimiento del compañero de vida), parece más relevante poner el énfasis en el real alcance que tenía dicha medida y cómo su nombre pudo haberlo estrechado.

Luego se pasarán a abordar los casos de litigio exitoso en materia de derechos de seguridad social, tras lo cual se introducirán los supuestos menos trabajados (o aún no desarrollados) desde el litigio con perspectiva de género.

III.1. Las jubilaciones para “amas de casa”

Como se comentó previamente, el reconocimiento y la efectivización de los derechos de seguridad social en la Argentina ha formado parte de recientes políticas orientadas a la inclusión social de sectores socio-económicamente vulnerables, así como de las estrategias del modelo económico direccionadas al incremento y sostenimiento de la demanda de bienes y servicios como uno de sus principales motores.

En este entendimiento, se implementó una moratoria previsional para trabajadores/as autónomos/as (anclada en las leyes N° 24.476 y N° 25.865) orientada a que personas en edad de jubilarse, pero que no hubieran cotizado al sistema de la seguridad social el total de 30 años requeridos, pudieran acceder al beneficio mediante el pago en cuotas de los años no aportados. Para ello, existían algunos requerimientos como cierta edad, según se tratara de mujeres o de varones; que los períodos en los que no se hubiesen realizado los aportes previsionales fuesen anteriores al año 1993; y que, en total, los períodos cotizados normalmente y los abonados mediante la moratoria sumasen un total de 30 años.

Esta posibilidad de jubilación fue públicamente conocida como “jubilación para amas de casa”, pese a que podían incorporarse a esta moratoria no solo las mujeres que hubiesen realizado trabajos en el hogar, sino también las que hubiesen realizado tareas por cuenta propia sin hacer los aportes pertinentes, o bien varones en la misma situación. Incluso podían acoplarse todas aquellas personas que hubiesen realizado labores en la economía informal, siempre y cuando en todos los supuestos se cumplieran los requerimientos legales. Sin embargo, el mote fue más fuerte y

quedó incorporado al imaginario colectivo que esta alternativa solo estaba prevista para aquellas mujeres a cargo del cuidado del hogar y la familia.

A partir de esto, muchas mujeres que pudieron acogerse a los beneficios previsionales se autodesignaron “amas de casa” creyendo que solo bajo esa forma podían lograr su cometido y, con el mismo criterio, muchas que quisieron obrar lealmente, y tal vez por falta de información, pudieron verse autoexcluidas del acceso a la moratoria, porque no eran o habían sido “amas de casa”. Entonces, queda claro que el nombre dado a esta moratoria no es un tema menor si se considera que el modo en el que se comunicó públicamente esta decisión pudo haber limitado el verdadero alcance de la medida.

Más allá de estos señalamientos, acciones como las comentadas deben celebrarse, puesto que significan avances importantísimos en la universalización de los derechos de la seguridad social, permitiendo la inclusión de aquellas mujeres que realizaron la tarea fundamental de dar cuidado y soporte a las familias, reconociendo, de este modo, el valor económico de las tareas del hogar y el cuidado familiar. Pero, además, estas políticas favorecen que mujeres (y varones) que trabajaron durante toda su vida sin realizar todas las contribuciones previsionales puedan jubilarse y rompen, de este modo, con la injusticia que genera la informalidad laboral durante la vejez.

III.2. Parejas del mismo sexo y el acceso a prestaciones de la seguridad social

El litigio en materia de seguridad social y género ha cobrado mayor vigor a partir de los reclamos de parejas ho-

mosexuales para lograr el reconocimiento del derecho de pensión entre parejas de hecho y para el goce de las asignaciones familiares en el caso de matrimonios entre personas del mismo sexo.

En el primero de los supuestos mencionados²⁸, el caso llegó hasta la CSJN tras haber sido rechazado por la sala III de la Cámara Federal de la Seguridad Social, con el argumento de que las parejas homosexuales son (o eran) ajenas a la convivencia pública en aparente matrimonio que requería la ley N° 24.241 para extender el derecho a pensión a quienes se vinculan de hecho.

El pronunciamiento del máximo tribunal, ocurrido en junio de 2011, fue favorable a la concesión del derecho previsional para quien fuera pareja -por más de 40 años- del beneficiario fallecido. Para así decidir, tuvo en cuenta el objetivo protectorio de las normas sobre seguridad social y la naturaleza alimentaria de las pensiones, enfatizando la misión sustitutiva de estas medidas previsionales ante la carencia de recursos económicos genuinos tras la muerte de quien los proveía (consid. 4°).

A su vez, destacó que entre el peticionario y el fallecido mediaba una relación de dependencia económica mutua, lo que hacía más evidente la necesidad del peticionario de contar con prestaciones sustitutivas que le permitieran la supervivencia. Finalmente, expresó que en materia previsional debe mediar un criterio amplio para abarcar los lazos de solidaridad y asistencia que se establecen entre las personas de un

modo continuo y concreto para satisfacer sus necesidades materiales y que su finalización, por la muerte de una de sus partes, genera en la otra una afectación económicamente desfavorable derivada de la pérdida de ingresos (consid. 5°).

Lamentablemente, el Tribunal desaprovechó la oportunidad de explorar y expedirse sobre los problemas de igualdad y no discriminación que el caso representaba por tratarse de personas gays a las que no se les estaba reconociendo los mismos derechos, justamente, por su orientación sexual. Sin embargo, hay que mencionar que el fallo de Corte fue posterior a la entrada en vigencia de la ley N° 26.618 de reforma del matrimonio civil, con la que se avaló el matrimonio entre personas del mismo sexo (conocida como Ley de Matrimonio Igualitario, promulgada en julio de 2010); con lo que era políticamente incorrecto y desajustado desde el punto de vista legal que la CSJN fallara en otro sentido.

Cabe mencionar también que, ya en el año 2008, la ANSeS había dictado la resolución administrativa 671/2008, mediante la cual especificaba la posición institucional respecto de la interpretación que debía asignarse al art. 53 de la ley N° 24.241 sobre la procedencia de pensiones para la pareja de la persona fallecida en la medida que hubiera mediado convivencia en aparente matrimonio en pos de una aplicación extensiva a las parejas del mismo sexo. A pesar de esta disposición, como P.A. no logró la completa satisfacción de su derecho mediante esta normativa (ya que administrativamente solo se le reconoció el derecho a la pensión desde un año antes de su dictado), el caso avanzó judicialmente hasta que la propia Corte le otorgó el beneficio desde la fecha de muerte de su pareja.

²⁸ CSJN, caso "P.A. c/ ANSeS s/ pensiones", Fallos 334:829.

Si bien, como puede apreciarse, el asunto de las pensiones para parejas del mismo sexo (convivientes o legalmente casadas) es una cuestión jurisprudencial, legal y administrativamente zanjada, debe evaluarse la importancia de este precedente en la lucha por el reconocimiento de derechos de las personas pertenecientes al colectivo de la diversidad sexual y su impacto en el acceso de estos grupos históricamente discriminados e invisibilizados por el derecho a mejores condiciones materiales de vida.

El segundo de los casos citados versó sobre el otorgamiento de asignaciones familiares para un matrimonio compuesto por personas del mismo sexo, puntualmente, la asignación por matrimonio²⁹. En Bariloche, los cónyuges manifestaron que la ANSeS les había rechazado el acceso al derecho reconocido (cf. artículo 42 de la ley N° 26.618³⁰) en virtud de la carencia de los medios informáticos necesarios para procesar este tipo de solicitudes y de la interpretación literal de una disposición interna que mencionaba como beneficiarios de estas compensaciones a las

parejas heterosexuales (al remitirse a las antiguas normas civiles sobre matrimonio, las disposiciones administrativas quedaron desactualizadas).

Ante la omisión estatal de tomar las medidas necesarias para garantizar la prestación (adecuar los procedimientos informáticos y las normativas internas), los demandantes iniciaron una acción de amparo por discriminación por parte de la Administración que generó la imposibilidad de ejercer sus derechos. El Juzgado Federal de Bariloche ordenó a la ANSeS que efectivice el pago de la asignación por cónyuge para este matrimonio. Este fallo motivó que la ANSeS dictara la circular interna DAFyD N° 52/12, donde informó que se iba a proceder a la adecuación del sistema informático para poder procesar este tipo de solicitudes y que la nueva normativa sobre matrimonio igualitario hacía que el sexo de los cónyuges, desde ahora, fuera indiferente para requerir y otorgar estas asignaciones.

III.3. Hija divorciada por mutuo acuerdo e imposibilidad de gozar de una pensión tras el fallecimiento de su padre

Desde un análisis sobre las desigualdades jurídicas y, por ende, materiales a las que se ven expuestas las mujeres, se puede advertir el supuesto de la hija divorciada por mutuo acuerdo y su imposibilidad de gozar de una pensión tras el fallecimiento de su padre.

Este caso fue planteado judicialmente debido a que el Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires se negaba a pagarle a una mujer la pensión por el fallecimiento de su padre viudo y jubilado, basándose en que la actora se

²⁹ Juzgado Federal de Bariloche, expte. 18.982/12, “E.,P.J. c/ ANSeS s/ amparo”, sentencia del 13/4/2012.

³⁰ “Aplicación. Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo”.

encontraba divorciada por mutuo consentimiento³¹. La defensa de la hija del beneficiario fallecido planteó la inconstitucionalidad de la normativa provincial que establecía quiénes se encontraban legitimados para obtener dicha pensión.

El Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires apoyó su decisión (discriminatoria) en el decreto-ley 9650/80 que dispone, en su artículo 34, inc. 1. c:

En caso de muerte o fallecimiento presunto declarado judicialmente del jubilado o del afiliado en actividad o con derecho a jubilación, se otorgará pensión a las siguientes personas: [...] El beneficio de pensión será gozado en concurrencia con: c) Las hijas viudas y las hijas separadas de hecho o divorciadas por culpa exclusiva del marido que no percibieran prestación alimentaria de éste, todas ellas incapacitadas para el trabajo y a cargo del causante a la fecha de su deceso, siempre que no percibieran haberes en concepto de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que otorga la presente³².

31 El caso, luego de atravesar las instancias provinciales, se encuentra a consideración de la CSJN. El expediente está rotulado S.C.C. 1298, L.XLVII, “C., M.R. c/ Provincia de Buenos Aires s/ pretensión anulatoria”.

32 Esta norma establece una enumeración taxativa en la que menciona como beneficiario/a directa y en primer orden de la pensión al viudo/a o conviviente del fallecido/a y, en forma concurrente, a los hijos e hijas solteros/as y las hijas viudas que no percibieron otras prestaciones de seguridad social, siempre que fueran menores de edad (apartado a); también concurren las hijas solteras y viudas que hubieran convivido con el causante durante los 1) años anteriores a su deceso, que a ese momento tengan 50 años de edad y se encontraren a cargo del beneficiario/a siempre que no desempeñaren actividad lucrativa alguna, carezcan de bienes que pro-

Como se podrá advertir la norma implica una diferenciación entre las hijas del causante basadas en su estado civil o en el modo que adquirieron el estado civil que tienen. Así, según sean viudas, separadas de hecho o divorciadas por culpa del marido les corresponde la pensión, pero no les corresponde a las hijas que se encuentren divorciadas por mutuo consentimiento, lo que implica para las últimas claramente una discriminación en atención a la forma en que adquirieron su estado civil. Discriminación que resulta, a todas luces, irrazonable. Vale la pena recordar que el artículo 1 CEDAW dispone expresamente que las mujeres deben gozar de todos sus derechos fundamentales “independientemente de su estado civil”.

Por otro lado, se puede pensar cuál fue o pudo haber sido el fundamento del legislador para apartar del beneficio a las hijas que decidieron divorciarse por mutuo acuerdo. Preguntarse si esta diferenciación en el trato legal está justificada en algún criterio razonable o no hace más que perpetuar contextos de marginación de las mujeres (o de ciertas mujeres) en el goce de los derechos de seguridad social en condiciones de igualdad con otras.

duzcan rentas, y en caso de percibir haberes en concepto de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, optaren por la pensión que otorga esta norma (apartado b); luego se presenta el supuesto objeto de análisis y seguidamente otro que reconoce a los y las nietos/as solteros/as y a las nietas que no perciben otras prestaciones de seguridad social, fueron huérfanos de padre y madre y menores de edad (apartado d). En los siguientes incisos se prevé el caso de quienes tienen derecho a pensión si el beneficiario/a no tuviere cónyuge o conviviente: así se determina un orden de prelación con respecto a hijos/as y nietos/as; los padres y los hermanos/as en las condiciones que especifica la norma.

En línea con ello podría sostenerse que esta distinción de trato no hace más que alimentar estereotipos de género que colocan a las mujeres (o a ciertas mujeres) en situaciones de inferioridad, subordinación o cuasi incapacidad por el paso de un estado civil a otro (de casada a viuda o de casada a divorciada por culpa del marido); como contrapeso de esa presunta inferioridad, subordinación o cuasi incapacidad para hacerse de recursos económicos, se le reconoce una prestación social como es la pensión tras la muerte de su padre o madre. De esta forma, solo las mujeres concebidas *a priori* desvalidas por la viudez o el divorcio por culpa del marido pueden tener derecho a estas pensiones. Así, se traza una diferencia con respecto a aquellas que desafiaron el estereotipo y, en forma autónoma, han tomado la decisión respecto del modo en que quieren vivir su vida: divorciándose por mutuo consentimiento de su marido, y sin atribución de culpas o responsabilidades por la ruptura.

El punto no es extender el estereotipo de “desvalía” que viene caracterizando a las mujeres –supuestamente devenido de la ruptura del matrimonio (ya sea por la muerte o el divorcio)– al caso no contemplado por la norma, sino, más bien, demostrar cómo el estereotipo funciona para trazar inequidad de trato y, en consecuencia, relegarle a unas lo que se les da a otras en circunstancias similares. Porque, en definitiva, ¿cuál es la diferencia que coloca a las mujeres viudas o divorciadas por culpa del marido en una posición y a las que se han divorciado de mutuo acuerdo con su pareja, en otra? La respuesta, como se ha anticipado, podría estar no en la ruptura en sí del vínculo matrimonial (hecho, a todas luces, objetivo en todos los casos), sino en el modo en que unas y otras han alcanzado tal desvinculación

marital: las primeras, por hechos ajenos a su voluntad; las segundas, con su consentimiento libre, autónomo y legítimo. Entonces, la voluntad de las mujeres y su expresión en actos jurídicos concretos parecen merecer un reproche o pasan a actuar como catalizadores de situaciones jurídicas desfavorables: el castigo por romper un matrimonio en forma voluntaria consiste en la exclusión del derecho a pensión tras la muerte de sus padres.

La asignación o el uso de estereotipos como los comentados es discriminatoria y violenta la dignidad de las mujeres en la medida que, en base a características y roles prefijados, se las excluye del pleno goce de los derechos fundamentales. De este modo, se ha dicho que:

De conformidad con la definición de discriminación contra las mujeres del artículo 1 [CEDAW], ésta puede darse cuando una distinción, exclusión o restricción se hace con base en un estereotipo de género cuyo propósito es impedir o anular el reconocimiento, disfrute o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de las mujeres (Cook y Cusack 2009, 141).

Desde una perspectiva complementaria debe decirse que:

Una mujer puede verse lesionada cuando se le niega un beneficio a causa de la aplicación, imposición, o perpetuación de un estereotipo de género en una ley, política o práctica que no se corresponde con sus necesidades, habilidades y circunstancias reales. En tal caso, será tratada de acuerdo con una creen-

cia generalizada e impersonal o de una idea preconcebida que no la describe acertadamente (Cook y Cusack 2009, 78).

En síntesis, puede expresarse que la aplicación de este-reotipos como los comentados generan discriminación en el acceso al pleno y libre ejercicio de derechos de la seguridad social e igualdad³³, y que, a la par, se traducen en perjuicios concretos en cuanto a los beneficios materiales que tal ejercicio reporta.

Respecto de la resolución provisional del caso en análisis, según la Corte bonaerense, la situación planteada por la afectada no estaba contemplada en la norma, dado que la actora se había divorciado por presentación conjunta, y no por culpa exclusiva de su exmarido. La Dra. García Netto, procuradora fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, estableció en su dictamen de marzo de 2014 que

[...] la circunstancia de haberse divorciado por mutuo consentimiento -en lugar de por culpa exclusiva del marido- no parece tener ninguna relación con la pretensión de la actora de acceder a un beneficio previsual derivado del fallecimiento de su padre, en especial, teniendo en cuenta que no percibe alimentos por parte de su ex marido. [...] cabe recordar que, según la doctrina de la Corte Suprema, si bien las leyes pueden establecer diferenciaciones legíti-

33 Aquí se encuentran comprometidos los derechos constitucionales de seguridad social, igualdad y no discriminación, la protección de la familia y el derecho a la propiedad (cfr. artículos 14 bis, 16, 17, 18 y 75, incisos 22 y 23 CN).

mas, “el criterio de distinción no debe ser arbitrario o responder a un propósito de hostilidad a personas o grupos de personas determinados (Fallos: 229:428), o tratar desigualmente a personas que están en circunstancias de hecho esencialmente equivalentes (Fallos: 229:765)” (Fallos: 332:433, considerando 5°).

A la fecha³⁴, el caso está pendiente de resolución por parte del Máximo Tribunal, circunstancia que le da la oportunidad a la CSJN de tratar el asunto con una mirada de género y cimentar sus interpretaciones en temas de igualdad y no discriminación cuestionando el uso de categorías sospechosas como es el estado civil.

Con el objeto de brindar herramientas para la resolución de casos similares que puedan ser proyectados por la defensa, es destacable que el caso de la hija divorciada por mutuo acuerdo no hace más que mostrar las desigualdades formales que las leyes, aún en el siglo XXI, trazan y que deben, como en el caso, ser cuestionadas con planteos de inconstitucionalidad basados en los derechos de las mujeres, los problemas de discriminación normativa que todavía persisten en el sistema jurídico vigente y en el uso de este-reotipos de género.

III.4. Asignación Universal por Hijo y mujeres extranjeras: ¿es el plazo de 3 años de residencia en el país un requisito razonable?

En el año 2009, a partir del decreto N° 1602/2009, el Poder Ejecutivo Nacional incorporó a la ley de asignaciones fami-

34 Este trabajo terminó de escribirse en junio de 2014.

liares el Subsistema no Contributivo de Asignación Universal por Hijo para Protección Social (AUH). Esta consiste en una prestación monetaria no retributiva de carácter mensual, que se abona a uno solo de los progenitores, tutor, curador o pariente por consanguinidad hasta el tercer grado de cada persona menor de edad que se encuentre a su cargo y sin límite de edad cuando se trata de un hijo discapacitado.

El artículo 1 del citado decreto establece:

Incorporase como inciso c) del artículo 1º de la Ley Nº 24.714 y sus modificatorios, el siguiente texto “c) Un subsistema no contributivo de Asignación Universal por Hijo para Protección Social, destinado a aquellos niños, niñas y adolescentes residentes en la República Argentina, que no tengan otra asignación familiar prevista por la presente ley y pertenezcan a grupos familiares que se encuentren desocupados o se desempeñen en la economía informal”.

Asimismo, el artículo 6 del mismo cuerpo establece:

Incorporase como artículo 14 ter de la Ley Nº 24.714 y modificatorios, el siguiente: “ARTICULO 14 ter.- Para acceder a la Asignación Universal por Hijo para Protección Social, se requerirá: a) Que el menor sea argentino, hijo de argentino nativo o por opción, naturalizado o residente, con residencia legal en el país no inferior a TRES (3) años previos a la solicitud [...]”.

Como se observa en las normas citadas, el objetivo de la AUH es atender las situaciones de exclusión de distintos

sectores de la población que, por encontrarse desocupados u ocupados informalmente, no cuentan con los *beneficios* de la seguridad social como las asignaciones familiares previstas para quienes tienen un empleo formal.

Es decir, dicha asignación procura favorecer a los sectores desaventajados buscando poner en pie de igualdad a las hijas/os de dichas familias respecto de las hijas/os de los trabajadores que presten servicios remunerados en relación de dependencia en la actividad privada o pública.

Entonces, haciendo un análisis del objeto de la norma, se advierte que se trata de garantizar el derecho a la seguridad social a los grupos en situación de exclusión. Sin embargo, el decreto hace una distinción en los casos de niños extranjeros o hijas/os de extranjeros, para quienes la norma requiere la residencia 3 años antes del momento de solicitar la AUH.

Ahora bien, la política migratoria argentina se define a partir de lo establecido en la ley Nº 25.871 y su decreto reglamentario Nº 616/2010. La primera de las normas mencionadas establece los criterios de admisión y permanencia de los extranjeros en el territorio nacional: residencia permanente (artículo 22), residencia temporaria (artículo 23) y residencia transitoria (artículo 24).

Por su parte, la Dirección Nacional de Migraciones es el órgano de aplicación de las leyes migratorias y, por lo tanto, es quien exige a los y las migrantes la documentación personal y aquella que prueba su adecuación a alguno de los criterios de admisión previstos. Cabe aclarar que quienes son ciudadanos de los países miembros o asociados al Mer-

cosur³⁵ tienen un trato diferencial respecto de quienes provienen de otros países, sin que ello genere un menoscabo en materia de igualdad de trato entre extranjeros (artículo 28). Por ejemplo, ingresan directamente como residentes temporarios, y gozan de autorización para permanecer por dos años sin más requisitos (artículo 23, inc. I).

Sin embargo, la obtención de alguna de las modalidades de residencias implica un recorrido burocrático al que no todas las/los migrantes acceden y que es mucho más engorroso para quienes no son nacionales de países miembros o asociados al Mercosur. Ello, a su vez, se puede traducir en obstáculos para el ejercicio de otros derechos como a trabajar en forma legal y registrada, acceder a la seguridad social y a los programas sociales, tener documentación identificatoria válida, etcétera.

La pregunta que surge, entonces, es: ¿el plazo de 3 años de residencia que se impone a las extranjeras y sus hijos/as como requisito para gozar de la AUH es una exigencia razonable a la luz de los derechos humanos? En su caso, ¿cuáles serían los fundamentos para cuestionar tal norma por perjudicar a los hijos e hijas de las mujeres migrantes y, en consecuencia, a ellas también? ¿Existen acciones que puedan iniciarse para sortear esta disposición?

A fin de responder el primer interrogante, es importante señalar que la normativa que marca esta exigencia temporal es un decreto del Poder Ejecutivo Nacional que implica

35 Son miembros plenos del Mercosur: Uruguay, Paraguay, Venezuela y Brasil (además de la Argentina). Como asociados: Chile, Colombia, Perú, Ecuador, Guyana y Surinam.

una discriminación entre los niños y niñas cuyas madres y padres son argentinos y aquellos cuyas madres y padres son extranjeros, lo que establece un tratamiento desigual debido a la nacionalidad.

De todos modos, cabe hacer un razonamiento con respecto al tipo de derecho del que se habla cuando se refiere a la seguridad social y, entonces, preguntarse si se afirma que es un derecho humano porque implicaría una condición para su efectivización, como en el caso la residencia por más de tres años³⁶.

El artículo 9 PIDESC determina que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”. Sin embargo, a través del requisito de tres años de residencia, se desconocería este derecho a los hijos e hijas extranjeras de mujeres extranjeras, colocándolos en un plano de desigualdad respecto de los niños/as nacidos en el país o hijos/as de argentinos/as. Cabe destacar que, si bien la denominación de la AUH habla de “universalidad”, entendiéndola como la posibilidad de todo ciudadano/habitante de contar con dicha prestación, particularidades como la descripta dan cuenta de una lectura diferente del término, que torna discriminatoria a esta política pública a la luz de los principios de igualdad y no discriminación que enmarcan el reconoci-

36 Cabe destacarse que no es sencilla la obtención de la residencia definitiva en nuestro país, que implica una serie de trámites administrativos como el descripto en el caso AMA y que, en algunos casos, los migrantes no cuentan con los datos necesarios para hacer valer sus derechos, ni con la documentación requerida o para obtenerla necesitan peticionarla ante autoridades consulares o en su propio país, lo que insinúa gran cantidad de tiempo y dinero.

miento, la aplicación e interpretación de los derechos fundamentales devenidos de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional³⁷. En este sentido, se ha señalado desde un estudio de la Cepal y Unicef:

Cabe preguntarse, entonces, de qué se habla cuando se habla de universalidad en la AUH (o incluso en la AUE [Asignación Universal por Embarazo]). Lejos de la concepción tradicional de universalidad como aquellas que le otorgan cobertura ante los riesgos sociales a toda la población en base a su condición de ciudadanos/habitantes; desde el Poder Ejecutivo se hace a priori un uso del concepto más cercano a la universalidad dentro del objetivo [target], definido y/o a las políticas masivas, aun cuando en ambos casos no se alcance a toda la población con prestaciones homogéneas en términos cualitativos y cuantitativos (Pautassi, Arcidiacono y Straschnoy 2013, 23).

Los argumentos que se pueden utilizar para cuestionar el requisito de la residencia pueden enfocarse en analizar a quien está dirigida la asignación. Si, como se observa, el beneficio de la AUH es para los niños, niñas y adolescentes, de ningún modo cabría hacerlos perder (u obstaculizar el acceso a) dicho beneficio por un requisito que deben cumplir ambos progenitores migrantes.

³⁷ Pueden observarse situaciones análogas en los casos de hijos e hijas de personas privadas de su libertad que, por distintas razones, no perciben en general la AUH.

Entonces, y tal como se viene advirtiendo, hay una situación discriminatoria³⁸ que excluye a las hijas e hijos no argentinos de las personas migrantes de contar con la prestación AUH por el solo hecho de ser hijos e hijas de migrantes y de personas desocupadas o que trabajan en el mercado informal. Hay que enfatizar que ambas condiciones (migración y situación socio-económica) son circunstancias de vulnerabilidad que colocan a las hijas e hijos extranjeros de padres/madres migrantes al margen de la dignidad humana y la igualdad de oportunidades: por el hecho de la migración, probablemente asociada a la búsqueda de mejores posibilidades laborales y sociales y por el hecho de no contar con un empleo formal (tal vez por los problemas ligados a sus circunstancias de origen o por la burocracia para ordenar su situación jurídico-migratoria), en el primer caso, no pueden acceder a la AUH, ni a las asignaciones familiares, en el segundo caso. De este modo, las y los niños extranjeros, hijos/as de madres o padres migrantes, se encuentran en una profunda desventaja socioeconómica debido a los requisitos legales o a las condiciones materiales insuficientes, lo que los perjudica en el acceso a beneficios sociales e impacta negativamente en su entorno familiar primario.

³⁸ El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas definió a la discriminación como: “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”. ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General N°18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/•/, párr.7.

El Comité de Protección de todos los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares ha mostrado su preocupación por el alcance de la AUH destacando, en su Observación final 29 del año 2011, lo siguiente:

Si bien celebra el establecimiento de una asignación universal para los hijos de familias pobres en virtud del Decreto N° 1602/2009, el Comité observa con inquietud que, para que las familias migrantes puedan acogerse a esa prestación, los padres y el niño deben haber residido legalmente en el Estado parte al menos tres años, salvo que el niño sea argentino, en cuyo caso el requisito de residencia sigue siendo aplicable a los padres, que deben demostrar la legalidad de su residencia presentando su documento nacional identidad (DNI) para extranjeros (Pautassi, Arcidiacono y Straschnoy 2013, 25).

Dentro de las eventualidades de litigio de derechos de seguridad social con un enfoque de género, ante supuestos como los comentados se advierte la posibilidad de presentación de una acción de amparo en donde el niño/a junto con su madre migrante se presenten a denunciar la discriminación, basándose en los argumentos esgrimidos y exponiendo cómo la pobreza y la informalidad laboral están fuertemente asociadas a las mujeres³⁹ y en particular, a las migrantes y su impacto en el caso para perjudicar en el reconocimiento de derechos sociales que favorecen a sus hijos e hijas.

³⁹ Para conocer más sobre esta relación, puede verse el trabajo de Bravo (2000).

Si bien, como se puede apreciar, la AUH es una política pública de inclusión, no escapará al lector/a las situaciones de discriminación que se presentan, como es el caso de los hijos e hijas de mujeres migrantes.

III.5. Las deudas que restan con empleadas de casas particulares: las otras asignaciones familiares y la AUH

Es notable como, aun con los avances que se proponen en materia de seguridad social, se siguen produciendo situaciones de inequidad entre las empleadas de casas particulares y el resto de las trabajadoras registradas. Esto no hace más que cuestionar si el legislador ha pretendido o no colocar en genuino pie de igualdad a ambas clases de trabajadoras o si, por el contrario, dado el modo en que continúan reguladas las asignaciones familiares, ha buscado mantener las diferencias marginando a las trabajadoras particulares de un gran número de prestaciones sociales por contingencias familiares.

Esto es patente cuando se analizan, entre otras, las asignaciones familiares por matrimonio, nacimiento, adopción, hijos, hijos con discapacidad y ayuda anual escolar (artículo 6 de la ley N° 24.714⁴⁰) a las que pueden acceder las traba-

⁴⁰ “Se establecen las siguientes prestaciones: a) Asignación por hijo; b) Asignación por hijo con discapacidad; c) Asignación prenatal; d) Asignación por ayuda escolar anual para la educación inicial, general básica y polimodal. (Inciso sustituido por el art. 2° de la Ley N° 25.231 B.O. 31/12/1999); e) Asignación por maternidad; f) Asignación por nacimiento; g) Asignación por adopción; h) Asignación por matrimonio; i) Asignación Universal por Hijo para Protección Social. (Inciso incorporado por art. 4° del Decreto N° 1602/2009 B.O. 30/10/2009. Vigencia: a partir del 1° de noviembre de 2009); j) Asignación por Embarazo para Protección Social. (Inciso incorporado por art. 2° del Decreto N° 446/2011 B.O. 19/4/2011)”.

adoras registradas y no las trabajadoras de casas particulares. Estas asignaciones benefician a quienes se encuentran trabajando en relación de dependencia siempre y cuando se cumplan algunos requisitos.

Sin embargo, respecto de las trabajadoras de casas particulares, el mismo cuerpo legal establece en su artículo 2:

Las empleadas/os del Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares se encuentran incluidas en el inciso c) del artículo 1º, siendo beneficiarias de la Asignación por Embarazo para Protección Social y de la Asignación Universal por Hijo para Protección Social, quedando excluidas de los incisos a) y b) del citado artículo con excepción del derecho a la percepción de la Asignación por Maternidad establecida por el inciso e) del artículo 6º de la presente ley.

Facultase al Poder Ejecutivo nacional para que dicte las normas pertinentes a efectos de adecuar y extender a las empleadas/os de dicho régimen especial estatutario las demás asignaciones familiares previstas en la presente ley...

Es decir, en términos formales, se señala a las trabajadoras de casas particulares como trabajadoras dependientes, dado que prestan servicios para terceros, como lo hace una empleada administrativa, de comercio, etc.; pero, al momento de reconocer y hacer efectivos sus derechos de seguridad social, la misma norma las excluye (con la excepción de la asignación por maternidad), lo que genera

una evidente discriminación. De este modo, se reedita la diferencia de trato entre trabajadoras en relación de dependencia según el sector económico en que se desempeñen. Así, se perpetúa la marginalidad de este tipo de trabajos de cuidado que se realizan en el ámbito de los hogares, y que han sido históricamente consideradas como actividades no lucrativas y femeninas en contraposición a aquellas que implican una salida al mercado, rol asignado históricamente a los hombres. Esto genera una fuerte desventaja para el sector y para sus miembros que, como ya se dijo, está preponderantemente representado por mujeres.

Es aún más complejo comprender por qué a las trabajadoras de casas particulares, que son empleadas dependientes, remuneradas y registradas, se les reconoce el derecho a percibir la Asignación Universal por Hijo (AUH), que tiene su fundamento en la inclusión de grupos familiares que se encuentren desocupados o se desempeñen en la economía informal.

Entonces, y tal como surge de la letra misma de la norma, por un lado, se está excluyendo a las trabajadoras de casas particulares del goce de asignaciones familiares que el Estado le garantiza al resto de las trabajadoras en relación de dependencia; por otro lado, se las incluye junto a quienes no gozan de un empleo formal o se encuentran desocupadas, con lo cual se advierte un desfase o inconsistencia en las condiciones que hacen al reconocimiento y ejercicio de los derechos de seguridad social relativos a la familia en uno y otro supuesto.

Si bien pareciera intentar zanjarse la discriminación que existía antes del dictado de la ley N° 26.844 (de contrato

de trabajo para el personal de casas particulares), subsiste un trato diferenciado entre las trabajadoras de casas particulares y otras mujeres que desarrollan una actividad laboral en relación de dependencia. Esta diferencia no puede encuadrarse como razonable, porque las trabajadoras de cualquier sector laboral transitan las mismas contingencias y, por lo tanto, deben ser amparadas con medidas adecuadas y equiparables. De lo contrario, se estaría avalando la discriminación en contra de las trabajadoras domésticas.

Tal vez, podría pensarse que la razón del reconocimiento de la AUH para las trabajadoras particulares está vinculada con el financiamiento de las asignaciones, cuestión que, por ahora, no ha sido resuelta con respecto a estas trabajadoras. En la actualidad, los aportes sociales de estas empleadas están orientados a solventar la obra social y jubilación futura y los impuestos laborales, por lo que no hacen contribuciones para el sistema de asignaciones. Es decir que, en la medida que las contribuciones sociales del trabajo doméstico registrado no son destinadas aún al sistema de asignaciones familiares, estas trabajadoras quedan excluidas de estos beneficios con los alcances comentados. Esto, sin dudas, es un problema importante que debe ser abordado para poder garantizar iguales derechos a todas las trabajadoras. El segundo párrafo del artículo 2 de la ley N° 24.714, ya citado, se orienta en esa dirección.

De más está decir que el dictado de la ley que contempla a las trabajadoras de casas particulares como trabajadoras en relación de dependencia es un claro avance hacia el reconocimiento de la importancia y el valor económico que tienen las tareas de cuidado en el hogar, sin embargo, sigue siendo

necesario requerir al Estado acciones concretas en pos de evitar que persistan estas situaciones de discriminación.

Las herramientas legales están dispuestas: como se puede leer en la norma, el Poder Ejecutivo cuenta con facultades suficientes para extender dichas asignaciones a las empleadas domésticas. No obstante, la oportunidad de hacerlo hasta ahora fue desaprovechada, máxime si se tiene en cuenta que la reglamentación de la ley N° 26.844 pudo haber sido un buen escenario para avanzar en este punto.

Sin perjuicio de ello, los instrumentos procesales están a disposición para visibilizar las inequidades persistentes y para buscar removerlas, de modo de igualar a las trabajadoras en sus derechos laborales y de seguridad social más allá del ramo económico en el que se desenvuelvan.

III.6. Trabajadoras autónomas y monotributistas y el acceso a las asignaciones por maternidad

Las trabajadoras por cuenta propia (o dependientes⁴¹) que se encuentran adheridas a regímenes especiales de tribu-

⁴¹ Es una práctica muy extendida y conocida de que los empleadores “propongan” a sus trabajadores/as dependientes que se inscriban en estos regímenes para evitar el pago de las cargas sociales que corresponden a quienes se encuentran laborando bajo relación de dependencia. De este modo, se pauperiza el trabajo dependiente desde el punto de vista de la afectación o negación de los derechos laborales consagrados en la CN a los y las trabajadoras, y se genera un engaño al Estado así como un enriquecimiento sin causa para el empleador. Como se comentará seguidamente, el hecho de ser un trabajador o trabajadora autónoma o monotributista en relación de dependencia encubierta genera un impacto negativo en el disfrute de derechos como vacaciones y licencias con goce de haberes, indemnización frente al despido injustificado y acceso a prestaciones sociales como las asignaciones familiares, entre otras desventajas.

tación y seguridad social como son el “monotributo” (cf. ley N° 24.977) o “autónomos” (cf. ley N° 24.241 y su decreto reglamentario N° 1866/2006) presentan una situación bastante particular. Ellas se encuentran totalmente excluidas del sistema de protección familiar a través de las asignaciones familiares por maternidad, nacimiento, pre-natal, asignación universal por hijo y asignación por embarazo para la protección social (regladas por la ya citada ley N° 27.714).

Vale decir, que las mujeres que desarrollan sus profesiones, oficios o emprendimientos de manera autónoma, es decir, fuera de esquemas de dependencia laboral o empresarial, se ven completamente marginadas de la protección de la seguridad social en un momento crucial de la vida como es el fin del embarazo, el parto y el puerperio. Pese a que buena parte de las contribuciones que realizan en su carácter de inscriptas a esos regímenes en los períodos correspondientes constituyen aportes sociales, legalmente no se ven incluidas dentro del catálogo de beneficiarias de las asignaciones mencionadas.

Ello implica que las mujeres que trabajan de manera autónoma, o incluso aquellas que lo hacen bajo relaciones de dependencia encubiertas en formas contractuales no laborales, se ven imposibilitadas de tomar un descanso previo y posterior al parto para mantener sus fuentes de ingreso. Salvo que logren hacer unos ahorros previos o que encuentren resguardo económico en su pareja o familias, estas mujeres deben afrontar los costos de los días de improductividad, además de los propios de la llegada de un hijo/a.

Esta situación, a todas luces injusta, cristaliza opciones de hierro para las que prefieren (o solo pueden) laborar fuera

de estructuras tradicionales: ellas son impuestas por un esquema de seguridad social todavía desigual porque olvida a las trabajadoras autónomas o a las que se dedican al trabajo en el hogar. Entonces, las opciones de hierro para las trabajadoras autónomas o monotributistas frente a la maternidad son: (a) buscar un trabajo en relación de dependencia, aunque ello suponga coartar su horizonte profesional, de modo de lograr la protección social durante el embarazo y el post-parto; (b) desempeñarse en la economía informal, evitar hacer aportes sociales y tributarios, pero recibir la contención social durante esta etapa mediante la asignación por embarazo y la AUH; (c) sufrir las pérdidas y desventajas económicas por la improductividad durante el período de maternidad; o (d) arriesgar, posponer o renunciar a la maternidad por la necesidad económica de trabajar.

Este conjunto de opciones coloca a las mujeres que se desempeñan en forma independiente en una situación de vulnerabilidad económica si desean ser madres, pero además las pone en desventaja en cuanto al ejercicio de sus derechos⁴² frente a otras personas que se encuentran en sus mismas condiciones.

42 Así los derechos afectados son el desarrollo personal y del plan de vida (integrantes del derecho a la privacidad, art. 19 CN), a condiciones de trabajo dignas y equitativas (arts. 14 y 14 bis CN, art. 11.1.f) CEDAW), a no ser discriminadas por razones arbitrarias y a recibir un trato igualitario (art. 16 CN, arts.1 y 11 CEDAW; arts. 1.1 y 2 CADH; arts. 2.1, 2.2 y 3 PIDCP; arts. 2.1, 2.2 y 3 PIDESC), a gozar de los derechos de seguridad social (arts. 14 bis CN; 9 PIDESC; art. 22 DUDH) y a ejercer la maternidad bajo el amparo de la ley y de cobertura de la seguridad social (arts. 14 bis y 75.23 CN, 10.2 PIDESC; 11.2.b) CEDAW; 9.2 Protocolo de San Salvador –adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales–; art. VII DADDH; art. 25.2 DUDH).

La desventaja que sufren estas mujeres se manifiesta al comparar su situación con la de sus colegas dependientes, con las trabajadoras informales o desocupadas y, por supuesto, con sus colegas varones independientes. Con respecto a las mujeres trabajadoras en relación de dependencia, porque ellas tienen asegurada la asignación por maternidad, lo que no las expone a la pérdida de ingresos durante el período anterior y posterior al nacimiento. En lo que atañe a las mujeres desempleadas o que trabajan en la economía informal, ellas reciben asignaciones sociales especiales: asignación por embarazo para la protección social y, tras el nacimiento, la AUH; ambas son incomparables por su cuantía con las que corresponden a las trabajadoras dependientes, aunque es un ingreso económico al menos apropiado para cubrir algunas necesidades. En cuanto a los varones trabajadores por cuenta propia, ellos pueden ser padres sin dejar de ser productivos, sosteniendo sus ingresos y actividades sin ningún tipo de riesgo (como ya se vio, debido a la realidad biológica que coloca a las mujeres como las únicas con capacidad gestacional).

En definitiva, este punto revela una paradoja del sistema de seguridad social que consiste en que las mujeres desempleadas o que no están registradas como aportantes autónomas y se desempeñan en el mercado informal con ingresos similares a los de una trabajadora monotributista de las más bajas categorías reciben, sin embargo, la asignación se les desconoce como monotributistas y autónomas, quienes sí realizan aportes al sistema de seguridad social.

Las únicas mujeres que no gozan de las asignaciones por maternidad son las mujeres que trabajan de manera independiente (y también las dedicadas al trabajo doméstico), y aportan

al mismo sistema de seguridad social que las excluye de los beneficios que otorga a otras que no realizan contribuciones.

Con esto no se quiere decir que las mujeres desempleadas o las trabajadoras de la economía marginal no aportantes no deban recibir este tipo de beneficios o que no se les reconozca este derecho, todo lo contrario. Lo que se pretende es demostrar la inequidad e irracionalidad del sistema tal como hoy está normativamente diseñado e implementado.

Este esquema de exclusión se reactualiza en las demás contingencias familiares, lo que coloca a las mujeres trabajadoras autónomas en una clara desventaja a la hora de constituir su familia o de elegir un plan de vida relacionado con la maternidad y la familia. Si la protección del núcleo familiar es una de las políticas declaradas centrales en los esquemas modernos de seguridad social y derechos sociales, realizar distinciones o desconocer derechos por la modalidad de trabajo de sus integrantes implica prever diferentes tratamientos para las familias y, por ende, proteger a algunas y marginar a otras.

Por lo tanto, la inexistencia de un régimen que abarque a todas las mujeres o que los regímenes de seguridad social en cuanto a la maternidad continúen excluyendo a ciertos grupos resulta una clara violación a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres. Y, por ende, aquí existe una asignatura pendiente para la agenda de implementación de los derechos sociales bajo una mirada sensible a las necesidades y situaciones de las mujeres. También hay una oportunidad para buscar el reconocimiento de estos derechos mediante acciones judiciales

concretas que puedan abrir caminos para vislumbrar estas injusticias y generar vías para cambiarlas. Los argumentos presentados podrían ser útiles a esos fines.

IV. Reflexiones finales

Los casos reseñados muestran, desde una perspectiva sensible a la discriminación por razones de género u orientación sexual, las dificultades que aún existen ya sea para el reconocimiento de ciertos derechos de seguridad social o bien para su efectiva vigencia. De este modo, se han intentado plantear algunos de los desafíos actuales que podrían ser -o han sido recientemente- explorados en la búsqueda de la mayor efectivización de estos derechos a través del litigio judicial.

140

En este sentido, el litigio no es solo una herramienta de inigualable relevancia para visibilizar las inequidades que aún persisten en las normas, sino también las prácticas negativas que provienen de su implementación.

Asimismo, el litigio puede ser útil no solo para resolver la situación puntual de alguna persona o grupo familiar, sino que puede tener un impacto futuro en otras personas y en el colectivo que se encuentra afectado por la discriminación legal o fáctica. También puede constituir un paso fundamental para instar a la Administración a corregir las prácticas incompatibles con los derechos humanos comprometidos, o bien para modificar las normas en las que subsisten asuntos de discriminación en razón del género.

En cuanto a esto último, hay que destacar que varios de los casos mostrados han implicado un cambio de actitud

por parte de la Administración frente a las sentencias o decisiones judiciales adversas a su posicionamiento restrictivo de derechos, tal como se observa en los casos de “AMA”, “P.A.” y “E.P.J”. Aquí el litigio ha expuesto que el esfuerzo por el cambio jurídico fue posible gracias al recorrido judicial y al hecho de acercar a los tribunales problemáticas sociales concretas con argumentos sólidos arraigados en la garantía y la universalidad de los derechos sociales. A su vez, han mostrado el compromiso de ciertos/as operadores/as jurídicos por la operatividad de los derechos económicos y sociales, derribando uno de los discursos tradicionales sobre la no justiciabilidad de este tipo de derechos humanos.

Pero el valor de este recorrido no solo debe medirse desde una perspectiva legal, sino también desde una material: en este sentido, no debe olvidarse que las herramientas jurídicas utilizadas -y a utilizar- pueden ser el motor de políticas de inclusión y de redistribución de los recursos, capaces de posibilitar que más personas puedan acceder al disfrute de sus derechos y a la satisfacción de las necesidades que hacen a la vida digna.

Finalmente, debe decirse que el uso del derecho para combatir las desigualdades jurídicas también es un modo de combatir la pobreza asociada al género, empoderar a las mujeres y continuar la lucha en contra de la subordinación jurídica y material (sobre todo esta última) que aún merma la condición de ellas y de otros grupos vulnerables en razón de sus preferencias sexuales.

Bibliografía

Abramovich, V. y C. Courtis. 2009. “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”. En: C. Courtis y R. Ávila Santamaría (eds.). *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador.

Bravo, R. 2000. “Pobreza y desigualdad de género. Una propuesta para el diseño de indicadores”. En: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). *6° Taller Regional Indicadores sobre el Desarrollo Social*. Buenos Aires: CEPAL. Consultado el 27 de junio de 2014. <http://www.eclac.cl/deype/mecovi/docs/TALLER6/15.pdf>.

Cook, R. y S. Cusack. 2009. *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. Filadelfia: University of Pennsylvania Press.

Díaz, E., D. Trajtemberg y N. Goren. 2010. “Caracterización de la inserción laboral de las mujeres en el periodo 2003-2009. Informe N° 1”. Buenos Aires: Centro de Estudios Mujeres y Trabajo de la Argentina (CEMyT). Consultado el 27 de junio de 2014. <http://www.artemisanoticias.com.ar/images/FotosNotas/CEMyT%20INFORME%20N%201.pdf>

Foglia, Ricardo. 2010. “Cambios para el servicio doméstico”. *La Nación*. 11 de julio. Consultado el 25 de junio de 2014. http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1283077

Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA). 2006. *Estado de la Población Mundial 2006. Hacia la esperanza: Las mujeres y la migración internacional*. Nueva York: UNFPA.

Ministerio Público de la Defensa. 2012. *Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.

Pateman, C. 1996. “Críticas feministas a la dicotomía público/privado”. En: C. Castelles (comp.). *Perspectivas feministas en teoría política*. Buenos Aires: Paidós.

Pautassi, L., P. Arcidiacono y M. Straschnoy. 2013. *Asignación Universal por Hijo para la Protección Social de la Argentina. Entre la satisfacción de necesidades y el reconocimiento de derechos*. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y Unicef. Consultado el 26 de junio de 2014.

<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/0/50550/Proteccion-socialdeArgentina.pdf>

Rodríguez Mazini, J. (dir.). 2000. *Curso de derecho del trabajo y la seguridad social*. Buenos Aires: Astrea.

Documentos de organismos internacionales

Comité CEDAW (ONU), *Observaciones Finales sobre Argentina, año 1997*, consultado el 9 de junio de 2014. <http://www.acdh.org.ar/documentos/cedaw.htm>.

Comité CEDAW (ONU), *Observaciones Finales sobre Argentina, año 2010*, consultado el 9 de junio de 2014. http://www.defensachubut.gov.ar/userfiles/files/civil/informe_sombra_observaciones_cedaw.pdf.

Comité CEDAW (ONU), *Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal*, 30° período de sesiones, 2004.

Comité de Derechos Humanos (ONU), *Observación General N°18, No discriminación*, 10/11/89, CCPR/C/•/ 1989.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem do Pará), adoptada por la Asamblea General (OEA), A-61, 6 de septiembre de 1994.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General (OEA), resolución A/54/4, 6 de octubre de 1999.

Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), aprobada por la Asamblea General (ONU), Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.

Human Rights Watch, *Trabajo decente para los trabajadores domésticos: Recomendaciones dirigidas a los miembros de la OIT respecto al informe y el cuestionario sobre el derecho y la práctica*, 2009. Consultado el 22 de mayo de 2014. <http://www.hrw.org/es/news/2009/07/27/trabajo-decente-para-los-trabajadores-domesticos>.

OIT (Organización Internacional del Trabajo), *Mi familia también me necesita. Protección de la maternidad y medidas de conciliación entre trabajo y vida familiar para las trabajadoras y los tra-*

bajadores domésticos, Trabajo Doméstico, Nota de Información 6 (Ginebra, 2013), consultado el 26 de mayo de 2014. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_216942.pdf.

OIT, *No discriminación laboral de las mujeres y protección de la maternidad*, consultado el 26 de mayo de 2014. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san-jose/documents/publication/wcms_220027.pdf.

OIT, *Trabajo decente para los trabajadores domésticos, Informe IV (1), 2009*, consultado el 27 de junio de 2014. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_104703.pdf.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado por la Asamblea General (ONU), Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado por la Asamblea General (ONU), Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966.

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), San Salvador, Asamblea General - décimo octavo periodo ordinario de sesiones, 17 de noviembre de 1988.

Jurisprudencia nacional

CSJN (Corte Suprema de Justicia de la Nación), “Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf S.R.L. y otros”, *Fallos*: 320:1633.

CSJN, “C., M.R. c/ Provincia de Buenos Aires s/ pretensión anulatoria”, S.C.C. 1298, L.XLVII.

CSJN, “P.A. c/ ANSeS s/ pensiones”, *Fallos* 334:829.

CSJN, “Pedraza, Héctor Hugo c/ ANSeS s/ acción de amparo”, COM.766.XLIX.

Juzgado Federal de Bariloche, expte. 18.982/12, “E.,P.J. c/ ANSeS s/ amparo”, sentencia del 13/4/2012.

Juzgado Federal de la Seguridad Social N° 9, Secretaría N° 2, de Capital Federal, expediente N° 75.945/13.

Documentos de organismos nacionales

Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación. 2005. *Informe Diagnóstico sobre la situación laboral de las mujeres. Segundo trimestre de 2005*. Consultado el 22 de mayo de 2014. http://www.trabajo.gov.ar/downloads/biblioteca_estadisticas/toe03_05situacion-lab-mujeres.pdf.

Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación. 2004. *Situación laboral del servicio doméstico en la Argentina*. Subsecretaría de Programación Técnica y Estudios Laborales, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Consultado el 27 de junio de 2014. http://www.trabajo.gov.ar/left/estadisticas/descargas/toe/toe_03_06_servicioDomestico.pdf.

Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos originarios y su contenido

Andrés Reynoso

Secretario Letrado DGN, a cargo de la Defensoría ante los Juzgados Federales de la Provincia de Jujuy

I. Introducción

En la actualidad, no se ha llegado a una definición de pueblos originarios de utilización uniforme para la comunidad internacional, debido a la gran cantidad de pueblos indígenas que habitan en América y en el mundo. La falta de una definición cerrada no puede ser motivo para no reconocer los derechos humanos de los cuales resultan titulares.

Para James Anaya, los pueblos, naciones o comunidades indígenas constituyen grupos culturalmente diferenciados, enclavados en sociedades producto del imperialismo, la conquista y la colonización. Son indígenas porque tienen vínculos ancestrales con las tierras en las que viven o en las que desearían vivir, de manera mucho más profunda que otros sectores de población que viven en esas mismas tierras o junto a estas. Además, son pueblos en la medida en que constituyen comunidades con una continuidad de existencia e identidad que los vincula con las comunidades,

tribus o naciones de su pasado ancestral (Anaya 2005, 24). Esta definición contempla los elementos objetivos y subjetivos que utiliza el derecho internacional para determinar que un grupo humano constituye un pueblo indígena.

A partir del encuentro que tuvieron los pueblos originarios con los europeos en América, en un escenario desventajoso y de manera ininterrumpida, fueron logrando paulatinas conquistas en diferentes ámbitos. Consiguieron un importante nivel de reconocimiento internacional, en el año 1993, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas designó el “Año Internacional para las Poblaciones Indígenas del Mundo”¹; la incorporación de los derechos específicos en legislaciones domésticas e internacionales, y hasta en el diseño de políticas públicas por parte de los gobiernos. La Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Ori-

¹ Resolución 45/164 de la Asamblea General, 18 de diciembre de 1990.

ginarios de las Naciones Unidas (2007) es un instrumento en cuya elaboración participaron activamente miembros de pueblos indígenas de todo el mundo.

Este trabajo se limita a observar sucintamente la reacción del sistema judicial cuando los pueblos o comunidades indígenas intentan discernir sus derechos económicos, sociales y culturales (DESC) específicos. Aun sabiendo que el análisis no va a permitir realizar conclusiones definitivas aplicables a todos los procesos, sí podrá ser tenido en cuenta para determinar tendencias generales comunes en los litigios, considerando las formas y contenidos de las peticiones que se realizan, el proceso judicial en el que se involucran las comunidades, los elementos de prueba y la efectividad de las sentencias.

144

Los pueblos indígenas y el resto de la sociedad organizada de forma diferente, interrelacionados con otros elementos, conforman el Estado, estructura que establece la matriz en la que quedan determinados los derechos y obligaciones de la población en general y, simultáneamente, define los requisitos y elementos de las relaciones jurídicas que se generan entre sus habitantes. En consecuencia, al tener la potestad de regular los marcos de vinculación, en su actuar puede beneficiar o expulsar de la protección legal a determinados grupos de personas. Algunas comunidades originarias atraviesan por la última situación, lo que les genera la sensación colectiva de no pertenencia, agravada en la práctica por la omisión de efectivizar los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) respetando el principio de especificidad².

² El fundamento del principio de especificidad en los procesos judiciales en los que participan los Pueblos Originarios se relaciona con la calidad de un sujeto colectivo, otorgando al mismo, una serie de derechos y

La comunidad originaria puede optar por la instancia judicial para efectivizar sus derechos, la que consiste en procedimientos estandarizados –para el conjunto de la población–, en los que debe ingresar y transitarlos hasta su culminación.

Dentro del sistema judicial, intentar discernir derechos significa un desafío para la comunidad que acarrea grandes costos institucionales. Sus integrantes son conocedores de la desigualdad procesal que, como grupo históricamente desventajado, se ven obligados a superar. El objetivo principal es reivindicar sus derechos colectivos utilizando un sistema judicial no adaptado culturalmente, que estigmatiza a los indígenas y, consecuentemente, los revictimiza, dejando a la vista un acceso diferenciado del resto de la población, prevaleciendo, así, el paradigma de asimilación³.

Entre los deberes de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), establecidos en la Declaración y la Convención Americana, se encuentra el de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de derechos consagrados en estos instrumentos, lo que debe lograrse incluso adoptando medidas legislativas o de otra naturaleza necesarias para efectivizarlos (art. 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH–).

En la práctica, que el Estado no cumpla con esta manda

garantías extraordinarias que lo distingue del derecho civil común.

³ El paradigma de asimilación consiste en el diseño por parte de la sociedad dominante de regímenes administrativos, jurídicos, socioculturales relativos a los pueblos indígenas que tienen el objetivo de reprogramar patrones sociales, legales y culturales de estos pueblos en sintonía con la sociedad que los elabora.

internacional genera claras desventajas dentro del proceso judicial; se debe intentar disminuirlas proponiendo medidas positivas tendientes a equiparar la desigualdad real durante la tramitación del litigio.

En los procesos judiciales es común que se cuestione la legitimidad procesal de la comunidad para estar en juicio juntamente con la existencia de la misma.

La legitimación activa o pasiva de la comunidad suele ser impugnada en el proceso, por lo que aparece, como una medida necesaria, referenciar y acompañar los documentos que den cuenta que los órganos de gobierno de la comunidad, en uso de sus facultades y apoyados en el derecho de libre determinación, resolvieron estar en juicio y ser representados por una persona técnicamente idónea. La actividad, en este caso, es solicitada a las comunidades, que se ven en la obligación de dejar constancia escrita de sus decisiones internas, aunque no sea una práctica habitual en los pueblos originarios de las Américas.

El funcionamiento del sistema judicial no adecuado culturalmente tiende a empeorar la posición procesal de la comunidad, ya que se admite como incidencia el cuestionamiento de su existencia, aun en casos en los que se acompaña la documentación emitida por el Poder Ejecutivo nacional o provincial que reconoce la personería jurídica, conforme lo prevé el art. 75 inc. 17 de la CN.

Dar curso a un planteo sobre la existencia de la comunidad indígena -reconocida por un Decreto del Poder Ejecutivo- dentro de los procesos civiles y/o penales, vulnera garan-

tías elementales. En juicios similares, en los que litiga una sociedad comercial, constituida e inscripta en el Registro Público de Comercio (nacional o provincial) y que acerca su documentación a la causa, no procedería un planteo sobre su existencia. No cabría dentro del litigio principal una acción idónea para cuestionar una sentencia que conformó la sociedad comercial, ni el director del proceso admitiría la consulta a los socios fundadores respecto de los motivos que los llevaron a tomar la decisión de conformarla. Si algún profesional de la matrícula realizara los planteos mencionados, la pretensión no sería atendible en el procedimiento.

Sin embargo, cuando se trata de comunidades indígenas, permiten el ingreso al litigio de cuestiones de naturaleza jurídica variada, incluso aquellas que quedan fuera de la órbita de decisión judicial. Sabido es que no es materia justiciable evaluar la condición de indígena de una persona o grupo de ellas.

Aun en las sentencias que reconocen los derechos de las comunidades, se expiden sobre su existencia, aunque esta instancia administrativa se encuentre ya concluida.

Así, en la sentencia dictada por el Juzgado Civil, Comercial y Minería N° 5, Sec. 1⁴, se dijo:

4º) Que, ante todo, debe admitirse que los demandados pertenecen a una comunidad indígena porque, en un contexto que los avala, se autoidentifican como integrantes de familias originarias pertenecien-

4 Juzgado Civil, Comercial y Minería N° 5, Provincia de Río Negro. “Provincia de Río Negro c/ Valle, Nicolás y otros s/ Desalojo (Sumarísimo)”, Expediente N° 08392-09, 31 de octubre de 2013.

tes a la denominada Comunidad José Manuel Pichún (CJMP), la cual cuenta con el reconocimiento del Consejo de Desarrollo de las Comunidades Indígenas (CODECI) y del Consejo Asesor Indígena (CAI).

El juzgado interviniente tiene por acreditada la existencia de la comunidad indígena, a partir del reconocimiento realizado por los organismos estatales creados específicamente para ese fin (CODECI, CAI). Sin embargo, reafirma la existencia y dice:

Por ende, *la pauta fundamental es la autoidentificación, aunque por supuesto proclamada razonablemente en un contexto histórico que la justifique y sin pruebas que la desmientan*. Aquellas normas citadas sugieren justamente algunos elementos distintivos de ese contexto, como la *continuidad histórica* (es decir la descendencia de una población anterior a la conquista y la colonización), la subsistencia o intermitencia en un *hábitat común*, *la cultura propia*, *la lengua singular*, *los valores y tradiciones* específicos, etcétera. Una vez formulada y confirmada en esos términos la autoidentificación indígena, *pesa sobre quien la niega la carga probatoria de desvirtuarla demostrando fehacientemente los hechos invalidativos de tal condición* (artículo 377 del CPCCRN). (subrayado ajeno al original)

El sentenciante resuelve que, aun habiendo sido reconocida la existencia de la comunidad conforme al plexo normativo vigente y específico, podría aceptarse prueba para desvirtuarla en ese proceso, de acuerdo con las normas contenidas

en el código de rito. Dicha decisión, si bien es beneficiosa respecto del fondo de la cuestión debatida para la comunidad, deja un precedente que puede resultar perjudicial.

Si en el litigio se tuvo en cuenta la resolución del órgano administrador encargado de hacer el registro de las comunidades, el que verificó la presencia de los criterios objetivos y subjetivos que identifican a los pueblos indígenas, la vía para impugnar ese acto administrativo debería estar ajena al proceso principal. Este órgano judicial no es competente para verificar, nuevamente, si persisten las características que definen a la comunidad como tal o aceptar pruebas que la desvirtúen.

El avance procesal de estas incidencias mantiene en situación procesal desventajosa a las comunidades indígenas durante todo el proceso, consentirlas conlleva la necesidad de que la comunidad indígena demuestre su existencia, colocándoles nuevamente la carga de la prueba. No es suficiente que hayan presentado una serie de elementos de prueba (censos, mensuras, historia de la comunidad, despojos, ocupaciones de sus territorios, desplazamientos forzosos, etc.) ante el órgano administrador, sino que, si la parte con quien litiga lo solicita, la comunidad deberá volver a presentarlas y estar a las resultas de un nuevo evaluador.

Analógicamente, en todos los litigios podría cuestionarse la validez de la oblea o matrícula otorgada por los Colegios de Profesionales de los/as abogados/as intervinientes, solicitarle al director del proceso que verifique si cumple con todos los requisitos necesarios para la matriculación, las notas obtenidas en los exámenes y el programa del plan de estudios; finalizada la incidencia, discutir sobre el fondo de la Litis.

Uno de los desafíos procesales de los/as litigantes es evitar que se ventilen en juicio cuestiones que se encuentran probadas y documentadas conforme a derecho. Es un criterio guía cuestionarse que, si en el litigio interviniesen sujetos procesales distintos a las comunidades, serían aceptados similares planteos.

Cuando el objeto de la demanda consiste en lograr la efectivización de los DESC, es necesario tener en cuenta, al momento de peticionar, algunas características específicas y relacionadas con el derecho de los pueblos originarios.

Los reconocimientos de los DESC a las comunidades indígenas se iniciaron como medidas discrecionales de las autoridades públicas, situación que da cuenta de la vulnerabilidad en la que se encontraban, privados, incluso, de las acciones para reivindicarlos.

Las primeras demandas realizadas por las comunidades estuvieron siempre relacionadas con el reconocimiento pleno del derecho sobre sus territorios ancestrales; posteriormente, se extienden a la exigencia de otros DESC, que conllevan, como denominador común, el derecho a la participación.

Entre los diversos derechos que se exigen, quedan comprendidos el de la alimentación, educación, salud, preservación cultural, y se recurrió a diferentes medios de satisfacción condicionados por su adecuación histórica y cultural.

Es necesario reconocer el contenido específico y diferenciado que tienen los derechos antes mencionados en relación con las comunidades. Si se parte de un concepto

homogéneo y plural de satisfacción de derechos, dejando de lado las particularidades que determinan a un grupo de personas como indígenas, es probable que exista, en realidad, una expulsión del grupo indígena, aumentando, así, la situación de vulnerabilidad y empobrecimiento.

Gerardo Pisarello (2007, 51) sostiene:

[...] en los contextos sociales cada vez más multiculturales, el derecho de información, la libertad de expresión o la libertad ideológica constituyen herramientas importantes para participar en la delimitación del contenido de los propios derechos y de la propia diferencia, y para alejar los peligros tanto del relativismo extremo como de un universalismo arrogante o usurpador.

Por ello, es necesaria la utilización de diferentes herramientas, tendientes a describir el contenido de los DESC, cuya exigibilidad va a requerir la comunidad indígena.

Según Giorgio Agamben (2007, 7):

En la actualidad, cualquier discurso sobre la experiencia debe partir de la constatación de que ya no es algo realizable. Pues así como fue privado de su biografía, al hombre contemporáneo se le ha expropiado su experiencia: más bien la incapacidad de tener y transmitir experiencias quizás sea uno de los pocos datos ciertos de que dispone sobre sí mismo.

La posición descripta puede ser la de los/as operadores del

sistema legal encargados de canalizar las acciones judiciales. Entonces, si la preservación de las comunidades depende de generar los medios suficientes para garantizar la transmisión cultural de una generación a otra, de modo que se mantengan los elementos que la conforman como tal; claramente, es un problema transformar la necesidad de la comunidad en pretensión justiciable, ya que el ejercicio consiste en la interpretación lo más genuina posible de la realidad comunitaria.

Así, Ferdinand de Saussure sostiene que existe una tensión entre el sistema de la lengua y la realización concreta de los discursos o del habla. Dicha tensión significa que la lengua es, por definición, abstracta y normativa, mientras que el habla es, por definición, concreta, empírica y contingente. Sin embargo, una y otra están en dependencia recíproca. Ninguna lengua se mantiene como sistema vivo si no se realiza en la práctica a través de discursos concretos de los hablantes, y ningún discurso concreto es comprensible sin referencia a un patrón o norma. Ahora bien, si la gran mayoría de los pueblos y las naciones indígenas que se encuentran dentro de los límites geopolíticos de la Argentina no mantienen la lengua de origen, es aún más complicado realizar la adecuación de las pretensiones para la exigibilidad en un proceso judicial.

Mirar a la comunidad requiere de un enfoque integral y adaptado, según Wilhelm von Humboldt:

[...] el hombre, aprehende los objetos principalmente -de hecho, se podría decir exclusivamente, ya que sus sentimientos y sus acciones dependen de sus percepciones- como el lenguaje se los presenta. Según el

mismo principio por el cual devana el lenguaje fuera de su propio ser, él mismo se enmaraña en sí; y cada lenguaje dibuja un círculo mágico alrededor del pueblo al que pertenece, un círculo del cual no se puede salir sino saltando en otro (Bourdieu 2009, 43)⁵.

Entonces, es una petición adecuada aquella que parte del conocimiento de los sistemas culturales, sociales, religiosos, simbólicos, y de las reglas que existan en los pueblos o comunidades indígenas sumadas al uso de las estructuras de organización y poder que determinan una comunidad. De la consideración en conjunto de todo ello, dependerá si se mantiene el consenso durante el litigio, lo que permitirá la inclusión de los miembros de la comunidad y la de los/las operadores/as jurídicos. Para saber si existen estas estructuras de poder de la comunidad, es necesario un estudio de corte sociológico, antropológico y/o histórico adecuado o adaptado a la realidad de la comunidad.

Entender la estructura de los sistemas conlleva descubrir el funcionamiento de la comunidad, por lo que, habiendo tantas naciones y comunidades indígenas, es importante no enfocarlas como unidades universalizadas, sino trabajar con las particularidades de cada una de ellas.

Así, la apariencia de la homogeneidad de las comunidades podría llevarnos a peticionar sin tener en cuenta lo antes mencionado, creando un antagonismo entre lo que necesita la comunidad con lo que interpreta el/la operador/a

⁵ W. von Humboldt, *Einleitung zum Kawi-Werk*, VI, 60; citado por E. Cassirer, en *Sprache und Mythos Studien der Bibliothek Warburg*, Leipzig, VI, 1925; reproducido en Bourdieu 2009, pag. 43

jurídica; actividad que arroja, como resultado, mayor exclusión. No pueden exigirse derechos en forma abstracta, ya que el alcance de estos varía conforme a la diversidad de pueblos indígenas y el contexto que los determina o condiciona. A partir del reconocimiento normativo de los DESC en ordenamientos regionales y domésticos, las comunidades fueron conquistando su aplicación y respeto en grados diferentes, por lo tanto, algunas comunidades requieren la efectividad del contenido básico de un derecho, y otras, su contenido máximo.

A diferencia de otros sectores de la población, el contenido de los derechos de las comunidades respeta un estándar que tiende a que perduren en el tiempo y espacio, la movilidad del alcance del derecho no se contradice con la preservación de las características típicas de la comunidad. Se encuentran directamente ligados al derecho de preservar, como contraposición del derecho de destruir que plantean los emprendimientos extractivos.

Los bienes jurídicos protegidos por los derechos, dentro de las comunidades, tienen un impacto pasible de individualizarse y, a la vez, modifica lo colectivo. La pretensión de acceder a un sistema adecuado de salud, educación y seguridad puede originarse en un caso concreto, pero puede estar dirigido a resolver la situación del grupo.

Las percepciones aisladas de los/as operadores/as de justicia sobre el contenido de las pretensiones exigidas en juicio lleva a equívocos que dejan a la luz preconceptos y estereotipos de las personas que conforman las comunidades indígenas, subvalorando sus características.

Respetar el principio de diferencia propone que el fundamento de la exigibilidad de los DESC no se apoye en una comparación cualitativa o cuantitativa con los derechos reconocidos a grupos más aventajados.

Las pretensiones deben ser descriptas desde un punto de vista que concierna e interese a toda la comunidad. De esa manera, se logra eficazmente el reconocimiento del derecho y todos sus miembros se benefician en grado similar al poder promover cada uno, en condiciones de igualdad, sus fines. Por ejemplo, si se solicita la efectivización del derecho de acceder a la educación adecuada y adaptada a las pautas que definen a la comunidad –lo que indefectiblemente deberá ser diseñado por las estructuras jerarquizadas de orden comunitario–, se deben evaluar las medidas eficientes que preserven la seguridad, la salud, el trabajo de la comunidad en su conjunto y la de sus miembros.

Continuando con el ejemplo, y conforme con los datos suministrados por el INDEC (Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina), en septiembre de 2009, ocho de cada diez niños/as indígenas no concluyó el nivel secundario y el 30% no terminó el nivel primario; también informa que la tasa de analfabetismo en niños/as mayores de diez años es tres veces mayor que la media nacional (2,6%)⁶.

Con este escenario, diseñar el pedido de exigibilidad del derecho a la educación debe contemplar la conexión con los demás derechos mencionados. Las distancias que re-

⁶ Los datos fueron suministrados por la Encuesta Complementaria de Pueblos Indígenas (ECPI) del Indec.

corren los/as niños/as indígenas para acceder al establecimiento educativo agrava su estado de vulnerabilidad si no se acompaña con medidas que aseguren la integridad en general. En este contexto, la situación de las niñas indígenas es más desfavorable aún, ya que resultan víctimas de múltiples discriminaciones interseccionales, por ser mujeres, indígenas, empobrecidas. Estas son algunas de las consideraciones que hacen a lo que rodea al sistema educacional, lo que debe complementarse con lo interno, la adecuación y participación de la comunidad en el currículo, el dictado de las clases en lengua originaria, la formación y residencias de los/as docentes, el respeto de los ciclos climáticos, de siembra y culturales, la soberanía alimentaria de las comunidades; elementos que colaboran con la deserción escolar si no se tienen en cuenta. Lograr la accesibilidad sin las especificidades puede generar un impacto negativo en la comunidad indígena amenazando su pervivencia y la transmisión generacional de su cultura.

No existen instituciones procesales en los Códigos de ritos provinciales ni en el nacional que puedan ser efectivas para la aplicación concreta de las garantías constitucionales, tales como el debido proceso, defensa en juicio, igualdad de armas, con relación a los pueblos indígenas. Tampoco se encuentran institutos del derecho procesal que permitan que la autoridad judicial considere las particularidades que deberían ser tenidas en cuenta al momento de fallar en la causa. No adecuar el proceso equivale a reconocer tácitamente el incumplimiento del art. 2 de la Convención Americana, que obliga a los Estados a adecuar sus sistemas internos para la garantía de los derechos reconocidos en ella.

Es abundante y coincidente la jurisprudencia internacional, como así también los informes de situación emitidos por los mecanismos de protección de derecho internacional, respecto de las obligaciones de los Estados Partes. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostuvo:

El deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías⁷.

El no reconocer la igualdad (en la diferencia) de las garantías procesales para las comunidades indígenas es contrario al principio de no discriminación contemplado en el artículo 1.1 de la Convención. Así lo entendió la CIDH:

Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales⁸.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Serie C No. 284, párr. 180. Y Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 178.

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe El Derecho*

Por su parte, la Corte IDH sostuvo en su jurisprudencia:

[...] se debe recordar lo ya establecido por este Tribunal, con fundamento en el artículo 1.1 de la Convención Americana, en el sentido de que el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Según las reglas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la Convención Americana⁹.

El mismo órgano internacional, respecto del art. 2 de la Convención Americana, sostuvo:

El artículo 2 de la Convención Americana impone a los Estados partes la obligación general de adecuar su derecho interno a los estándares de la Convención, para asegurar el goce efectivo de los derechos que ésta consagra. La obligación de adaptar la legislación interna a la Convención Americana bajo el artículo 2 es,

a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114.

⁹ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni v. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 154.

por su propia naturaleza, una obligación de resultado. Los Estados deben, por ende, revisar sus leyes, procedimientos y prácticas para asegurar que los derechos territoriales de los pueblos y personas indígenas y tribales sean definidos y determinados de conformidad con los derechos establecidos en los instrumentos interamericanos de derechos humanos. Como corolario, los Estados están obligados a abstenerse de adoptar medidas legislativas o administrativas de carácter regresivo que puedan afectar el disfrute de los derechos territoriales de los pueblos indígenas¹⁰.

También en referencia a las formas, se dispuso que es una “[o]bligación por parte del Estado de adoptar medidas especiales y específicas de protección inherentes al Convenio 169 de la OIT”. La CIDH ha resaltado que sus Estados Partes deben:

[...] adoptar medidas especiales para garantizar a sus pueblos indígenas el goce efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin restricciones, así como incluir medidas que promuevan la plena efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones¹¹.

¹⁰ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 100. Corte IDH, *Caso Caesar v. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párr. 93.

¹¹ CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*, OEA/Ser./L/VII.110, doc. 52, 9 de marzo de 2001, Capítulo IX, párr. 13, Reproducido en Doc. OEA/Ser.L/VII.Doc.56/09 del 30 de diciembre de 2009. *Derecho de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales- Normas y Jurisprudencia del*

A modo de ejemplo, me referiré al aspecto probatorio del litigio, en particular a las dificultades que surgen en relación con la etapa procesal en la que se encuentre, mencionando los medios de prueba a los que se recurre frecuentemente.

Aplicando el principio de especificidad, los medios probatorios ofrecidos por la comunidad deben ser respetuosos de la particularidad indígena, aun cuando no estén contemplados en el código de ritos o no puedan encontrarse dentro de la estructura del poder judicial. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dictaminado que las disposiciones contenidas en el párrafo 17 del artículo 75 de la Constitución tienen carácter operativo y hacen efectivos los derechos contenidos en ese artículo, incluso en la ausencia de leyes nacionales o provinciales específicas¹².

Es tarea de los/as operadores/as del sistema legal proponer, durante la práctica de litigio, la adecuación del sistema judicial para garantizar la contienda en igualdad de condiciones, respaldados en una interpretación armónica entre la normativa constitucional, los fallos de la CSJN y los lineamientos que, a través de recomendaciones y sentencias, emiten los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, de modo tal que las resoluciones de los tribunales locales, superen el test de convencionalidad.

II. Los medios de prueba

La prueba pericial tendiente a demostrar situaciones es-

pecíficas dentro de las comunidades, debería ser realizada por personas con reconocida experiencia en la materia indígena, de lo contrario, el aporte probatorio será negativo para la pretensión que se busque.

Ahora bien, para poder realizar peritajes de esta naturaleza y que sean considerados por los directores de los procesos judiciales, el/la perito deberá acreditar y certificar su saber. Esta certificación queda a cargo de las instituciones del Estado que, a la vez, no contemplan la capacitación o certificación de los conocimientos indígenas, por lo tanto, los únicos habilitados por el Estado para peritar son foráneos a las realidades de las comunidades, y foráneo terminará siendo su informe.

Esta falta de adecuación para la incorporación de los elementos probatorios genera aún más desventaja procesal, si se tiene en cuenta que las naciones indígenas de Latinoamérica no se caracterizan por dejar testimonio escrito de sus culturas o estructuras de orden y poder, sino que existe el amplio reconocimiento de la transmisión oral de los lineamientos sociales, políticos y culturales. Incluso, la oralidad es utilizada para delimitar sus territorios ancestrales, recurriendo a los elementos naturales, como vegetación estacional, ojos de agua, valles, circuitos recorridos por animales, etcétera.

Al momento de solicitar el peritaje culturalmente adecuado, es necesario especificar el marco de referencia a tener en cuenta de acuerdo con el proceso en el que se lo requiera y según el derecho que se intenta satisfacer. Así, en el marco del proyecto regional “Discriminación por etnia y

Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

12 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Caso Comunidad Indígena Hoktek T’Oí Pueblo Wichí c. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentables”. Amparo, recurso de apelación, 8/09/2003.

género en las Américas: el caso de las mujeres indígenas”¹³, se propuso el marco de referencia para la generación de peritajes considerando lo que se ha denominado lente de triple fondo o enfoque tridimensional, integrado por:

a. *el marco de derechos reconocidos por el Estado* a las mujeres indígenas y a los pueblos a los que pertenecen; el que plantea el reto de pensar de manera más específica la integralidad de los derechos humanos cuando se concretan en una sola persona derechos individuales como puede ser la libertad reproductiva, la libertad de expresión o el derecho a vivir libre de violencia, con derechos sociales como el derecho a la salud, y con derechos colectivos de los pueblos indígenas como la autonomía, la participación, los derechos culturales –identidad, lengua, fiestas y tradiciones–. Derechos cuyo ejercicio o carencia se concretan en una sola persona.

b. *la perspectiva de género*, como categoría de análisis que permite identificar las desventajas históricas que viven las mujeres en el ejercicio de sus derechos, derivadas de los roles que socialmente les han sido atribuidos. Roles que, como las propias mujeres indígenas están reflexionando, también se han asignado al interior de los pueblos indígenas, generando una desigualdad similar a la que se expresa en las comunidades no indígenas. Además de

13 Formulación contenida, en el *Informe sobre discriminación de las mujeres indígenas en las Américas*, presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la audiencia celebrada el 28 de marzo de 2012 en su sede de Washington DC, durante su 144º período de sesiones. http://www.justiciayderechoshumanos.org.mx/documentos%20y%20publicaciones/Documento_audiencia%20_final_corr.pdf , página 6

ser responsables del trabajo reproductivo, participan en trabajos productivos y comunitarios, pero dicha participación no es considerada para el reconocimiento del derecho comunitario de tomar decisiones o de disponer de bienes y, en general, su acceso a los recursos es limitado (Méndez Lorenzo 2003).

c. *la perspectiva indígena* basada, en primer lugar, en la cosmovisión del pueblo o comunidad de la que son parte las mujeres indígenas, y en segundo lugar, en el marco de derechos colectivos de los pueblos indígenas. Esta perspectiva debe ser conocida e incorporada a toda acción, programa o política pública que se implemente, tomando en cuenta el derecho de autonomía de los propios pueblos¹⁴. Estos aspectos no pueden disociarse, ya que se correría el riesgo de realizar un acercamiento o análisis incompleto o parcial de la realidad vivida por los integrantes de las comunidades indígenas.

Cuando los integrantes más antiguos de la comunidad ofrecen prueba testimonial, ello motiva la impugnación por la contraria, ya que, al tratarse de un sujeto de derecho colectivo el que se encuentra en juicio y al ser sus integrantes

14 Este derecho fue reconocido por los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, al aprobar la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas*, que en su artículo 23 establece: “Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones”.

los que brindarían testimonio, se cuestiona la legitimidad e imparcialidad requerida en pruebas de esta naturaleza y no son consideradas al momento de resolver la causa. Por ello, el ofrecimiento debe ir acompañado de la justificación normativa y jurisprudencial necesaria para ser tenida en cuenta al momento de resolver.

La inspección ocular realizada por el órgano juzgador, cuando se ofrece como prueba debe estar pautada por la comunidad, mencionando las particularidades del caso y lo que se requiera observar, incluyendo las perspectivas a tener en cuenta. Es necesario, incluso, determinar el momento en el que la inspección se puede realizar, en relación con el dato que se desea relevar. La producción del medio probatorio, en estos casos, no puede quedar librado a la discrecionalidad judicial como en aquellos casos donde no son parte las comunidades.

~~En el Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en el mes de julio de 2012, James Anaya manifestó:~~

En general, los pueblos indígenas enfrentan varias barreras para acceder a la justicia, incluyendo barreras lingüísticas, culturales, económicas y de distancia. En particular, se ha reportado que la mayoría de los tribunales provinciales desconocen o no consideran debidamente la legislación nacional e internacional sobre pueblos indígenas, principalmente respecto de los derechos a las tierras y los recursos naturales.

Entre las preocupaciones que dieron base a las recomendaciones que se le realizó a Argentina, manifestó:

IV. Preocupaciones principales del Relator Especial:
20. Existe un número significativo de leyes y programas nacionales y provinciales en materia indígena. Sin embargo, se presentan una serie de problemas en relación con la implementación y garantía de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente en relación con sus tierras y recursos naturales, el acceso a la justicia, la educación, la salud, y otros servicios básicos.

En general, el Relator Especial observó la falta de una política adecuada que priorice y atienda la formulación e implementación de políticas públicas para efectivizar los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en la legislación nacional e instrumentos internacionales a los que la Argentina adhiere. Entre las recomendaciones realizadas al Estado Argentino, se encuentra:

81. Dada la jurisdicción concurrente entre el Gobierno federal y las provincias, el Gobierno federal debe tomar las medidas necesarias para garantizar la coherencia y la uniformidad de las disposiciones legislativas y de otra índole que adopten los gobiernos provinciales. Ello con el objeto de aplicar íntegramente las provisiones de la Constitución y de la demás legislación en materia indígena, conforme a los estándares internacionales. Este proceso debería ser llevado a cabo con la participación de los pueblos indígenas.

82. Se debe actualizar, en la medida necesaria, la normativa legal, incluyendo el Código Civil, el Código Penal, el Código Minero y otra legislación nacional y provincial relevantes, para que no sea contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional, la legislación federal o los estándares internacionales en materia de pueblos indígenas. En todo caso, las leyes vigentes deben ser interpretadas y aplicadas de conformidad con los derechos de los pueblos indígenas reconocidos.

Y se expide sobre el acceso a la salud, educación y recursos, en forma culturalmente adecuada.

III. Conclusión

El Estado argentino posee un plexo normativo amplio que reconoce los derechos de los pueblos indígenas. Se podría tomar como punto de partida a la Constitución Nacional desde la reforma de 1994, luego la ratificación del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, el voto en la Asamblea General de las Naciones Unidas a favor de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la ley 26.160 y sus modificatorias.

Ahora bien, para la real efectivización de los derechos de los pueblos indígenas es necesaria la aplicación en la práctica de la vasta normativa vigente, como así también el diseño, aplicación y control de las políticas públicas, respetando un amplio grado de participación de los pueblos indígenas.

La imposibilidad del Poder Ejecutivo de reconocer a las comunidades indígenas como sujeto de derechos colectivos

y efectivizar sus pretensiones, de un modo transversal, con los principios del derecho propio y mediante la aplicación de políticas públicas adecuadas culturalmente; impulsa a las comunidades a solicitarle al órgano jurisdiccional que ordene las prestaciones solicitadas.

Se genera un corrimiento desde el órgano principalmente obligado al diseño, aplicación y control de las políticas públicas hacia el interior de la órbita del Poder Judicial. Esta situación genera una fricción entre los poderes del Estado. En todos los casos relacionados con la efectivización de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales, los/as operadores/as del sistema judicial deberán realizar previsiones económicas y financieras, situación que sigue generando la exclusión de las comunidades del ejercicio práctico de los derechos protegidos.

Es ardua la tarea de los/as operadores del sistema legal, ya que las demandas o procesos judiciales en los que se intervienen en defensa de los derechos de los pueblos indígenas, concluyen siendo litigios de alto impacto y, por lo tanto, con ese concepto deben desarrollarse, coadyuvando al diseño de las políticas públicas adecuadas culturalmente, sin dejar de estructurar las pretensiones y sus justificaciones de cara a dirimirlos en los organismos de protección internacional.

Bibliografía

Agamben, Giorgio. 2007. *Infancia e historia*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo.

Anaya, James. 2005. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Editorial Trotta.

Bourdieu, Pierre. 2009. *La eficacia simbólica. Religión y política*. Buenos Aires, Editorial Biblo.

Courtis, Christian. 2006. *Observar la ley. Ensayos sobre la metodología de las investigaciones jurídicas*. Madrid: Trotta.

Méndez Lorenzo, 2003. *Perspectiva de género desde la cosmovisión indígena; Investigación realizada en comunidades indígenas de Chiapas y Oaxaca, en proyectos apoyados por Pan para el Mundo en México: Brot für die Welt (Pan para el Mundo) y Xilotl Servicios Comunitarios, A. C., citado en el http://www.justiciayderechoshumanos.org.mx/documentos%20y%20publicaciones/Documento_audiencia%20_final_corr.pdf pagina 6.*

Pisarello, Gerardo. 2007. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta.

Jurisprudencia internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Serie C No. 284.

Corte IDH. *Caso Caesar v. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123.

Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

Documentos de organismos internacionales

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. OEA/Ser./L/VII.110, doc. 52, 9 de marzo de 2001, Capítulo IX, párr. 13, Reproducido en OEA/Ser.L/VII.Doc.56/09, de 30 de diciembre 2009. *Derecho de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales- Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*.

Consejo de Organizaciones Aborígenes de Jujuy (Argentina), la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), la Coalición de Mujeres Unidas rumbo al Desarrollo (México), Mujeres Indígenas de Quebec (FAQ) (Canadá), la Clínica Internacional de Defensa de los Derechos Humanos de la Universidad de Quebec (Canadá), Derechos y Democracia (Canadá), Abogadas y Abogados para la Justicia y los Derechos Humanos (México). *Informe sobre discriminación de las mujeres indígenas en las Américas*, presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la audiencia celebrada el 28 de marzo de 2012 en su sede de Washington DC, durante su 144º período de sesiones. http://www.justiciayderechoshumanos.org.mx/documentos%20y%20publicaciones/Documento_audiencia%20_final_corr.pdf

Organización de las Naciones Unidas (ONU), Resolución 45/164 de la Asamblea General, 18 de diciembre de 1990.

Jurisprudencia nacional

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Caso Comunidad Indígena Hoktek T’Oi Pueblo Wichí c. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentables”. Amparo, recurso de apelación. C. 454. XXXIX, 08/09/2003

Juzgado Civil, Comercial y Minería N° 5, Provincia de Río Negro. “Provincia de Río Negro c/ Valle, Nicolás y otros s/ Desalojo (Sumarísimo)”, Expediente N° 08392-09, 31/10/2013.

Rigor formal versus la eficacia del tiempo y el derecho

I. Introducción

El caso que vamos analizar vincula el derecho de acceso a la justicia, la procedencia, la viabilidad del recurso de amparo y la arbitrariedad, cuando lo que se peticiona es un derecho humano fundamental como los contenidos en la Convención de los Derechos del Niño¹, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad² y la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación de las personas con discapacidad³.

Originalmente, en los autos: “Recurso de hecho deduci-

1 Ratificada por el Estado argentino mediante Ley N° 23.849 e incorporada al bloque internacional de orden público del art. 75inc. 22 de la Constitución Nacional Argentina en la reforma constitucional de 1994.

2 Aprobada por la Asamblea General de la ONU el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por el Estado argentino —mediante la Ley N° 26.378 sancionada: mayo 21 de 2008, promulgada: junio 6 de 2008—.

3 Ley N° 25.280.

María Graciela Iglesias

Docente de grado UNMdP. Docente de posgrado UNLA, UNR, UNC, UBA, UP. Docente Diplomatura Internacional en Capacidad Jurídica y Discapacidad (Academia de la Magistratura y Sociedad Discapacidad – SODIS, Perú). Secretaria Letrada a cargo de la Secretaria Ejecutiva del Órgano de Revisión de la Ley Nacional de Salud Mental (Ley N° 26.657).

do por la actora en la causa L., S. R. y otra c/ Instituto de Seguridad Social de la Provincia - subsidio de salud s/ amparo”, la Corte Suprema de Tucumán había declarado inadmisibles y mal concedidos los recursos de casación interpuestos por los padres de una persona menor de edad con discapacidad. La acción se había promovido por la vía del amparo contra el Instituto de Previsión y Seguridad Social de la Provincia de Tucumán con la pretensión de obtener la cobertura de las leyes 12.314 y 24.091.

La Corte de la Provincia de Tucumán analizó la procedencia procesal del amparo sin ir a la cuestión de fondo, estableciendo que quedaba expedita la acción procesal adecuada a la pretensión.

Ante la denegación del recurso establecido en el art. 14 de la ley 48, los actores recurrieron en queja ante la Corte Suprema de la Nación, que hizo lugar al recurso y dejó esta-

blecido la armonía que debe existir entre la forma y el contenido para no deslizarse sobre arbitrariedad y ritualismo excesivo en las decisiones adoptadas por los jueces⁴.

Del análisis del caso aparece significativa una tríada de derecho compuesta por la materia de acción de amparo, derecho a la salud y discapacidad.

II. Vía procesal de la acción de amparo

La doctrina legal ha dicho que la procedencia de la vía de amparo es valorar si se vulnera, obstruye, omite, deniega o lesiona un derecho constitucional, meritando si al recurrente le quedan otras vías para el reclamo. Cabe señalar los lineamientos que ha dado la Corte Suprema de Justicia a través de su jurisprudencia: “Siri”, 1957, Fallos: 239:459 marca un hito en la acción de amparo contra actos de autoridades públicas y “Kot”, 1958, Fallos: 241:291 en relación con actos de particulares.

La Corte ha sostenido que se debe demostrar que no queda otro recurso u acción para obtener la satisfacción del derecho que se reclama que no sea por la vía del amparo. Además, se debe acreditar la premura y, por ende, la ineficacia de un proceso que conlleve un tiempo donde la satisfacción y realización del reclamo se tornen abstractas por lo que tardaría el tratamiento de un proceso ordinario. Es decir, hay que tener presente el carácter excepcional del amparo y la carencia de otros remedios procesales⁵,

oponiendo así el valor axiológico del derecho que se reclama. En su viabilidad, campea la sombra de la ilegalidad o arbitrariedad si no se abre la instancia del amparo, por lo que debe analizarse la admisibilidad de acuerdo al contenido del derecho que se reclama, tal como lo ha dejado establecido el más alto Tribunal⁶.

[...] Se ha sostenido que la acción de amparo es particularmente pertinente en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física y que en esos casos no cabe extremar la aplicación del principio según el cual el amparo no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la normalmente presente urgencia del caso, se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole. [...] Confirma así la especial idoneidad del amparo para la tutela de los derechos del más alto rango, como el derecho a la vida y a la salud y el carácter de vía regia o directa de la acción luego de la reforma de 1994, (CSJN, “María, Flavia Judith c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial”, 2007, Fallos: 330:4647) (Canda 2012, 277).

22 IX 2004 y Ac. 94.675, “L., L.”, res. del 26 IV 2006. La Corte Provincial resolvió ampliar la admisibilidad formal del recurso de amparo cuando las circunstancias particulares del caso así lo imponen en garantía y resguardo de derechos fundamentales.

6 CSJN, 11-12-2014 Fallo CSJ 387/2009 (45-C) “Codina, Héctor c/ Roca Argentina S.A. s/ ley 23.551”. Hace lugar a la queja y al recurso extraordinario - Deja sin efecto la sentencia - Garantía de estabilidad de los dirigentes gremiales - Asociación gremial simplemente inscripta - Art. 52 Ley 23.551 - Indemnización - Remisión a “Rodríguez Pereyra” (Fallos: 335:2333) - Descalificación del fallo - Análisis de la inconstitucionalidad planteada - Disidencia jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco: desestiman (art. 280 CPCCN).

4 CSJN, “L., S. R. y otra c/ Instituto de Seguridad Social de la Provincia - subsidio de salud s/ amparo”, rta. 10 de diciembre de 2013.

5 Conf. SCJBA Ac. 90.131, 29 XI 2004; Ac. 96.844, 4 X 2006 y Ac. 90.339, 16 IV 2008, Ac. 73.411 cit.; Ac. 75.066, 30 VIII 2000; Ac. 98.383,

Por su parte, la Suprema Corte de Buenos Aires ha declarado:

[...] que las resoluciones de las cámaras de apelación en materia de amparo no son susceptibles de recursos extraordinarios ante ella, ha sido redactada en términos generales y como principio, por lo que su concreta aplicación depende de circunstancias que deben ser evaluadas en cada caso (conf. Ac. 73.411, “Unión Tranviarios Automotor”, cit.). En particular, se ha dicho que resulta definitiva la sentencia que resuelve la acción de amparo cuando lo decidido ha asumido entidad definitiva, ya que ha cerrado de modo total y por un camino indirecto, la vía de amparo que, más allá de las limitaciones que impone su propia naturaleza, tiene gravitación procesal autónoma y por eso mismo resguardable por esta Suprema Corte (arts. 15, 20 inc. 2, 160, 161 inc. 3 “b” y concs., Constitución provincial; conf. causa Ac. 78.529, “Spolita”, sent. del 19 II 2002)⁷.

En la actualidad, el amparo se presenta como una acción para establecer puente entre la tutela efectiva de los derechos humanos y la aplicación que los operadores judiciales deben realizar.

En el caso, la admisibilidad del amparo se vio contravenida por un análisis de rigor procesal, sin ver la situación de lesión grave de derecho que significaba para L.S.R. no contar con la cobertura reclamada, por ser un joven con discapacidad⁸.

⁷ SCJBA Ac.2078, 2010, causa A. 70.717, “P., C. I. y otro contra Provincia de Buenos Aires. Amparo. Recurso de inaplicabilidad de ley”.

⁸ Art. 24 de la Convención de los derechos del niño y art. 7, 13, 26 y concs. de la Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad.

III. Acceso a la justicia. Defensa en juicio

La no discriminación y la igualdad son componentes fundamentales de las normas internacionales de derechos humanos y resultan imprescindibles para el efectivo goce y ejercicio de los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹. La consideración prevalente que tiene la niñez y adolescencia merecen una especial atención para el ejercicio de los derechos y para que estos no queden en una expresión de valor convencional. Bobbio ha referido en su obra *El dinamismo de la libertad* que la referencia a la igualdad y dignidad de los hombres en términos expresos de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre no son nuevas, pero sí es nuevo y dinámico el ámbito de validez de sus disposiciones:

En boca de Locke y de los iusnaturalistas la afirmación de los derechos naturales era pura y simplemente una teoría filosófica, que no tenía otro valor que el de una exigencia ideal, el de una aspiración que había podido ser realizada sólo cuando alguna constitución la hubiese acogido y transformado en una serie de prescripciones jurídicas.

En un segundo momento, la afirmación de la existencia de derechos naturales originarios limitadores del poder soberano viene acogida en las declaraciones de derechos que preceden las constituciones de los Estados liberales modernos: desde este momento los de-

⁹ Art.2.2. del PDCPEC: “garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

rechos naturales no son ya solamente una aspiración ideal, sino que se convierten en verdaderas y propias pretensiones jurídicamente reconocidas y protegidas contra eventuales violaciones por parte de los particulares y de los poderes públicos (Bobbio 1991, 39).

La Convención Internacional de los Derechos del Niño, en el artículo 24 de la Convención establece que:

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

Este *corpus iuris* de la infancia y adolescencia se cruza hoy con los principios, derechos y garantías establecidos en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, como ha sido señalado por la CIDH, que se afirma en la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁰, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en conjunto con las directrices que se encuentran en las observaciones dictadas por el Comité de la CDN¹¹. De este

10 El artículo 19 de la Convención Americana Sobre los Derechos Humanos dispone que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que por su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

11 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 7 (2005) *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*; Observación General N° 9 (2006) *Los derechos de los niños con discapacidad*; Observación General N° 12 (2009) *El derecho del niño a ser escuchado*; Obser-

modo, la Opinión Consultiva N° 17 dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹² establece, entre otros muchos argumentos, que la consideración de los derechos establecidos en favor de la mayor protección a la niñez y adolescencia deberá hacerse de un modo transversal para considerar los principios de interés superior de los niños, y poder concluir que el sistema protección no puede actuar-se de manera fragmentada.

Es decir que cerrar la garantía de acceso a la justicia (art.25 de la Convención de Derechos Humanos) por tratarse de un proceso sumario o establecer la obligación de recurrir a otra instancia cuando se ponen en juego los derechos del niño, debiendo valorar bajo el principio de igualdad y no discriminación, colocando al joven en pie de igualdad que los demás, no se condice con la actuación jurisdiccional. La Corte Interamericana en el caso *Furlan v. Argentina* ha señalado que:

[...] en los términos del artículo 25 de la Convención, es posible identificar dos responsabilidades concretas del Estado. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, garantizar los medios para ejecu-

vación General N° 13 (2011) *Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*; Observación General N° 14 (2013) *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)* y Observación General N° 15 *sobre el derecho a la salud*.

12 Corte IDH. O/C N°17 agosto de 2002.

tar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento. Asimismo, la Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso [...]¹³.

Resulta de este análisis del caso que, además de facilitar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, es relevante la participación de otras instancias y organismos estatales que puedan coadyuvar en los procesos judiciales con el fin de garantizar la protección y defensa de los derechos de dichas personas. La Corte Suprema de la Nación señala en el fallo en comentario que:

[...] el tribunal *a quo* clausuró el arbitrio del amparo acudiendo en general —sin ninguna apreciación de las características del caso concreto— a un tópico de

¹³ Corte IDH. Dictada en 31 de agosto de 2012.

forma, como es el de la índole provisional del pronunciamiento recurrido. Debido a ello, el examen de los recaudos de admisibilidad de la casación se llevó a cabo con un injustificado rigor formal, que acarrea la frustración de los derechos invocados con evidente menoscabo de la garantía de defensa en juicio [...]¹⁴.

El doctor Mario Augusto Morello, en su obra *El proceso justo*, afirma:

El concepto basilar —así lo ha reconocido el alto tribunal— es el de que la garantía constitucional de la defensa en juicio no se agota con el cumplimiento formal de los trámites previstos en las leyes procesales (o adjetivas) sino que se extiende a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a las situaciones de incertidumbre, evitando dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada cosa, una dispendiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional, así lo exige, por lo demás, el propósito de “afianzar la justicia” —enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional— (Morello 1994, 231).

El derecho de acceso a la justicia, en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 13), se fundamenta en que los

[...] Estados Partes asegurarán que las personas con

¹⁴ CSJN, L. 232. XLVI. Recurso de Hecho “L., S. R. y otra el Instituto de Seguridad Social de la Provincia - subsidio de salud s/amparo” (considerando 4).

discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos [...].

Dentro del sistema de defensa pública, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos elaboró un *Módulo de acceso a la justicia y derechos humanos* donde se refiere que, en consecuencia, el eje del análisis se centra en la exigencia de mecanismos idóneos de tutela de los derechos humanos, que garanticen su plena operatividad y que acerquen a las personas herramientas eficaces de protección. Es aquí donde toma protagonismo la exigencia de reconocimiento real y efectivo del acceso a la justicia, es decir, “la posibilidad de que cualquier persona, independientemente de su condición, tenga la puerta abierta para acudir a los sistemas de justicia si así lo desea [...] a sistemas, mecanismos e instancias para la determinación de derechos y la resolución de conflictos”.

En este escenario, el sistema judicial se erige como pilar fundamental y último en la tutela de los derechos, instancia final donde se dirime su efectiva defensa. En palabras de Juan Méndez (2000, 17):

[Es] en el campo de la administración de Justicia [...] donde se define la vigencia de los derechos fundamentales en las sociedades contemporáneas, donde se prueba si las libertades y garantías enunciadas en los diferentes instrumentos de derecho internacional tienen o no aplicación real al interior de las comunidades humanas.

Toma, así, relevancia la administración de justicia, sistema sobre el que descansan todos los mecanismos jurisdiccionales de solución de controversias entre personas particulares o entre estas y el Estado, en un contexto que supone el servicio público en un Estado de Derecho en democracia, con respeto a las garantías del debido proceso legal y a todos los derechos humanos vigentes en el país (cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos ^{2010, 10}). Ello supone el apego irrestricto al debido proceso, con la garantía de defensa en juicio para las personas con discapacidad. Si se trata de niños/as o adolescentes con discapacidad, deberán ejercer el derecho de defensa en juicio a través del principio de autonomía progresiva y con la intervención complementaria de un defensor del niño/a.

La Corte ha reiterado que, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías procesales son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños y las niñas el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales de los menores de edad, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.

La Corte considera que el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una concepción negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una concepción positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. Asimismo, la Corte ha señalado que el derecho a la integridad física, psíquica y moral, consagrado en el artículo 5.1 de

la Convención Americana, “no sólo implica que el Estado debe respetarlo (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlo (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana [...]”¹⁵.

La resolución de la Corte de Tucumán negando la admisibilidad del amparo frente al derecho a la cobertura de salud de LS.R., implica una franca violación al deber de garante, poniendo el principio de restauración de derecho en cabeza de la Corte Suprema de la Nación.

Es de destacar la expresión de la Corte Suprema de la Nación, cuando observa a su par provincial:

En estas condiciones, el tribunal a quo extremó el formalismo, en claro detrimento de los derechos fundamentales de una persona menor de edad con discapacidad, haciendo caso omiso de consolidados criterios hermenéuticos trazados por este Tribunal en materia de acción de amparo, derecho a la salud y discapacidad¹⁶.

El amparo es la vía natural por la que la ciudadanía acude ante la vulneración de un derecho reconocido en la Constitución:

El acceso positivo a la justicia requiere de la arti-

¹⁵ Corte IDH. *Furlan v. Argentina*, ob. cit.

¹⁶ CSJN, L. 232. XLVI. Recurso de Hecho “L., S. R. y otra el Instituto de Seguridad Social de la Provincia - subsidio de salud s/amparo”, Considerando 4) apartado 5to.

culación de los recursos procesales idóneos para que la tutela de los derechos humanos resulte útil y eficaz en cuanto a su duración y tramitación para sustanciar y resolver la pretensión de acuerdo a sus características propias. En el derecho argentino, la vía procesal por excelencia para tutelar los derechos reconocidos en la Constitución, los tratados y las leyes. (Gil Domínguez et ál. 2006, 684).

IV. Discapacidad y salud

Sin embargo, el resultado extrínseco no resulta de la simple afirmación de derechos operativos contenidos en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad; su interrelación e interdependencia tornaría innecesaria la vía del recurso de queja por ante el alto Tribunal de la Nación, tal como el art. 7º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad expresa.

1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.
2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño”.

Por su parte, el art. 19º de la referida Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el inciso b), dispone que: “Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria,

residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta”.

Específicamente, en el derecho de acceso a una vivienda digna, como parte de obtener un nivel de vida adecuado –en el caso de los niños y niñas con discapacidad, está previsto en el art. 23 de la Convención de los Derechos del Niño–, considera la discapacidad de manera explícita en el artículo sobre la no discriminación, y resalta, para su efectividad, que el Estado adopte todas las medidas necesarias para garantizar que el niño sea protegido contra toda forma de discriminación, para un efectivo reconocimiento en su calidad de niño/a o joven con discapacidad en los términos de reconocimiento prevalente del principio “pro minoris”. El art. 24 especialmente se refiere al derecho a la salud y la Observación N°15 del Comité de Naciones Unidas por la Convención de los Derechos del Niño impone la obligación y responsabilidad de los Estados y operadores encargados de ejecutar la política pública, en la administración de justicia y demás efectores responsables de garantizar el mayor bienestar biopsicosocial en ese sentido:

El Comité dirige la presente observación general a diversos interesados que operan en el ámbito de los derechos del niño y la salud pública, entre ellos responsables de formular políticas, encargados de ejecutar programas y activistas, así como padres y los propios niños. Al ser deliberadamente genérica, resultará pertinente para una amplia gama de problemas de salud infantil, sistemas sanitarios y con-

textos propios de distintos países y regiones. Se centra fundamentalmente en el artículo 24, párrafos 1 y 2, aunque también aborda el artículo 24, párrafo 4. Cuando se aplica el artículo 24 han de tenerse en cuenta todos los principios de derechos humanos, en particular los principios rectores de la Convención, y respetarse las normas y mejores prácticas con base empírica en el ámbito de la salud pública¹⁷.

El art. 12 del Pacto de Derechos Civiles, Políticos, Económicos y Culturales ha dado lugar a numerosos análisis del seguimiento del acceso a la salud en los países de la región y a informes de los relatores del Comité de seguimiento. Así ha expresado el relator:

Toda persona tiene derecho a participar en el proceso de adopción de decisiones relacionadas con la salud que puedan afectarla. El proceso de fijación de prioridades debe incluir la participación activa y con conocimiento de causa de todos los interesados, incluso de grupos marginados, en la elaboración del programa, la adopción de decisiones y las disposiciones relativas a vigilancia y rendición de cuentas. 26. Desde la perspectiva de los derechos humanos, al establecerse las prioridades debe tenerse especialmente en cuenta la mejora de la situación de las poblaciones, comunidades e individuos más desfavorecidos del país de que se trate, incluidas las personas que viven en la pobreza. En otras palabras, la

¹⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 15, *Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)*, CRC/C/GC/15, 17 de abril de 2013.

vulnerabilidad y la situación de desventaja figuran entre los criterios razonables y objetivos que es preciso aplicar a la hora de establecer prioridades. Debe tenerse en cuenta la discriminación, tanto directa como indirecta. Por tanto, los datos deben desagregarse en la mayor medida posible¹⁸.

En el mismo sentido, la ley 26.061, que aborda los derechos y garantías del niño, menciona a los “organismos del Estado” como los encargados de garantizar el cumplimiento de los derechos por medio de las políticas públicas que se desarrollen.

Aplicar el enfoque del interés superior del niño en el proceso de toma de decisiones entraña evaluar la seguridad y la integridad del niño en ese preciso momento; sin embargo, el principio de precaución exige valorar también la posibilidad de evaluar la eventualidad de daño, como puede ser no contar con una resolución que hace a su superior interés dentro del plazo razonable.

Así, la existencia de otros mecanismos procesales alternativos no puede ponderarse en abstracto, sino en relación con la situación puntual sujeta a juzgamiento. En este caso, más allá de las alegaciones formuladas en ese orden, la propia índole de la enfermedad que aqueja al niño lleva a pensar que la sola dilación ocasionará un agravio de imposible o di-

18 Informe del relator Paul Hunt, Naciones Unidas, Asamblea General Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones relativas a los derechos humanos, incluidos distintos criterios para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales, 8 de agosto de 2007.

ficultosa reparación ulterior (cfr. Fallos: 330:4647; 331:2135, entre muchos otros)¹⁹.

Los ajustes razonables deben ser tenidos en cuenta al momento de resolver la garantía de un derecho fundamental en un niño, niña y/o adolescente, que ante el compromiso del derecho a la salud, otorga espíritu a la decisión de la Corte Suprema en el fallo que nos ocupa, cuando estableció:

La última regla interpretativa está referida a la irrazonabilidad de imponer al afectado y su familia, la carga de acudir a un juicio ordinario cuando llevan años litigando, pues el reclamo se inició en el año 2005 -cuando el niño contaba con nueve años de edad- y el expediente judicial, en el año 2006. En ese orden, esta Corte ha sostenido reiteradamente que incumbe a los jueces la búsqueda de soluciones congruentes con la urgencia ínsita en los temas de asistencia integral de la discapacidad, para lo cual deben encauzar los trámites por carriles expeditivos y evitar que el rigor de las formas conduzca a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional (Fallos: 327:2413; 330:4647 y 332:1394) [...].

Por su parte, Borges Blázquez ha sostenido:

Los ajustes razonables en razón de lo anterior han traído cierta solución a las situaciones como la presente en la esfera judicial y no en la legislativa donde se ha desarrollado la figura del acomodo razonable

19 SCJBA, Ac. 2078, junio 2010.

en sentido estricto. Puesto que es en la aplicación de la ley en el caso concreto y no en su formulación, donde el acomodo razonable tiene sentido. Al materializarse la hipotética discriminación indirecta, se crea automáticamente un *legal duty accommodate*, o deber jurídico del acomodo. Como corolario máximo de la prohibición de discriminación. De no ser así la discriminación quedaría huérfana de garantías (Borges Blázquez, 2011, 56).

166 Siguiendo el enfoque de los Derechos Humanos, la actividad jurisdiccional debe funcionar alerta y se debe basar en el modelo que garantice los derechos de la niñez. No es posible aducir la formalidad de un proceso para resolver sobre un sistema de atención que aún no se ajusta al modelo de atención de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el art. 26 que establece, mediante el “imperium” que su función le otorga, la garantía para el acceso a un tratamiento y rehabilitación con base comunitaria y con dispositivos adecuados. No es proporcional, entonces, el argumento administrativo por falta de habilitación edilicia o la imposibilidad de la atención sanitaria por falta de recursos o dispositivos alternativos si esta resulta manifiestamente violatoria a las garantías de la niñez.

La Corte Suprema de Tucumán no centró su análisis en los supuestos que hemos verificado de acuerdo con el sistema de protección y promoción de los derechos del niño/a y adolescente, la CSJN lo observa de manera aguda cuando deja establecido:

[...] Que, en el caso, se ha planteado un asunto

constitucional idóneo, pues se ha puesto en juego la inteligencia de previsiones federales atinentes al derecho a la salud y la integridad psicofísica de las personas menores de edad y discapacitadas, en el contexto de la institución del amparo (Fallos: 332: 1394). Sin embargo, el tribunal a quo declaró inadmisibile por causas formales el recurso de casación local, de manera que no ha ingresado siquiera en el análisis del punto federal, tal como lo prescribe el criterio antes referido [...].

V. Conclusión

La solución que da la Corte Suprema al caso es un portal que ratifica la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad dentro de un estatus jurídico que explica el modelo social, pero también siembra en el camino de una estética de la decisión, por aplicación de lo que es justo, entonces, equitativo. La superioridad de los valores inherentes a la condición de ser personas, encausando una situación procesal para no rozar la arbitrariedad, respetando el acceso a la justicia y el debido proceso.

El derecho a las posibilidades del Arte es de medio a fin, al igual que las leyes comunes, el relato literario cuentístico, es un ejemplo donde podemos visualizar que el Arte, actúa como medio para un fin determinado y puede hacer que los Espectadores por ejemplo, experimenten ciertas sensaciones pretendidas por el Artista.

La problemática de la Justicia en la realización del valor Belleza (estética) analiza entre otros aspec-

tos si ¿es justo que se juzgue moralmente el Arte?
 ¿Se debe juzgar con un canon moral y/o estético?
 ¿Es necesario un respaldo moral del juicio estético?
 (Ciuro Caldani 2000, 179).

La justicia es belleza impregnada en una efectiva realización del derecho.

Por otra parte, “La actividad del jurista es tomar decisiones, es decir, sea un legislador, un juez o un investigador, su tarea consiste en identificar los problemas y aportar las soluciones.” Desde ese punto de vista, las fuentes “son criterios a los que se recurre en el proceso de creación normativo en búsqueda de objetividad”.

Al respecto, el Dr. Lorenzetti sostiene:

En el Derecho no hay un laboratorio donde se pueda experimentar de modo previo si una solución es la adecuada y cuáles serán sus fallas. Los *laboratorios* a los que recurre el Derecho se basan en la experiencia histórica consolidada en el Derecho Comparado, y en su adopción en el Derecho interno.

Por eso son importantes las fuentes, porque son “criterios de objetividad que brindan seguridad acerca de la razonabilidad de la decisión” (Lorenzetti, 2008, 78).

El resultado de la sentencia analizada incluye el favor del derecho real sobre el rigorismo formal, la jerarquía de los derechos fundamentales y la obligación del Estado de otorgar un recurso sencillo y rápido para garantizar el acceso a la justicia.

El derecho a la salud, de acuerdo a la OMS, representa el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr como uno de los derechos fundamentales de todo ser humano.

El derecho a la salud incluye el acceso a una atención sanitaria oportuna, aceptable, asequible y de calidad satisfactoria²⁰. Representa el conjunto de libertades, y el camino para conseguir las es el de la rehabilitación y el del tratamiento de un niño/a o adolescente con discapacidad.

Bibliografía

Bobbio, Norberto. 1991. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema.

Borges Blázquez, Lola. 2011. “Derechos e integración: el acomodo razonable como instrumento para la igualdad material”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*: 47-73. Fecha de consulta: 2 de febrero de 2016. <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/711>.

Canda, Fabián Omar, 2012. “Requisitos de procedencia de la acción de amparo individual”. En: Bruno Dos Santos, Marcelo A. (Dir.) y Natalia Cogliati (Colab.) *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*. Buenos Aires: FDA.

Ciuro Caldani, Miguel Ángel, 2000. *El derecho y el arte*. Rosario: Editorial Zeus. Última fecha de consulta: 2 de febrero de 2016. <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/398>

Gil Domínguez, Andrés, María Victoria Famá y Marisa Herrera. 2006. *Derecho constitucional de familia*. Buenos Aires: Editorial EDIAR.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2010. *Módulo de acceso a la justicia y derechos humanos en Argentina*. San José,

²⁰ Organización Mundial de la Salud (OMS), *Salud y derechos humanos*, Nota descriptiva N° 323, diciembre de 2015.

Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
Morello, Augusto. 1994. *El proceso justo*. Buenos Aires: Platense-Abeledo Perrot.

Redondo, María Belén. 2014. *La decisión judicial y su estructura interna*. En línea. Última fecha de consulta: 2 de febrero de 2016. <http://www.editorialjuris.com/docLeer.php?idDoctrina=85&texto=>

Jurisprudencia internacional

Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares v. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

Documentos de organismos internacionales

Comité de los Derechos del Niño (CDN), Observación General N° 7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006.

CDN, Observación General N° 9, *Los derechos de los niños con discapacidad*, CRC/C/GC/9/Corr.1, 13 de noviembre de 2007.

CDN, Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12, 20 julio de 2009.

CDN, Observación General N° 13, *Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011.

CDN, Observación General N° 14, *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

CDN, Observación General N° 15, *Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)*, CRC/C/GC/15, 17 de abril de 2013.

Convención de los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

Convención Interamericana para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General (OEA), A-65, 6 de julio de 1999.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,

adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 61/106, 24 de enero de 2007.

Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002 CIDH. Serie A No. 17.

Naciones Unidas (NU), *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, Sr. Paul Hunt, Asamblea General, A/62/214, 8 de agosto de 2007.

Organización Mundial de la Salud (OMS), *Salud y derechos humanos*, Nota descriptiva N° 323, diciembre de 2015.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General (ONU) en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966.

Jurisprudencia nacional

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “L., S. R. y otra c/ Instituto de Seguridad Social de la Provincia - subsidio de salud s/ amparo”, rta. 10 de diciembre de 2013.

CSJN, “Codina, Héctor c/ Roca Argentina S.A. s/ ley 23.551”, rta. 11 de diciembre de 2014.

Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (SCJ-BA), Ac.2078, 2010, causa A. 70.717, “P. C. I. y otro contra Provincia de Buenos Aires. Amparo. Recurso de inaplicabilidad de ley”.

Salud reproductiva: aportes para un acceso igualitario al derecho a formar una familia

Mariana Lucía Lavalle

Abogada. Especialista en Administración de Justicia (UBA) y alumna de la Maestría en Derecho con orientación en Derecho Civil Constitucionalizado (UP). Actualmente, se desempeña en la Secretaría de Capacitación y Jurisprudencia de la Defensoría General de la Nación.

Mercedes Robba

Abogada. Especialista en derecho de familia (UBA). Auxiliar docente en la materia “Derecho de familia y sucesiones” en la Facultad de Derecho (UBA) y Profesora (grado de auxiliar) en la materia Derecho Civil V de la Facultad de Derecho (USAL). Actualmente, trabaja en la Secretaría de Capacitación y Jurisprudencia de la Defensoría General de la Nación.

I. Introducción

En forma reciente, la Argentina ha sancionado diversas leyes que –directa o indirectamente– se vinculan con el derecho a la salud reproductiva y el derecho a formar una familia. Entre ellas, en el año 2010, se aprobó la ley 26.618 de matrimonio igualitario, que modificó el Código Civil y habilitó a las personas del mismo sexo a contraer nupcias; en 2013, se sancionó la ley 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, y en 2015 se aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación, que regula una tercera fuente de filiación por técnicas de reproducción humana asistida.

Queda claro que este contexto normativo posibilita el acceso igualitario de las personas a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Ante tal panorama, nos preguntamos si este reconocimiento legal efectivamente puede con-

cretarse sin distinciones en razón de la orientación sexual y del estado civil.

En nuestro país, no hay datos disponibles que permitan establecer con seguridad la cantidad de personas que acceden a las técnicas de reproducción humana asistida teniendo en cuenta las categorías mencionadas. Solo hemos hallado una investigación empírica realizada en el marco del proyecto de investigación científica, de innovación tecnológica e interdisciplinaria de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad de Buenos Aires denominado “Hacia una regulación de la procreación asistida desde la perspectiva socio-jurídica, bioética y derechos humanos”¹.

¹ El proyecto de investigación está dirigido por la Dra. Marisa Herrera. Fue publicado en dos partes: Scardino (2015a, 363-388) y Scardino (2015b, 313-332).

El tamaño de la muestra tiene un total de 229 personas que se encontraban realizando tratamientos de TRHA en diferentes centros públicos y privados de la CABA y el GBA, desde el mes de abril de 2013 al mes de junio de 2013. En la investigación se encontró que “[d]el total de encuestados, el 72% es casado/a, el 25% soltero/a y el 3% divorciado/a. A su vez, en cuanto a la orientación sexual declarada por los respondientes, el 90% afirma ser heterosexual, mientras que los homosexuales y bisexuales no alcanzan el 2% de la muestra”. El 8% restante no quiso responder la pregunta (Scardino 2015a, 366). Al respecto, solo es posible aventurar que podría existir un colectivo invisibilizado que no logra acceder a las técnicas de reproducción humana asistida ya sea por cuestiones de discriminación, por obstaculización del acceso a la justicia, por falta de recursos económicos, o por todas esas razones en conjunto.

En esta línea, el objeto del presente artículo es presentar los desafíos que impone, en la actualidad, el acceso igualitario a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) con la mirada puesta en la libre elección del proyecto de vida y la diversidad de las formas familiares. En primer lugar, se abordará el concepto de salud reproductiva enmarcado en el derecho a la salud en sentido amplio y la jurisprudencia regional vinculada al tema. En segundo lugar, se desarrollará el concepto de familia a la luz de la jurisprudencia –tanto regional como nacional– y su relación con el acceso a las TRHA. La selección de casos nacionales no ha sido cuantitativa, sino cualitativa, puesto que no se encuentran muchos casos con estas características que se hayan judicializado.

En efecto, de esta manera pretendemos ilustrar que el ac-

ceso a las técnicas de reproducción humana asistida se encuentra atravesado por el concepto de familia y por razones de discriminación vinculadas con la orientación sexual y el estado civil. En este sentido, bregamos por la formación de operadores jurídicos conscientes de la responsabilidad internacional del Estado en la concreción del derecho a procrear y a gozar del avance científico, como así también alentamos la intervención de la defensa pública para lograr el acceso a la justicia de las personas, sin discriminación alguna.

II. El derecho a la salud en sentido amplio. Concepto de salud reproductiva

En los últimos años, se ha reforzado la lucha por diversos derechos sociales y su exigibilidad, entre ellos, el derecho a la salud. Mediante su reconocimiento expreso en normas de distinta jerarquía y el litigio en tribunales –principalmente, para acceder a medicamentos y tratamientos–, se han puesto de manifiesto preocupaciones cotidianas que afectan a diferentes grupos sociales.

El concepto de salud es una definición social dinámica y, de acuerdo con ello, ha superado aquel trinomio propuesto por la Organización Mundial de la Salud del bienestar “biopsico-social”². Hoy es el resultado de factores tales como la biología humana, el ambiente, el sistema de salud, y los estilos de vida, entre muchos otros, que deben integrarse en conjunto para su comprensión y análisis. A este concepto amplio de salud se suma el de salud reproductiva, que

² Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, y entró en vigencia el 7 de abril de 1948.

también ha sido foco de la judicialización para su acceso (Herrera, De La Torre y Bladillo 2013; Rosales 2013b).

El derecho a procrear se integra principalmente dentro del derecho humano a la salud³ en su sentido más amplio, incluyendo la salud reproductiva y la procreación responsable. Además, se nutre de otros derechos reconocidos en nuestro bloque de constitucionalidad: el derecho a la vida, al desarrollo de la persona en la máxima medida posible, la dignidad humana, el derecho a planificar y formar una familia⁴, y a la protección integral de la familia⁵.

3 En lo que a este trabajo interesa, dentro de nuestro bloque constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), el derecho a la salud reproductiva tiene sustento en los siguientes instrumentos que reconocen el derecho a la salud: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XI; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 25 y 30; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, art. 10; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 12 y 15.1.b); Convención contra la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), art. 16, inc. e; y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, art. 23. Asimismo, deben tenerse en cuenta el art. 42 y el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional. En el ámbito local, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires garantiza el derecho a la salud integral en los arts. 20 y 37, como así también lo reconoce la ley 418 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) de Salud Reproductiva y Procreación Responsable.

4 En relación con cuál es el significado de ser madre en Latinoamérica y sus implicancias, véase la exposición de Paola Bergallo en la audiencia pública celebrada en el caso *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) v. Costa Rica*, tramitado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consultado: 22 de febrero de 2016, disponible en: <https://vimeo.com/48973738>.

5 Con relación a la protección de la familia, expresamente reconocida en el artículo 17 de la Convención Americana, el 5º párrafo de la Observación General N° 19 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas explica que: “[e]l derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados

En este sentido, si bien se suele hablar de “derechos sexuales y reproductivos” en conjunto, debido a que ambos están muy relacionados entre sí, entendemos que es necesario definirlos y abordarlos por separado (Ariza 2011). Por un lado, los derechos sexuales establecen que toda persona tiene la facultad de ejercer libremente su sexualidad y que nadie deberá sufrir discriminación por su orientación sexual. Por el otro, los derechos reproductivos consagran que toda persona goza de la libertad y autonomía para decidir tener hijos o no, cuántos, en qué momento y con quién. Es decir, garantizan a todas las personas la facultad de decidir y determinar su vida reproductiva. Así, un punto importante para el libre ejercicio de los derechos reproductivos implica tanto el derecho a la reproducción (libertad positiva) como también el derecho a la no reproducción (libertad negativa).

Centrándonos en la libertad positiva del derecho a la reproducción, partimos de la idea de que existe un derecho subjetivo a la procreación⁶ que se enmarca dentro de los derechos sociales, económicos y culturales; y reconocemos que se encuentran en juego otros derechos a tutelar, como lo son las prerrogativas constitucionales que hacen al derecho a la salud reproductiva y a formar una familia en condiciones de libertad e igualdad (Famá 2013). Ahora bien, reconocido formalmente este derecho, se advierte que su ejercicio se encuentra estrechamente vinculado con el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).

Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias, ni obligatorias”.

6 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 16 e).

III. Las técnicas de reproducción humana asistida

III.1. Normativa nacional

La fertilización o reproducción humana asistida son aquellas técnicas mediante las cuales los médicos procuran aproximar los gametos masculinos y femeninos intentando aumentar las posibilidades de embarazo. Entre ellas, por ejemplo, están las técnicas de fecundación *in vitro* (FIV) y la técnica de alta complejidad que consiste en la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) (Rosales 2013b).

En relación con la cobertura de estos procedimientos, en nuestro país, el 5 de junio de 2013 se aprobó la Ley nacional de fertilización humana asistida N° 26.862⁷. Se trata de una norma pionera en la región, la primera de Latinoamérica, que ha adoptado una postura amplia sobre las coberturas. Esta ley se reglamentó el 19 de julio de 2013 mediante el decreto 956/2013.

Las disposiciones de la ley son de orden público (art. 10) y tienen por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción asistida (art. 1). El uso de la expresión “acceso integral” implica que, además de la atención de la infertilidad como una enfermedad, se garantiza el libre acceso a estas técnicas a toda persona mayor de edad (art. 7), sin discriminación alguna (arts. 6 y 8).

La cobertura comprende tanto los tratamientos de baja

⁷ Ley 26.862 de reproducción médicamente asistida, sancionada el 5 de junio, promulgada el 25 de junio de 2013 y publicada el 26 de junio de 2013 en el Boletín Oficial.

como de alta complejidad⁸, aprobados por la autoridad de aplicación, incluyan o no la donación de gametos y/o embriones (art. 2). Lo novedoso es que autoriza la donación de gametos “del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante [tercero]” en consonancia con los estándares de nuestro bloque constitucional y los principios del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: el principio de igualdad y no discriminación, el reconocimiento de la dignidad, la autonomía de las personas, la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales del Estado y el respeto por la diversidad de formas familiares (Herrera 2014a).

En lo que aquí interesa, el nuevo Código Civil argentino⁹ – que entró en vigencia el pasado 1° de agosto de 2015– regula la filiación por TRHA y consagra la voluntad procreacional al

⁸ Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante (art. 2, Decreto 956/2013).

Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación *in vitro*; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos (art. 2, Decreto 956/2013).

⁹ La ley 26.994 que aprobó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina fue sancionada el 2 de julio de 2014.

En relación con el art. 19 del Código Civil y Comercial –sobre el comienzo de la existencia humana– y la norma transitoria segunda –sobre la protección del embrión no implantado–, consultar los “Fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”. Consultado: 22 de febrero de 2016, disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>. Asimismo, véase Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm (2014a; 2014b).

establecer que los nacidos por las TRHA son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre, debidamente inscripto en el Registro Civil y con independencia de quién haya aportado los gametos (art. 562). Por otro lado, se regula el derecho a la información de las personas nacidas por TRHA (cuya información debe constar en un legajo base para la inscripción del nacimiento), y el contenido y alcance de aquella información en los arts. 563 y 564, respectivamente.

El proyecto original de Código regulaba también la maternidad subrogada; sin embargo, las disposiciones al respecto fueron eliminadas antes de su aprobación¹⁰. Si bien no abordaremos esta temática –debido a la extensión de este artículo– debemos señalar que actualmente existe un vacío legal sobre una práctica que –estemos de acuerdo o no– es parte de la realidad y es una arista más del derecho a procrear. Al no estar regulada la maternidad subrogada, se impide que las parejas conformadas por hombres, hombres solos y mujeres con dificultades para gestar puedan acceder a este derecho¹¹.

10 “La maternidad subrogada, en el Código Civil”, *Clarín*: Sociedad, 4 de julio de 2012. Consultado: 22 de febrero de 2016. http://www.clarin.com/sociedad/maternidad-subrogada-Codigo-Civil_0_730726966.html; “Código Civil: eliminan el alquiler de vientre pero sigue el divorcio exprés y la separación de bienes”, *iprofesional*: Opinión, 15 de noviembre de 2013. Consultado: 22 de febrero de 2016. <http://www.iprofesional.com/notas/174545-Codigo-Civil-eliminacion-del-alquiler-de-vientre-pero-sigue-el-divorcio-exprs-y-la-separacion-de-bienes>.

11 Sobre la gestación por sustitución, el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial la había incluido, con alcance limitado, al precisar que la gestante solo podía participar en este carácter y al menos uno de los comitentes debía aportar el material genético. Sin embargo, el texto aprobado y hoy vigente del Código Civil y Comercial de la Nación

III.2. Jurisprudencia regional: Derechos reproductivos

En el sistema interamericano de derechos humanos, el caso *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*¹² es un precedente de relevancia respecto de los derechos reproductivos. En ese caso, nueve parejas presentaron una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a fin de que se revisara el fallo emitido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica (de fecha 15 de marzo de 2000), que había declarado la inconstitucionalidad del decreto que regulaba la técnica de fecundación *in vitro* (FIV) y, en consecuencia, prohibía la práctica en el país. Como resultado, los interesados se vieron obligados a interrumpir tratamientos o, en otros casos, a viajar al exterior para poder tener acceso a ellos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) declaró que la prohibición de la fecundación *in vitro* en Costa Rica constituía una violación a los derechos humanos y le ordenó a ese país que eliminara las restricciones legales que impedían el acceso a tal tecnología reproductiva. Específica-

dejó de lado las regulaciones del Anteproyecto sobre el tema. Aun así, destacamos que ha tenido acogimiento por vía judicial, por ejemplo, en el fuero nacional en lo civil: JNCiv. N.º 83, 25/06/2015, “N. o s/ Inscripción de Nacimiento”; JNCiv. N.º 102, 18/05/2015, “C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad” Expte. N.º 81682/2014; JNCiv. N.º 86, 18/06/2013 “N. N. o D. G. M. B. M. s/inscripción de nacimiento”; JNCiv. N.º 102, “C., F. A. Y OTRO c/ R. S., M. L. s/impugnación de maternidad”, 18/05/2015. En el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA: Cámara de Apelaciones CAyT – Sala I, “D. N. S. E. Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO” Expte. N.º: A37847-2015/0 del 26/10/2015 y Juzgado en lo CAyT N.º 17 “B.F.M. y OTROS c/ GCBA s/ AMPARO” Expte: N.º: A12698-2014/0, del 18/12/2014.

12 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) v. Costa Rica*. Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257.

mente, declaró la responsabilidad internacional del Estado por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar; a la integridad personal con relación a la autonomía personal, a la salud sexual; a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; y el principio de no discriminación.

Así, la Corte IDH sostuvo que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública¹³. Vinculado con ello, el concepto de libertad¹⁴ –en un sentido amplio– incluye la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona a organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme con sus propias opciones, reconocimiento y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Este concepto de libertad implica la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, según sus propias opciones y convicciones¹⁵. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, e incluye el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo

exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona¹⁶.

En este sentido, la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, y la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico¹⁷.

Además, la Corte IDH consideró que este caso involucra una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental y, específicamente, los derechos reproductivos de las personas¹⁸. El derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y con el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho¹⁹.

Por último, la Corte IDH concluyó que la prohibición de la FIV generó efectos discriminatorios –vinculado con el impacto desproporcionado producido– en relación con la discapacidad

13 Artículo 11, Convención Americana de Derechos Humanos.

14 Artículo 7, Convención Americana de Derechos Humanos.

15 Considerando 142.

16 Considerando 143.

17 Considerando 143.

18 Considerando 144.

19 Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada comprende el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos (considerando 146).

(con fundamento en la infertilidad)²⁰, al género (producto de prejuicios y estereotipos sociales que definen a la feminidad a través de la maternidad)²¹ y a la situación económica (por las mayores posibilidades para el acceso a las técnicas por parte de quienes tienen mayores recursos patrimoniales)²².

En enero de 2016 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) presentó ante la Corte IDH el caso *Gómez Murillo y otros v. Costa Rica*, que se relaciona con la violación de los derechos a la integridad personal, libertad personal, vida privada y familiar, a fundar una familia y a la igualdad y no discriminación como consecuencia de la prohibición general de practicar la técnica de reproducción asistida de la fecundación *in vitro* (FIV), vigente en Costa Rica desde el año 2000.

Por razones de economía procesal y teniendo en cuenta que la problemática ya había sido resuelta por ambos órganos del sistema interamericano, la Comisión determinó la responsabilidad internacional del Estado de Costa Rica con referencia al análisis de derecho y artículos aplicados en “*Artavia Murillo y otros*”. En el Informe de Fondo, la Comisión recomendó al Estado de Costa Rica que levante la prohibición de la fecundación *in vitro*; que asegure que su regulación sea compatible con las obligaciones estatales bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en particular, que las personas y/o parejas que lo requieran y así lo deseen, puedan acceder a las técnicas FIV de forma que dicho tratamiento

contribuya efectivamente a su objetivo. Finalmente, la CIDH recomendó al Estado reparar integralmente a las víctimas de este caso tanto en el aspecto material como moral, incluyendo medidas de satisfacción por los daños ocasionados. Ante el incumplimiento de las recomendaciones contenidas en el informe de fondo, la CIDH sometió el caso a la jurisdicción de la Corte el 18 de enero de 2016²³.

IV. El concepto de familia a la luz de la jurisprudencia y su relación con el acceso a las TRHA

IV.1. El concepto jurídico de “familia”

Aída Kemelmajer de Carlucci expone que la familia puede tener origen en un hecho biológico, por ejemplo los lazos que unen a un niño con su progenitora, pero que la cultura de cada sociedad condiciona los vínculos jurídicos. Sobre el concepto jurídico de familia, refiere que, al igual que el de filiación y el de matrimonio, no está sujeto a “la naturaleza”, sino que depende de las poblaciones, las políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, etc. En otras palabras, “aunque distintas formas familiares han existido y existen en todos los pueblos y en todas las épocas, el concepto de familia, como el de matrimonio y el de filiación, es una creación ‘cultural’, no ‘natural’ o ‘esencial’ y, por lo tanto, cambiante”. Así, se explica fácilmente que no existe un modelo universal e inmutable sino muy diversos tipos de familia”²⁴ (Kemelmajer de Carlucci 2014).

20 Considerando 293.

21 Considerandos 294 y 302.

22 Considerando 303.

23 <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/013.asp>.

24 En el mismo sentido, Beatriz Taber refiere que “observar a las familias desde una posición monolítica nos impide ver la complejidad de una realidad que debe ser pensada en su diversidad. De otro modo, en virtud de un ideal, de una abstracción o de una conceptualización, se dificulta

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha optado por reconocer esta noción amplia e inclusiva al legislar diferentes formas de vivir en familia como, por ejemplo, las parejas que no se casan, denominadas “uniones convivenciales”; la posibilidad de que tanto estas como el matrimonio sean entre personas del mismo sexo; el reconocimiento de los derechos que surgen de las “familias ensambladas”. Asimismo, en lo que respecta al derecho filial, se han introducido varias modificaciones como la incorporación de las TRHA y tercer tipo filial, junto con la filiación por naturaleza y con la filiación adoptiva (Herrera 2014b).

Volviendo al tema que nos ocupa, las TRHA originariamente fueron abordadas desde el concepto de infertilidad, lo que se vincula estrechamente con una mirada conservadora de las familias. Así, las TRHA han sido pensadas como una sustitución de las relaciones sexuales para lograr la procreación, y se ha extendido la lógica naturalista que vincula sexualidad y reproducción. Desde esa perspectiva, el acceso a la cobertura de estas técnicas resguardaría solo a un grupo social que responde al concepto tradicional de familia: parejas heterosexuales con limitaciones de fertilidad²⁵.

Sin embargo, sexualidad y reproducción no se encuentran necesariamente unidas. En este sentido, Diniz y Gomes

el abordaje de este fenómeno plural que incluye una diversidad de manifestaciones reales y de potenciales configuraciones, incluso dentro de una cultura determinada” (Taber 2005).

25 En algunos casos, las obras sociales o empresas de medicina prepaga han utilizado incluso el estado civil como una traba para el acceso a la cobertura al solicitar la presentación del acta o libreta de matrimonio: <http://www.concebir.org.ar/core/?q=content/fertilizaci%C3%B3n-asistida-la-ley-se-cumple-en-una-sola-provincia>.

Costa (2005, 20) sostienen que “el diagnóstico de infertilidad sin causa aparente [...] es una categoría que, por estar asentada en la ideología naturalista que presenta las tecnologías conceptivas como un perfeccionamiento de la reproducción en la alcoba, presupone la heterosexualidad de la pareja infértil”. En la actualidad, no resulta indispensable una relación sexual para lograr la procreación. Los avances en las tecnologías reproductoras ofrecen nuevas posibilidades de elección. Si se considera que la contracepción, actividad heterosexual y reproducción son conceptos escindidos, se permite la elección sobre si se desea y cuándo reproducirse. “Las nuevas tecnologías separan la actividad sexual de la concepción y ésta última de la gestación, ofreciendo ulteriormente la posibilidad de elegir cómo reproducirse” (Pitch 2003, 27).

Los casos de mujeres solas o de parejas conformadas por personas del mismo sexo no se encontrarían comprendidos bajo la definición que entiende la infertilidad como esterilidad. En este sentido, se ha dicho que:

Infertilidad e infecundidad son expresiones de distintos fenómenos, aunque en el campo de las tecnologías reproductivas sean dos conceptos íntimamente conectados. La infecundidad es la ausencia de hijos. Una mujer, un hombre o una pareja infecunda es la que no tiene hijos. La infecundidad puede ser voluntaria o involuntaria. En el primer caso, la ausencia de hijos es parte de un proyecto personal o conyugal y no se muestra como un problema biomédico. Por su lado, la infecundidad involuntaria es aquella comúnmente traducida en términos

biomédicos como sinónimo de infertilidad. Pero es necesario dejar claro que ni siempre una mujer, un hombre o una pareja involuntariamente infecunda presentan restricciones clínicas de fertilidad, ni es siempre que se descubren las causas de la infecundidad involuntaria (Diniz y Gomes Costa 2005, 13).

La sanción de la ley N° 26.862 ha dado un importante paso en materia de igualdad de acceso a los derechos reproductivos, que nos interpela en una mirada hacia la comprensión del ser humano en su integralidad, en sus valores, emociones y que problematiza la concepción tradicional de la familia y nos habilita a pensar en una nueva forma de entender al grupo familiar tal como lo enuncia Kemelmajer. En palabras de Gil Domínguez (2013, 1):

Las técnicas de reproducción humana asistida posibilitan la concreción de la igualdad normativa a partir del reconocimiento y respeto de las diferencias descriptivas de los seres humanos. Estas técnicas permiten que las personas, más allá de su orientación sexual, estado civil o facultades reproductivas puedan acceder a la maternidad/paternidad, comaternidad y copaternidad. Estos procedimientos son una muestra cabal del derecho a la no discriminación en el campo filiatorio, en cuanto posibilitan que cierto universo de personas puedan disfrutar del amor parental sobre la base de la voluntad procreacional.

Cuando la mencionada ley se refiere a quiénes serán los beneficiarias/os, utiliza la expresión “toda persona” y, dentro de la cobertura, incluye la inducción de ovulación; la esti-

mulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Asimismo, establece que estos procedimientos quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO), así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que fije la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios. De esta manera, la normativa incluye en el abordaje de la temática la mirada de la infecundidad y, en consecuencia, garantiza el derecho a procrear de las madres solteras y las parejas del mismo sexo.

Sin embargo, la experiencia nos demuestra que el reconocimiento del derecho en la norma no es suficiente para que todos los miembros de la sociedad puedan ejercerlo plenamente. Este es el punto donde la separación entre la sexualidad y la reproducción se relaciona estrechamente con la familia en un sentido plural. Con el paso de los años, desde el ámbito normativo se han legitimado también otras formas familiares, tomando como principio rector la diversidad y las nuevas realidades, en armonía con el principio de igualdad y no discriminación. En otras palabras, la diversidad familiar reconoce que existen diferentes formas de composiciones familiares en la sociedad y que la sexualidad y la reproducción son conceptos diferentes y no se presuponen recíprocamente. En función de lo anterior, es necesario virar el foco con el que miramos el acceso a las

técnicas de reproducción asistida hacia un enfoque plural y de derechos humanos.

IV.2. Jurisprudencia regional: Principio de diversidad familiar

El derecho a fundar una familia, de acuerdo con el proyecto de vida propio, se relaciona íntimamente con derecho a la vida privada, con la autonomía reproductiva y, en algunos casos, con el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Si bien en el caso “Artavia Murillo” la Corte IDH no hizo mención alguna (porque no fue planteado) al acceso a las TRHA por parte de personas solas o parejas del mismo sexo, existen dos precedentes que permiten inferir cuál es el estándar internacional al respecto.

El primer caso es *Atala Riffo y niñas v. Chile*²⁶. El Tribunal regional ya había referido que la orientación sexual como fundamento de un tratamiento diferenciado en relación con la maternidad constituía una categoría de discriminación prohibida.

Aquí, es importante tener presente los hechos del caso: la actora, Karen Atala Riffo –de profesión jueza– acordó con su ex marido que sus tres hijas vivirían con ella cuando se separaron. Tiempo después, la actora formó pareja con otra mujer, quien comenzó a convivir en la misma casa con ella y sus tres hijas. En virtud de este hecho, el padre solicitó la tenencia de las niñas. Tanto el juzgado mencionado como la Corte de Apelaciones de Temuco rechazaron este pedido. Sin embar-

go, la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile le concedió al padre la tenencia definitiva de las niñas.

La Corte IDH entendió que una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental para garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para resguardar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. Agregó que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características de las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños²⁷.

Asimismo, manifestó que en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, que en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario, se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos²⁸.

Finalmente, la Corte IDH sostuvo que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, y mucho menos se protege solo un modelo

26 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas v. Chile*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

27 Considerando 111.

28 Considerando 120.

tradicional familiar. Además reiteró que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho, donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio²⁹.

El segundo caso es *Fornerón e hija v. Argentina*³⁰, donde la Corte IDH se refirió a la familia monoparental. En este caso, al día siguiente a su nacimiento, la niña M. había sido entregada en guarda provisoria con fines de adopción por su progenitora al matrimonio B-Z, en presencia del Defensor de Pobres y Menores Suplente de la ciudad de Victoria, provincia de Entre Ríos. Todo ello, sin el conocimiento del padre de la niña, el Sr. Fornerón.

Tras el nacimiento de M., y ante las dudas sobre el paradero de la niña y sobre su paternidad, el Sr. Fornerón acudió ante la Defensoría de Pobres y Menores manifestando que deseaba hacerse cargo de la niña y, un mes después del nacimiento de la niña, Sr. Fornerón reconoció legalmente a su hija. Asimismo, en el procedimiento judicial sobre la guarda se practicó una prueba de ADN que confirmó la paternidad del Sr. Fornerón. Este fue llamado a comparecer ante el juez y manifestó en todo momento su oposición a la guarda y requirió que la niña le fuera entregada. Sin embargo, el juez de primera instancia otorgó la guarda judicial de la niña al matrimonio B-Z, decisión que fue recurrida por el Sr. Fornerón en todas las instancias judiciales. A pesar de ello, el Superior Tribunal de Justicia de En-

tre Ríos confirmó la sentencia de primera instancia y, con posterioridad, el juez de grado otorgó la adopción simple de la niña al matrimonio mencionado.

En lo que aquí interesa, la Corte IDH dejó asentada su oposición a las ideas preconcebidas sobre el rol de un hombre y una mujer en cuanto a determinadas funciones o procesos reproductivos, en relación con una futura maternidad y paternidad. En consecuencia, sostuvo que se trata de nociones basadas en estereotipos que indican la necesidad de determinados vínculos afectivos o de supuestos deseos mutuos de formar una familia, la presunta importancia de la “formalidad” de la relación y el rol de un padre durante un embarazo. Asimismo, cuestionó también la idea preconcebida de lo que es ser un progenitor único y el estado civil de soltero del padre, como fundamento para privarlo judicialmente del ejercicio de sus funciones, en el entendimiento de que ello constituye una denegación de un derecho basada en estereotipos sobre la capacidad, cualidades o atributos para ejercer la paternidad de manera individual.

En definitiva, la Corte IDH refirió que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, y mucho menos se protege solo un modelo familiar, y que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano.

De los estándares fijados por la Corte IDH en los casos reseñados surge claramente que la normativa internacional consagra la diversidad de las formas familiares y ello debe ser receptado por los tribunales nacionales, conforme lo

²⁹ Considerando 142.

³⁰ Corte IDH. *Caso Fornerón e hija v. Argentina*. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242.

sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Mazzeo”³¹.

IV.3 Jurisprudencia nacional: Acceso (o no) a los derechos reproductivos

A continuación, destacaremos algunos precedentes jurisprudenciales nacionales que permiten ilustrar cómo las valoraciones ético-morales han sido utilizadas para desconocer (en instancia judicial o prejudicial) el acceso a los derechos reproductivos de algunas personas porque no encajaban en la visión tradicional del “deber ser” familiar.

a) En el fallo “K., C. N. c/ OSECAC s/ acción de amparo”³², la Cámara Federal de Bahía Blanca –antes de la sanción de la ley 26.862– rechazó el reclamo de la actora por la cobertura total e integral del tratamiento de reproducción asistida de ovodonación. Los fundamentos de la Cámara se basaron en la falta de regulación específica y en el entendimiento de que la fecundación heteróloga “vulneraba el derecho de los hijos a ser concebidos en el matrimonio y por el matrimonio”.

El 27 de mayo de 2014, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por unanimidad, declaró abstracta la cuestión –con motivo de la sanción de la ley 26.862 sobreviniente– y revocó la sentencia apelada. Sin perjuicio de ello –lamentable-

31 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, *Fallos* 330:3248 (2007), consid. 20 del voto de la mayoría.

32 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “K., C. N. c/ OSECAC s/ acción de Amparo”, 27/05/2014, Expediente: K. 12. XLIX. REX. Enlace: <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=711627>.

mente– ni la Corte ni la Procuración General de la Nación se detuvieron sobre la postura de la Cámara mencionada, que resulta a todas luces contraria a los estándares internacionales que rigen la materia, ya que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 17 inc. 5, dispone que se deben reconocer iguales derechos a los hijos nacidos tanto dentro como fuera del matrimonio.

Aunque la resolución es previa a la sanción de la ley 26.862, queda claro que la posición de la Cámara Federal de Bahía Blanca da cuenta de una concepción tradicional que no habilita la diversidad familiar y que restringe el derecho a formar una familia diferente a la “matrimonial”. Esta concepción no solo ignora la realidad, sino que vulnera de manera burda los derechos reproductivos de las personas implicadas, a la vez que desoye la evolución del derecho.

b) En los autos “N., V. A. y otra c/ Instituto Obra Médico Asistencial (I.O.M.A.) s/ amparo”³³, el Tribunal en lo Criminal N° 4 de La Plata condenó a la obra social a brindar el 100% de cobertura del tratamiento solicitado por dos mujeres unidas en matrimonio. En el caso, la obra social había rechazado la cobertura de fertilización *in vitro* de alta complejidad con donación de óvulos (ovodonación) y espermatozoides que requería la patología de infertilidad de las actoras. El tribunal sostuvo que la normativa legal de ese Estado provincial –que solo indica la cobertura de los tratamientos de fertilización asistida homóloga– era

33 Tribunal en lo Criminal N° 4 de la Plata, “N., V. A. y otra c/ Instituto Obra Médico Asistencial (I.O.M.A.) s/ amparo”, 18 de junio de 2014. Consultado: 22 de febrero de 2016. <http://www.rubinzalonline.com.ar/fallo/9335/>.

discriminatoria para los matrimonios igualitarios³⁴. Este fallo ilustra que fue necesaria la judicialización para lograr el acceso a la cobertura de TRHA.

c) En el caso “RAM c. IAPOS³⁵”, la actora inició un amparo contra su obra social a fin de que le brinde la cobertura del tratamiento de fertilización de alta complejidad con donación de gametos. La demandada se había negado a brindar la cobertura alegando que, conforme disposiciones internas, los afiliados que no se encuentren casados ni posean pareja conviviente no podían acceder a los tratamientos de fertilización asistida.

El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de 16ta. Nom. de Rosario, Santa Fe, el 17 de septiembre de 2015 hizo lugar al amparo y a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenó a la demandada a asumir el 100% de los costos derivados del tratamiento de fertilización asistida indicado en la prescripción médica. Para ello, el magistrado aplicó la ley 26.862 y sostuvo que “la reglamentación

34 Ver comentario al fallo realizado por Agustina Pérez y Mariana Vázquez Acatto. 2014. “Donación de gametos y derecho a formar una familia en parejas del mismo sexo. ¿Cómo entender el acceso integral a técnicas de reproducción humana asistida en clave de derechos humanos?”. Fallo Comentado: Tribunal Criminal Nro. 4 de La Plata ~ 2014-06-18 ~ N., V. A. y otra c. Instituto Obra Médica Asistencia (IOMA) s/ amparo Publicado: RDF - 2015-I - 54 http://colectivoderechodefamilia.com/wp-content/uploads/2015/05/AP_MVA.-Donaci%C3%B3n-de-gametos-y-derecho-a-formar-una-familia.pdf.

35 Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial 16ta. nominación de Rosario, Santa Fe, “RAM c/IAPOS s/recurso de amparo”, 17 de septiembre de 2015 <http://www.infojus.gob.ar/una-obra-social-puede-denegar-tratamiento-fertilizacion-estado-civil-afiliada-nv12832-2015-09-17/123456789-0abc-238-21ti-lpssedadevon>.

del IAPOS limitando el beneficio a aquellas personas que posean pareja conviviente aparece claramente violatoria de la normativa nacional a la que debe subordinarse”. De la misma manera que en el caso anterior, la mujer tuvo que iniciar una acción judicial para lograr el acceso a las TRHA.

En cuanto al principio de diversidad familiar, estos casos nos permiten mostrar distintas respuestas de los operadores jurídicos para resolver los reclamos de TRHA en casos de familias conformadas en unión convivencial (a), pareja del mismo sexo (b) y mujer sola (c)³⁶.

A esta altura, está claro que a todas las personas se les reconoce el derecho a procrear. Aunque dicha afirmación resulte una obviedad, creemos necesario remarcarlo como así también resaltar que este derecho se vincula estrechamente con el principio de diversidad familiar. Muchas veces, el ejercicio efectivo de este derecho queda condicionado por la idea preestablecida que se tenga sobre el concepto de familias. Sin lugar a dudas, ello influye en los operadores judiciales que a diario deben decidir, defender o dictaminar sobre el otorgamiento de la cobertura de las técnicas de fertilización asistida.

36 Con respecto a este tema, recomendamos también la lectura de Mari-sa Herrera y Carolina Duprat, “Cuando el Código Civil y Comercial contiene a todos, incluida Juana Repetto” 28/01/2016 disponible en formato digital en: dpicuantico.com/2016/01/28/cuando-el-codigo-civil-y-comercial-contiene-a-todos-incluida-juana-repetto/; y la nota sobre “Fertilización y prejuicios”, por Mariana Carbajal publicada en el diario *Página 12*, el jueves 28 de enero de 2016, disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-291286-2016-01-28.html>.

V. Reflexiones finales: Desafíos para el acceso igualitario a la salud reproductiva. La intervención de la defensa pública

Como colofón, en este apartado nos interesa enfocar la cuestión del acceso a la cobertura de la salud reproductiva desde dos ángulos: por un lado, desde la infertilidad y, por el otro, en relación con la infecundidad. En ambas situaciones, aunque desde perspectivas diferentes, se encuentran involucradas personas en situación de vulnerabilidad cuyos derechos deben ser garantizados en los términos establecidos por las 100 Reglas de Brasilia³⁷. Estas consideran en condición de vulnerabilidad a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud, ante el sistema de justicia, los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (Regla 3).

En el primer caso, si ponemos la mirada en la problemática de la infertilidad, el acceso a las técnicas de fertilización asistida, en ejercicio de los derechos reproductivos, debe enfocarse desde la normativa que protege a las personas con discapacidad³⁸.

37 XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. *100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*. Consultado: 22 de febrero de 2016, http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=10cef78a-d983-4202-816e-3ee95d9c1c3f&groupId=10124.

38 La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU (CDPCD, aprobada por la ley 26.378 y cuya jerarquía constitucional fue recientemente reconocida mediante la ley 27.044) en su artículo 23 describe los derechos sexuales y reproductivos, incluidos el derecho a ser padres y madres, a decidir cuantos hijos tener o no tener y formar una familia.

En el segundo caso, en relación con la infecundidad, el abordaje para el acceso a las técnicas se planteará desde el derecho a procrear de las parejas del mismo sexo y las mujeres solas, a la luz del principio de igualdad y no discriminación³⁹. Advertimos que ambas situaciones involucran los derechos reproductivos de personas en situación de vulnerabilidad, ya sea en razón de la discapacidad, del género, de la orientación sexual o del estado civil⁴⁰.

A pesar de los avances normativos que han reconocido los derechos reproductivos como derechos humanos, en nuestra sociedad todavía existe mucha resistencia para aceptar las diferencias. Si bien celebramos que tanto la normativa nacional como la internacional hayan consagrado los derechos reproductivos desde el principio del pluralismo, no podemos dejar de reconocer que continúa existiendo una

39 La Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer define la discriminación como “toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (art. 1º). Además, en el fallo “CuvIELLO María Rosa” CSJ 12-8/201J(47-C)/CSI 30/09/2014, la CSJN adhirió a los fundamentos de la PGN y sostuvo que la circunstancia de que la actora se había divorciado por mutuo consentimiento, en lugar de hacerlo por culpa exclusiva del marido, no tiene ninguna relación con la pretensión de la actora de acceder a un beneficio previsional derivado del fallecimiento de su padre. La Corte entendió que la negativa a otorgar el beneficio previsional –diferencia de trato basada en el estado civil de la actora– constituye una discriminación irrazonable, contraria a derechos constitucional e internacionalmente reconocidos.

40 Enmarcada dentro de las “circunstancias culturales” conforme la Regla tres de las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad.

oposición de algunos operadores administrativos⁴¹ y jurídicos para facilitar el ejercicio de tales derechos.

Sobre este punto, queremos destacar que el concepto jurídico de familia atraviesa distintas facetas de la vida de las personas y, por lo tanto:

Es necesario repensar a las familias desde esta mirada distinta, de igualdad y democracia. La familia puede funcionar como el ámbito por excelencia de protección de los derechos individuales de sus miembros o, por el contrario, ser el espacio de la producción y reproducción del daño y la vulnerabilidad (Taber 2005).

Además, reiteramos la deuda del Estado argentino en regular sobre la maternidad subrogada. Este vacío legal excluye a las parejas conformadas por hombres, a las mujeres con dificultades para gestar y a los hombres solos de su legítimo derecho a formar una familia.

Los desafíos para el acceso igualitario a la salud reproductiva en la Argentina involucran, por un lado, la eliminación de las barreras para que efectivamente tanto las personas que padecen infertilidad como aquellas comprendidas dentro de la definición de infecundidad puedan ejercer su derecho a procrear. Por el otro, en relación con las parejas de hom-

41 Por ejemplo, en sede administrativa existe un reclamo de una mujer -de 38 años y que está en pareja con otra mujer- ante la negativa de la Obra Social del Poder Judicial (OSPJN) a brindarle la cobertura integral de los tratamientos de reproducción asistida, solicitados desde abril de 2014, y que incluyen donación de esperma (Mariana Carbajal 2014). <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-262750-2014-12-27.html>.

bres, con las mujeres que desean ser madres y no pueden gestar y con los hombres solos, los desafíos están puestos en la regulación de la maternidad subrogada.

Hay que advertir que detrás de estos desafíos subyace otro -quizás más grande- que es la incorporación del principio de diversidad familiar y del principio de igualdad y no discriminación por parte de la sociedad y, fundamentalmente, por parte de los operadores jurídicos.

El acceso a la justicia de las mujeres y hombres juega un rol preponderante para que se vea efectivizado el derecho a formar una familia de la manera que cada cual elija. Por ello, entendemos que las personas que desean acceder a las TRHA se encuentran en una situación de vulnerabilidad en los términos establecidos por las 100 Reglas de Brasilia mencionados.

Aun luego de la sanción de la ley 26.862, continúa siendo necesaria la exigibilidad de estos derechos ante los tribunales para su efectiva concreción. En consecuencia, resulta claro que estos casos requieren de una defensa efectiva para lograr el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna⁴².

Es en este punto en el que la defensa pública tiene un rol clave: su intervención deviene fundamental para garantizar los derechos reproductivos de los grupos desventajados que mencionamos. Esta intervención se encuadra tanto en

42 En consultas informales, nos han comunicado que no se reciben consultas sobre la temática en la órbita de Ministerio Público de la Defensa de la Nación.

las Reglas de Brasilia 28 y 29⁴³, que promueven la asistencia técnico-jurídica de la persona en condición de vulnerabilidad; como en el art. 42 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación⁴⁴, que establece como deberes de los Defensores Públicos Oficiales: ejercer el patrocinio y representación de quien invoque y justifique situación de vulnerabilidad (inc. a); desplegar acciones de abordaje territorial y relevamiento de demandas individuales y colectivas, si las características de la problemática o la situación de vulnerabilidad las exigieren, para la optimización de la prestación del servicio (inc. m); y promover la defensa y protección de los derechos económicos, sociales y culturales mediante acciones judiciales y extrajudiciales, de carácter individual o colectivo (inc. o).

En definitiva, consideramos necesario que la defensa pública

43 (Regla 28) Se constata la relevancia del asesoramiento técnico-jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad:

- En el ámbito de la asistencia legal, es decir, la consulta jurídica sobre toda cuestión susceptible de afectar a los derechos o intereses legítimos de la persona en condición de vulnerabilidad, incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial;
- En el ámbito de la defensa, para defender derechos en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales; [...]

(Regla 29) Se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la ampliación de funciones de la defensoría pública, no solamente en el orden penal, sino también en otros órdenes jurisdiccionales; a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada: consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados.

44 Ley N° 27.149. Sancionada el 10 de junio de 2015 y promulgada el 17 de junio de 2015. Consultado: 17 de febrero de 2016. <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/245000-249999/248189/texact.htm>.

realice una interpretación del concepto de vulnerabilidad – en sentido amplio– con respecto a su intervención a favor del ejercicio del derecho a la salud reproductiva, con una mirada acorde a los derechos humanos, basada en los principios de igualdad y no discriminación y diversidad familiar.

Bibliografía

Doctrina

Ariza, Lucía. 2011. “‘Dar vida’: en torno al derecho a la cobertura médica del tratamiento de la infertilidad”. En: Karina Felitti (coord.). *Madre no hay una sola. Experiencias de maternidad en la Argentina actual*, 73-91. Buenos Aires: Ciccus.

Bergallo, Paola. 2012. Audiencia pública celebrada en el caso *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) v. Costa Rica* ante la Corte IDH. Consultado: 22 de febrero de 2016. <https://vimeo.com/48973738>.

Diniz, Debora y Gomes Costa, Rosely. 2005. “Infertilidad e infecundidad: acceso a las nuevas tecnologías conceptivas”. *SeriAs para el debate*, 4: 13-23. Consultado: 22 de febrero de 2016. <http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/Derechos%20reproductivos.pdf>.

Famá, María Victoria. 2013. “Incidencia de la Ley 26.862 sobre acceso integral a las técnicas de Reproducción Asistida”. *Derecho de Familia y de las Personas*. La cita online sujeta a suscripción es la siguiente: AR/DOC/2625/2013.

Garay, Oscar Ernesto. 2013. “Cobertura, igualdad e inclusión en la ley de fertilización humana asistida”. *La Ley* 2013-D. La cita online sujeta a suscripción es la siguiente: AR/DOC/2361/2013.

Gil Domínguez, Andrés. 2013. “La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales”. *Derecho de familia y de las personas*, 24. La cita online sujeta a suscripción es la siguiente: AR/DOC/2629/2013.

Herrera, Marisa. 2013. "La Ley de cobertura médica para los tratamientos de reproducción asistida. Saldando deudas". *La Ley* 2013-C, 1281. La cita online sujeta a suscripción es la siguiente: AR/DOC/2256/2013.

Herrera, Marisa. 2014a. "Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar". *La Ley, Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial* 39. La cita online sujeta a suscripción es la siguiente: AR/DOC/3846/2014.

Herrera, Marisa. 2014b. "Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación". *Infojus*. Consultado: 22 de febrero de 2016. <http://www.infojus.gob.ar/marisa-herrera-principales-cambios-relaciones-familia-nuevo-codigo-civil-comercial-nacion-dacfl40723-2014-10-02/123456789-0abc-defg3270-41fcanirtcod>.

Herrera, Marisa y Carolina Duprat. 2016. "Cuando el Código Civil y Comercial contiene a todos, incluida Juana Repetto" 28/01/2016. Consultado: 22 de febrero de 2016. <http://www.dpicuatico.com/2016/01/28/cuando-el-codigo-civil-y-comercial-contiene-a-todos-incluida-juana-repetto/>.

Herrera, Marisa y Eleonora Lamm. 2013. "Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia". *La Ley* 2013-D, 1037. La cita online sujeta a suscripción es la siguiente: AR/DOC/2899/2013.

Herrera, Marisa, Natalia De La Torre y Agustina Bladillo. 2013. "Cubrir y descubrir la lógica de la doctrina jurisprudencial en materia de técnicas de reproducción asistida". *Suplemento Jurisprudencia Argentina* 2013-II-13.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, Marisa Herrera y Eleonora Lamm, 2014a. "Cuando voces autorizadas se suman para llegar a buen puerto: No a la actuación del asesor de menores como 'defensor de los embriones'". *La Ley* 2014-E, 1372. La cita online sujeta a suscripción es la siguiente: AR/DOC/3667/2014).

Kemelmajer de Carlucci, Aída, Marisa Herrera y Eleonora Lamm. 2014b. "Hacia la ley especial de reproducción asistida: cuando la razón prima". *La Ley* 2014-F.

Kemelmajer de Carlucci, Aída Rosa. 2014. "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014". *La Ley* 2014-E, 1267. Consultado: 22 de febrero de 2016. <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/Las-nuevas-realidades-familiares-en-el-Codigo-Civil-y-Comercial-argentino-de-2014.-Por-Aida-Kemelmajer-de-Carlucci.pdf>.

Lavalle, Mariana y Mercedes Robba. 2015. "Reflections on the Issue of Reproductive Health in Argentina: Challenges for Egalitarian Access". *Legal Information Management*, 15 (02): 121-131. Consultado: 22 de febrero de 2016, <http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=9787090&fileId=S1472669615000316> ó <http://dx.doi.org/10.1017/S1472669615000316>.

Pérez, Agustina. 2015. "Género y tecnologías reproductivas. Una aproximación desde el trabajo de campo". Consultado: 22 de febrero de 2016. <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/05/AP.-G%C3%A9nero-y-tecnolog%C3%ADas-reproductivas.pdf>.

Pérez, Agustina; Vázquez Acatto, Mariana. 2014. "Donación de gametos y derecho a formar una familia en parejas del mismo sexo. ¿Cómo entender el acceso integral a técnicas de reproducción humana asistida en clave de derechos humanos?". Fallo Comentado: Tribunal Criminal Nro. 4 de La Plata ~ 2014-06-18 ~ N., V. A. y otra c. Instituto Obra Médica Asistencia (IOMA) s/ amparo. Publicado: RDF - 2015-I - 54. Consultado: 22 de febrero de 2016. http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/05/AP_MVA.-Donaci%C3%B3n-de-gametos-y-derecho-a-formar-una-familia.pdf.

Pitch, Tamar. 2003. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta.

Rosales, Pablo Oscar. 2013. "Breve reseña de la reciente Ley nacional 26.862 de reproducción médicamente Asistida". *Derecho de Familia y de las Personas*, 72. La cita online sujeta a suscripción es la siguiente: AR/DOC/2636/2013.

Rosales, Pablo Oscar. 2013. *Fertilización humana asistida. Aspectos legales, jurisprudenciales y sociales desde un abordaje interdisciplinario*. Buenos Aires: La Ley; Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho.

Scardino, Marisa. 2015a. *Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de familia*, 68: 363-388.

Scardino, Marisa. 2015b. *Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de familia*, 70: 313-332.

Secretaría de Capacitación y Jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa. 2015. *Boletín Electrónico de Jurisprudencia Internacional sobre Protección de la familia*, 12. Consultado: 22 de febrero de 2016, <http://colectivoderechofamilia.com/boletin-electronico-de-jurisprudencia-internacional-emitido-por-el-ministerio-publico-de-la-defensa/>.

Taber, Beatriz (coord.). 2005. "Familia, adolescentes y jóvenes desde una perspectiva de derechos". *Proponer y Dialogar 2*. Buenos Aires: Unicef, Oficina de Argentina. Consultado: 22 de febrero de 2016. http://www.unicef.org/argentina/spanish/Proponer_y_Dialogar2.pdf.

Yamin, Alicia Ely (comp.) y Siri Gloppen (comp.). 2013. *La lucha por los derechos de la salud ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Artículos periodísticos

Carbajal, Mariana. 2014. "Artilugios para discriminar". *Página 12*. 27 de diciembre. Consultado: 22 de febrero de 2016. <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-262750-2014-12-27.html>.

"Código Civil: eliminan el alquiler de vientre pero sigue el divorcio exprés y la separación de bienes", *iprofesional: Legales*, 15 de noviembre de 2013. Consultado: 22 de febrero de 2016. <http://www.iprofesional.com/notas/174545-Codigo-Civil-eliminacion-del-alquiler-de-ventre-pero-sigue-el-divorcio-exprs-y-la-separacion-de-bienes>.

"La maternidad subrogada, en el Código Civil", *Clarín: Sociedad*, 4 de julio de 2012. Consultado: 22 de febrero de 2016. http://www.clarin.com/sociedad/maternidad-subrogada-Codigo-Civil_0_730726966.html.

Jurisprudencia internacional

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) v. Costa Rica*. Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas v. Chile*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Corte IDH. *Caso Fornerón e hija v. Argentina*. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242.

Documentos de organismos internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), adoptada por Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos (OEA), B-32, 22 de noviembre de 1969.

Convención contra la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 61/106, 24 de enero de 2007.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Resolución XXX, 1948.

Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), aprobada por la Asamblea General (ONU), Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.

Organización Mundial de la Salud (OMS). *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 19 de junio al 22 de julio de 1946.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado por la Asamblea General, Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", adoptado en la Asamblea General (ONU) - 18º período ordinario de sesiones, 11/17/88.

XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. *100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*. Consultado: 22 de febrero de 2016. http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=10cef78a-d983-4202-816e-3ee95d9c1c3f&groupId=10124.

Jurisprudencia nacional

Cámara de Apelaciones Contenciosa Administrativa y Tributaria de la CABA (CAyT) - Sala I, “D. N. S. E. Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO” Expte. N°: A37847-2015/O del 26/10/2015.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, *Fallos* 330:3248 (2007).

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “K., C. N. c/ OSECAC s/ acción de Amparo”, 27/05/2014, Expediente: K. 12. XLIX. REX. Enlace: <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=711627>.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Cuviello María Rosa” CSJ 12-8/201J(47-C)/CSI, 30/09/2014.

Juzgado en lo CAyT N° 17 “B.F.M. y OTROS c/ GCBA s/ AMPARO” Expte. N°: A12698-2014/O, del 18/12/2014.

Juzgado Nacional en lo Civil (JNCiv.) N° 83, “N. o s/ Inscripción de Nacimiento”, 25/06/2015.

JNCiv. N° 86, “N. N. o D. G. M. B. M. s/ inscripción de nacimiento”, 18/06/2013.

JNCiv. N° 102, “C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/ impugnación de maternidad” Expte. N° 81682/2014, 18/05/2015.

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial 16ta nominación de Rosario, Santa Fe, “RAM c/ IAPOS s/ recurso de amparo”, 17 de septiembre de 2015.

Tribunal en lo Criminal N° 4 de la Plata, “N., V. A. y otra c/ Instituto Obra Médico Asistencial (I.O.M.A.) s/ amparo”, 18 de junio de 2014. Consultado: 22 de febrero de 2016. <http://www.rubinzalonline.com.ar/fallo/9335/>.

Documentos de organismos nacionales

XXXXXXX. “Fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”. Consultado: 22 de febrero de 2016. <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.

