

PENSAR EN DERECHO N°16



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

PENSAR EN **DERECHO**

NRO. 16 AÑO 9

Directora

Mónica Pinto

Comité editorial

Guido Barbarosch

Ivana Bloch

María Victoria Famá

Gisela Makowski

Juan Pablo Mugnolo

Alberto A. Spota

Iván Cristóbal Tolnay de Hagymassy

Comité Académico

Susana Albanese

Susana Cayuso

Raúl Etcheverry

Fernando García Pullés

Carlos Gherzi

Adrián Goldin

Martín Krause

Delia Lipszyc

Luis Niño

Renato Rabbi Baldi

Coordinación de la revista

Bárbara Weinschelbaum



Eudeba

Universidad de Buenos Aires

1º edición: julio 2020

© 2020

Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires

Sociedad de Economía Mixta

Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires

Tel: 4383-8025 / Fax: 4383-2202

www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723

ISSN: 2314-0194



No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Autoridades

Decano: *Dr. Alberto J. Bueres*

Vicedecano: *Dr. Marcelo Gebhardt*

Consejo Directivo de la Facultad de Derecho

Claustro de profesores

Consejeros titulares

Prof. Oscar Ameal
Prof. Ernesto Marcer
Prof. Leila Devia
Prof. Gonzalo Álvarez
Prof. Luis Mariano Genovesi
Prof. Luis Niño
Prof. Daniel R. Vítolo
Prof. Alfredo Vítolo

Consejeros suplentes

Prof. Marcelo Gebhardt
Prof. Mary Beloff
Prof. Raúl Gustavo Ferreyra
Prof. Juan Pablo Mugnolo
Prof. Carlos Clerc
Prof. Silvina González Napolitano
Prof. Graciela Medina
Prof. Alejandro Argento

Claustro de graduados

Consejeros titulares

Ab. Carlos Mas Velez
Ab. Silvia Bianco
Ab. Fabián Leonardi
Ab. Fernando Muriel

Consejeros suplentes

Ab. Elisa Romano
Ab. Oscar Jiménez Peña
Ab. Aldo C. Gallotti
Ab. Ana Florencia Adeldardi Miranda

Claustro de estudiantes

Consejeros titulares

Víctor F. Dekker
Catalina Cancela Echegaray
Yamila P. Ramos López
Luis R. López Lage

Consejeros suplentes

Mauro C. Vera
María del Pilar Ciambotti
Javier W. Bica Ríos
Julia Ben Ishai

Representante No Docente

Sra. Lorena Castaño

Secretarios

Secretaría Académica: *Dra. Silvia C. Nonna*

Secretario de Administración: *Ab. Carlos A. Bedini*

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: *Ab. Oscar M. Zoppi*
Secretario de Investigación: *Dr. Daniel Pastor*
Secretario de Coordinación y Relaciones Institucionales: *Ab. Marcelo Haissiner*

Subsecretarios

Subsecretario Académico: *Ab. Lucas G. Bettendorff*
Subsecretario de Administración: *Ab. Rodrigo Masini*
Subsecretario de Investigación: *Dr. Emiliano J. Buis*
Subsecretario Técnico en Administración: *Ab. Daniel Díaz*
Subsecretario de Planeamiento Educativo: *Dra. Noemí Goldsztern de Rempel*

Índice

Dossier Pensando el Covid y los derechos

La Argentina y el diálogo social de cara al Covid-19 en el marco
de las normas internacionales del trabajo 9
Mario E. Ackerman

Emergencia, DESC y la necesidad de una política fiscal con perspectiva
de derechos humanos19
Martín Sigal

La emergencia y el estado constitucional de derecho.....67
Alberto Ricardo Dalla Vía

La Constitución y la emergencia sanitaria. Frente al autoritarismo ineficaz.....75
Juan Vicente Sola

La situación carcelaria ante la aparición del Covid-19 85
Leonardo Pitlevnik

Femicidios sin cuarentena: prevención y atención de las violencias
en contexto de aislamiento social..... 93
Natalia Gherardi

El trabajo en tiempos del Coronavirus.....103
Patricia López Aufranc

Artículos recibidos por convocatoria abierta

La responsabilidad internacional del Estado frente a las violaciones a los derechos humanos detrás de los obstáculos a la interrupción legal del embarazo111
Marcelo López Alfonsín y Luciana Salerno

El delito de trata de personas. Un examen a la luz del caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del caso “Rantsev” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Puntos de acuerdo y divergencias143
María Fernanda García

Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCAs. El camino de la justiciabilidad directa: de “Lagos del Campo” a “Asociación Lhaka Honhat”183
Julieta Rossi

Ética judicial237
Luciana Melograna

La Corte Suprema como árbitro de la democracia: una reflexión sobre la intervención del máximo tribunal en controversias electorales..... 271
Ma. Alejandra Perícola y Gonzalo Joaquín Linares

Dossier

Pensando el Covid y los derechos

La Argentina y el diálogo social de cara al Covid-19 en el marco de las normas internacionales del trabajo

*Mario E. Ackerman**

Resumen

Un importante documento de la OIT, apoyado en el sistema de Normas Internacionales del Trabajo, indica las principales medidas jurídicas y de política que podrían adoptarse frente a la crisis sanitaria provocada por el Covid-19. En ese documento se destaca la importancia que debe tener en estas circunstancias el diálogo social. La Argentina, empero, exhibe en esa materia su mayor déficit.

Palabras clave: Organización Internacional del Trabajo, Normas Internacionales del Trabajo, Covid-19, diálogo social.

Argentina and Social Dialogue Facing Covid-19 within the Framework of International Labor Standards

Abstract

An important ILO document, supported by the International Labor Standards System, indicates the main legal and policy measures that could

* Jurista argentino. Doctor y Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires (UBA) a cargo de la Cátedra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Director de la Maestría y de la Carrera de Especialización en Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la UBA. Exmiembro (2005/2017) de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo; marioackerman@gmail.com.

be adopted in the face of the health crisis caused by Covid-19. That document highlights the importance of social dialogue in these circumstances. However, Argentina exhibits in this area its greatest deficit.

Keywords: ILO, International Labor Standards, Covid-19, Social Dialogue.

I. Introducción

En los *considerandos* del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) Nro. 329/2020, del 31 de marzo de 2020, con el que se prohibieron en la Argentina, por el plazo de sesenta días, tanto los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor como las suspensiones por estas dos últimas causas, entre otros fundamentos para la adopción de estas medidas se expresó:

Que la Organización Internacional del Trabajo, el 23 de marzo de 2020, ha emitido un documento “Las normas de la OIT y el Covid 19 (coronavirus)” que revela la preocupación mundial y alude a la necesidad de que los gobiernos implementen medidas dirigidas a paliar los efectos nocivos en el mundo del trabajo, en particular en lo referido a la conservación de los puestos de labor y en tal sentido recuerda la importancia de tener presente la Recomendación 166, que subraya “que todas las partes interesadas deberían tratar de evitar o limitar en todo lo posible la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio, y esforzarse por atenuar las consecuencias adversas de toda terminación de la relación de trabajo por estos motivos, para el trabajador o trabajadores interesados.

El documento citado fue elaborado por el Departamento de Normas de la Oficina Internacional del Trabajo y publicado en el sitio web de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹ y, según se indica en los párrafos

1. OIT - Normas, *Las normas de la OIT y el Covid-19 (coronavirus); Preguntas frecuentes; Disposiciones fundamentales de las normas internacionales del trabajo pertinentes*

introdutorios, luego de afirmarse que las normas internacionales del trabajo (NIT) son un “punto de referencia en el contexto de la respuesta a la crisis provocada por el brote de Covid-19”, se considera que ellas “contienen orientaciones específicas sobre medidas de política que podrían alentar la utilización de un enfoque centrado en las personas para abordar la crisis y el período de recuperación posterior” y se subraya luego que “el respeto de estas normas también contribuye a fomentar una cultura de diálogo social y de cooperación en el lugar de trabajo”.²

Amén de que debe destacarse que, al transcribirse en los *considerandos* del DNU 329/2020 el párrafo del documento de la OIT,³ se ha omitido su frase final,⁴ donde se recuerda que la referida Recomendación “también prevé que, cuando proceda, la autoridad competente debería ayudar a las partes a buscar soluciones a los problemas que planteen las terminaciones previstas”. Es interesante repasar los puntos principales de ese documento –que, por cierto, aborda una variedad de respuestas que van mucho más allá de las normas sobre la terminación de la relación de trabajo–, para destacar aquí al que puede calificarse como el mayor déficit en las medidas adoptadas por la Argentina, como lo es la ausencia de *diálogo social*.

II. El documento de la OIT “Las normas de la OIT y el Covid-19 (coronavirus)”

El documento elaborado por el Departamento de Normas de la OIT, como lo anticipa su subtítulo y se explica en su presentación, *es una compilación de respuestas a las preguntas más frecuentes relacionadas con las normas internacionales del trabajo y el Covid-19* y que, como tal, *no aborda de manera exhaustiva las medidas jurídicas o de política que podrían adoptarse*.

en el contexto del brote de Covid-19, Ginebra, 23 de marzo de 2020 - Versión 1.2, www.ilo.org (citado en adelante también como “el documento de la OIT”).

2. OIT - *Ibid.*, p. 4.

3. Que en su página 12 reproduce el inciso (1) del párrafo 19 de la *Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166)*.

4. Que, a su vez, reitera el contenido del inciso (2) del mismo párrafo 19 de la *Recomendación núm. 166*.

Planteado así su propósito, se responde a veinticinco preguntas que corresponden a seis grandes grupos de cuestiones:

- Evitar las pérdidas de empleos y mantener los niveles de ingresos.
- Seguridad y salud en el trabajo.
- Prevención y protección contra la discriminación y protección de la privacidad.
- Derecho a licencia y modalidades de trabajo especiales.
- La flexibilidad de las normas internacionales del trabajo en situaciones de emergencia.
- Categorías específicas de trabajadores y sectores.

Materias estas que vienen precedidas de dos primeras preguntas generales:

¿Qué dicen las normas internacionales del trabajo acerca de la respuesta a la crisis?

¿Qué papel desempeña el diálogo social para enfrentar la epidemia del Covid-19?

Y las respuestas, tanto a estos interrogantes iniciales como a los restantes agrupados en torno de las materias abordadas, están apoyadas en las reglas contenidas en veinticuatro Convenios⁵ y en un número igual de Recomendaciones⁶ de la OIT.

La comparación de las orientaciones presentadas en el documento de la OIT –apoyadas, como quedó dicho, en el sistema de normas internacionales del trabajo– con las reglas dictadas y las actividades desarrolladas en la Argentina, como reacción frente a la que bien puede ya calificarse como la más grave emergencia sanitaria experimentada por el mundo en la edad contemporánea, deja un balance general con más y con menos en favor del gobierno.

5. Los Convenios Nos. 29, 87, 95, 97, 98, 102, 111, 121, 122, 130, 131, 132, 135, 143, 149, 155, 156, 158, 167, 168, 176, 184, 189 y el MLC, 2006.

6. La Recomendaciones Nos. 3, 86, 94, 116, 120, 121, 122, 135, 143, 151, 134, 157, 164, 165, 166, 169, 171, 176, 192, 194, 201, 202 y 205.

Debe advertirse que Argentina apenas ha ratificado doce⁷ de los Convenios mencionados en el documento de la OIT, con la particularidad adicional de que en el caso del *Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (nro. 102)* excluyó⁸ las trascendentes –y no solo para las cuestiones aquí tratadas– Partes III,⁹ IV¹⁰ y VI.¹¹ Hay un aspecto, medular para la OIT, en el que el déficit es indisimulable: el *diálogo social*.

III. Sin diálogo social

Con apoyo en los párrafos 7, k), 24 y 25 de la Recomendación Núm. 205,¹² se expresa en el documento de la OIT:

Será esencial instaurar un clima de confianza mediante el diálogo social y el tripartismo para aplicar de manera efectiva las medidas destinadas a enfrentar el brote de Covid-19 y sus repercusiones. Fortalecer el respeto de los mecanismos de diálogo social y utilizarlos es una forma de cimentar la resiliencia y el compromiso de los empleadores y de los trabajadores para la adopción de medidas de política dolorosas, pero necesarias. Esto es especialmente importante en momentos de creciente tensión social. La Recomendación sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia, 2017 (núm. 205) recalca en particular la importancia del diálogo social en la respuesta a las situaciones de crisis y la función esencial que incumbe a las organizaciones de empleadores y de trabajadores en las respuestas a las crisis.¹³

A lo que se agrega inmediatamente:

7. Los Convenios Nos. 29, 87, 95, 98, 102, 111, 135, 155, 156, 184, 189 y el MLC, 2006.

8. Según lo admite el mismo Convenio Nro. 102 en su artículo 2do. (inciso a, acápite ii).

9. *Prestaciones monetarias de enfermedad*.

10. *Prestaciones de desempleo*.

11. *Prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional*.

12. *Recomendación sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia, 2017*, como se destaca en el documento de la OIT.

13. OIT - NORMAS, *Las normas...* (cit.), p. 8.

En particular, la Recomendación subraya el papel clave de la consulta y el fomento de la participación activa de las organizaciones de empleadores y de trabajadores en la planificación, la puesta en práctica y el seguimiento de las medidas de recuperación y resiliencia. Hace un llamado a los Estados Miembros para que reconozcan la función esencial que incumbe a las organizaciones de empleadores y de trabajadores en las respuestas a las crisis, teniendo en cuenta el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), y el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98).

El diálogo social a nivel de las empresas es esencial, porque los trabajadores necesitan ser informados y consultados y saber cuáles van a ser las repercusiones sobre sus propias condiciones de empleo y qué medidas pueden tomar por su propia protección y cómo pueden contribuir a contener esas repercusiones.¹⁴

No fue este, sin embargo, el camino elegido en la Argentina. Desde el inicio de la situación de emergencia, el Gobierno adoptó, de manera unilateral e *inaudita*, parte de las principales medidas que afectaron en forma directa a las relaciones de trabajo.

Así, luego de la *ampliación* de la emergencia sanitaria establecida por el Poder Ejecutivo Nacional con el DNU 260/2020, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTEySS) dispuso el otorgamiento de una licencia con goce de haberes –a cargo de los empleadores– a todos los trabajadores a quienes por aplicación del artículo 7mo. de aquel, y en razón de estar afectados por coronavirus o resultar sospechosos o potenciales portadores de la enfermedad, se hubiera impuesto un *aislamiento obligatorio* por 14 días (Resolución 202/2020 MTEySS).¹⁵ Pocos días después, la Resolución MTEySS 207/2020 amplió el ámbito personal de aplicación de las reglas de la Resolución 202/2020.

14. OIT, *Ibid.*, pp. 8 y 9.

15. Con la que, además, se derogaron las Resoluciones MTEySS 178/2020 y 184/2020, que preveían también el otorgamiento de licencias con goce de haberes a favor de quienes *voluntariamente* o por indicación de la autoridad sanitaria debían permanecer aislados en sus hogares.

Todas estas medidas fueron luego llevadas a su extremo por un nuevo DNU, el Nro. 297/2020, que ordenó el *aislamiento social, preventivo y obligatorio* en todo el territorio nacional desde el 20 hasta el 31 de marzo de 2020. Plazo inicialmente prorrogado hasta el 12 de abril 2020 (DNU 325/2020) y luego hasta el 26 de abril de 2020 (DNU 355/2020).

El MTEySS, mientras tanto, complementó inicialmente estas reglas con la Resolución 219/2020, que estableció, entre otras medidas, el pago de los haberes a los trabajadores *alcanzados por el aislamiento social, preventivo y obligatorio* pero, a fin de liberar a los empleadores del peso de las cargas sociales más gravosas, se precisó que dichas prestaciones dinerarias tendrían *carácter no remuneratorio*.

Este último beneficio, sin embargo, fue dejado sin efecto 10 días después, con la Resolución 279/2020 del mismo MTEySS, que derogó y sustituyó, retroactivamente, a la Resolución 219/2020.

Y un paso más en esta escalada reguladora fue producida también por el Poder Ejecutivo nacional con el ya citado DNU 329/2020 que, como se anticipó en el primer párrafo de este trabajo, prohibió *por el plazo de sesenta días tanto los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor como las suspensiones por estas dos últimas causas*.

Al margen de las *idas y vueltas* de esta intervención del Estado en la vida de las relaciones de trabajo, que bien puede atribuirse –y con esto justificarse– a la impensada y sorprendente dinámica expansiva de esta pandemia, no puede dejar de reprocharse, empero, la virtualmente nula participación que se dio a los actores sociales en la adopción de estas medidas que los afectan directamente y que, como es evidente, no suponen, en modo alguno, el camino del *diálogo social* sugerido por las normas de la OIT.

Lo especialmente llamativo es que, como se ve en el también ya transcrito párrafo de los *considerandos* del DNU 329/2020, no solo se hace expresa referencia al documento de la OIT sino, además y especialmente, se destaca que en este *se subraya* la necesidad de intervención de *todas las partes interesadas* en las acciones tendientes a *evitar o limitar en todo lo posible la terminación de la relación de trabajo*.

Esa *intervención*, desafortunadamente, no existió ni fue promovida por el Gobierno.

De hecho, y no obstante la importancia que se da al documento de la OIT, no se dice que se haya siquiera *consultado* a las organizaciones de los

trabajadores y a las de los empleadores *representativas* sobre la adopción de medidas que los afectan directamente. Esta omisión resulta particularmente reprochable en el caso de los segundos, que son quienes deber cargar con las consecuencias más gravosas de las medidas adoptadas.

Pero hay aún algo más que surge de esta reticencia al diálogo social y que bien puede exhibirse como un ejemplo más del empecinamiento nacional en la *pérdida de oportunidades*.¹⁶

En efecto, doce meses antes de desencadenarse esta crisis sanitaria, el entonces Ministro de Producción y Trabajo, con la Resolución 225/2019, creó la *Comisión de Diálogo Social para el Futuro del Trabajo* que, entre otras funciones, *tiene* –así, en tiempo verbal *presente*, porque nunca fue disuelta ni eliminada su existencia– las de *asegurar y promover la plena vigencia de los principios pregonados por la OIT* (art. 3ro. f.).

Con esta creación se había dado satisfacción a cuanto en el mismo año 2019 había expresado la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenio y Recomendaciones (CEACR) en el sentido de que confiaba en la iniciativa gubernamental *propuesta para promover el diálogo social*¹⁷ y que, al año siguiente, también la CEACR *saludó* positivamente y alentó al gobierno argentino para que *siga reforzando esta instancia de diálogo social*.¹⁸

Lamentablemente, una vez más, y en una materia que, como muestra la grave situación de emergencia actual, no tiene importancia menor, Argentina puso en evidencia que sus compromisos escritos compiten en volatilidad con las palabras echadas al viento.

Bien entendido, claro está, que *nunca es tarde* para reparar la omisión, sobre todo cuando todo parece indicar que este penoso momento se prolongará en el tiempo.

16. Aunque cabe también aclarar que, tanto por su importancia como por el hecho de que todavía puede ser corregida, esta anécdota queda instalada lejos de los primeros puestos del ranking de *oportunidades perdidas* por la Argentina.

17. Conferencia Internacional del Trabajo, 108a. Reunión, 2019, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte A)*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019, p. 54.

18. Conferencia Internacional del Trabajo, 109a. Reunión, 2019, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte A)*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2020, p. 52.

IV. Conclusión

Como bien se recuerda en la introducción del documento de la OIT:

En 2019, la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo reafirmó que la elaboración, la promoción, la ratificación y el control del cumplimiento de las normas internacionales del trabajo tienen una importancia fundamental para la OIT. Todos los instrumentos jurídicos de la OIT establecen un nivel básico de normas sociales mínimas acordadas por todos los actores de la economía mundial. Los países podrán implementar niveles más altos de protección y medidas ampliadas a fin de mitigar las repercusiones de la crisis.

Y en la *Declaración del Centenario*, a su vez, se insiste en que:

El diálogo social, incluida la negociación colectiva y la cooperación tripartita, es un fundamento esencial de todas las actividades de la OIT y contribuye al éxito de la elaboración de políticas y la toma de decisiones en sus Estados Miembros.¹⁹

Sin embargo, Argentina, a pesar de ser miembro de la OIT desde su creación en el año 1919, apenas está a mitad de camino de aquel objetivo básico, que no es sino un ideal mínimo de justicia social.

Bibliografía

- Conferencia Internacional del Trabajo, 108a. Reunión, 2019, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte A), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019.
- Conferencia Internacional del Trabajo, 109a. Reunión, 2019, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones,

19. Conferencia Internacional del Trabajo, 108a. Reunión, 2019, *Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo*, adoptada en Ginebra el 21 de junio de 2019 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, punto II - B.

Informe III (Parte A), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2020.
OIT, Normas, Las normas de la OIT y la Covid-19 (coronavirus); Preguntas frecuentes; Disposiciones fundamentales de las normas internacionales del trabajo pertinentes en el contexto del brote de Covid-19, Ginebra, 23 de marzo de 2020 - Versión 1.2, www.ilo.org.

Emergencia, DESC y la necesidad de una política fiscal con perspectiva de derechos humanos*

*Martín Sigal***

Resumen

La crisis de Covid irrumpió en un contexto de elevados índices de pobreza, desigualdad y afectación de derechos económicos, sociales y culturales, e impactará de manera diferenciada sobre quienes se encontraban en situación de vulnerabilidad. Tras el paso de la crisis sanitaria, dichas vulneraciones así como los índices de pobreza y desigualdad se agravarán. Al mismo tiempo que se requerirá una fuerte actuación estatal para compensar los impactos agravados de la crisis, el espacio fiscal se verá reducido producto de los efectos de la parálisis de la economía generada por la cuarentena. En ese contexto, se torna urgente dar cumplimiento con el deber de adoptar medidas adecuadas tendientes a respetar, proteger y cumplir los derechos económicos, sociales y culturales mediante un plan fiscal con enfoque de derechos, una cuenta pendiente en nuestro país. El texto esboza las obligaciones estatales originadas en

* Este artículo fue concluido el viernes 8 de mayo de 2020, por lo que varios datos se verán necesariamente desactualizados en función de la evolución de la crisis. Agradezco la colaboración de Francisco Rodríguez Abinal, y las conversaciones mantenidas con Dalile Antúnez, Ezequiel Nino, María Emilia Mamberti, María Noel Leoni y Gustavo Maurino en base a inquietudes surgidas durante la redacción del trabajo. También a Cecilia B. Calello por la ayuda en la búsqueda de información.

** Abogado UBA, LLM Columbia University, cofundador y codirector ACIJ 2003-13, director del CDH de la Facultad de Derecho de la UBA desde 2015; martinsigal@derecho.uba.ar.

el derecho internacional de los derechos humanos que resultan relevantes para articular el diseño, ejecución y evaluación de dicho plan.

Palabras clave: derechos humanos, derechos económicos sociales y culturales, política fiscal, presupuesto, tributos, políticas públicas con enfoque de derecho, progresividad, no discriminación, igualdad, máximo de los recursos disponibles, regresividad, participación, rendición de cuentas, transparencia.

Covid emergency, ESCR and the need for a fiscal policy with human rights perspective

Abstract

The Covid crisis irrupted in a context of high rates of poverty and inequality, and violation of ESCR rights, and it will have a differential impact on people living in conditions of vulnerability. After the sanitary crisis, such rights violations, as well as the poverty and inequality rates will be aggravated. At the same time that a strong State action will be required to compensate the aggravated impacts of the crisis, the fiscal space will be reduced as a result of the paralysis of the economic activity generated by the social isolation measures. In this context, it is urgent to fulfil the obligations to take adequate steps tending to respect, protect and fulfill the ESCR by adopting a fiscal plan with human rights perspective, a pending account in our country. The text identifies the State's obligations originated in the international human rights law that are relevant to articulate the design, implementation and evaluation of such plan.

Keywords: Human Rights, Economic Social and Cultural Rights, Fiscal Policy, Budget, Tax, Fiscal Policy with Human Rights Perspective, Progressive Realization, Non-Discrimination, Equality Protection, Maximum Available Resources, Retrogression, Participation, Transparency, Accountability.

I. La emergencia en la emergencia y su impacto agravado sobre grupos con derechos vulnerados

La relación entre la pobreza y la vulneración de derechos es indiscutible.¹ También es sabido que la situación de pobreza y vulneración de los DESC en nuestro país era de suma gravedad con anterioridad a la crisis del coronavirus. A modo de ejemplo, el Observatorio de la Deuda Social Argentina informó que el 27,2% de las personas vive en viviendas inadecuadas, el 32,2% vive en situación de inseguridad alimentaria severa y sin acceso a atención médica y el 12,5% no asiste a instituciones educativas o presenta rezago educativo,² entre otras vulneraciones a derechos económicos y sociales. Mientras que, a finales del 2019, el 35,5% de la población

1. De acuerdo con el Comité DESC, la pobreza es “una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales”. Ver Comité DESC, *Cuestiones Sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales: La pobreza y el Pacto*, E/C.12/2001/10, 10 de mayo de 2001, párr. 8; “La pobreza es en sí misma un problema de derechos humanos urgente. A la vez causa y consecuencia de violaciones de los derechos humanos, es una condición que conduce a otras violaciones. La extrema pobreza se caracteriza por vulneraciones múltiples e interconexas de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y las personas que viven en la pobreza se ven expuestas regularmente a la denegación de su dignidad e igualdad. Ver Los Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos” ACNUDH (20212), *Los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos*, párr. 3; CIDH (2017), *Informe sobre Pobreza y Derechos Humanos en las Américas*, párrs. 1, 97 y 101. El primer párrafo señala que “la pobreza es una de las situaciones generales de derechos humanos más preocupantes en el hemisferio1, y que la misma constituye “una violación generalizada a todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como sociales, económicos y culturales (con cita CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, OEA/Ser./L/VII.110 doc. 52, 9 marzo 2001, párr. 17). En suma, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera a la pobreza como un problema estructural que se traduce en afectaciones al goce y ejercicio de los derechos humanos y que, en ocasiones, implica violaciones que suponen la responsabilidad internacional del Estado. En igual sentido ver Pinto, M. (2008), “Los derechos humanos desde la dimensión de la pobreza”, *Revista IIDH*, Vol. 48, pp. 43-62.

2. OBSERVATORIO DE LA DEUDA SOCIAL ARGENTINA (UCA) (2020), *La pobreza como privación más allá de los ingresos (2010-2019)*, Buenos Aires: Fundación Universidad Católica, p. 21.

vivía en situación de pobreza.³ Esto, en un contexto signado por una enorme desigualdad.⁴

Ello, sumado a una comprometida situación fiscal, llevó al Congreso de la Nación a aprobar, en el mes de diciembre 2019, una ley de emergencia en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social por el término de un año.⁵ A su vez, el Congreso aprobó el inicio de un proceso de renegociación de la deuda emitida bajo ley extranjera, ante la insustentabilidad de los compromisos asumidos⁶ y el Poder Ejecutivo dispuso el diferimiento de los pagos de los servicios de intereses y amortizaciones de la deuda denominada en dólares y sujeta a ley nacional.⁷

Además, el Poder Ejecutivo anunció que no se elevaría ni aprobaría un proyecto de Presupuesto para el año en curso hasta no conocer con precisión los números de la economía, que surgirían con mayor claridad cuando el proceso de renegociación de deuda se encontrara terminado.⁸ En consecuencia, actualmente no existe un presupuesto que refleje un plan fiscal aprobado por el Congreso vigente para el ejercicio en curso.

Así, en el mes de marzo 2020, la crisis derivada del Covid-19 vino a extender y profundizar la emergencia económica, social y sanitaria

3. INDEC (2020), *Informe técnico sobre condiciones de vida - Incidencia de la pobreza y la indigencia en 31 aglomerados urbanos*, Vol. 4 N°59, Buenos Aires, p. 3.

4. La población sujeta a necesidades básicas insatisfechas alcanza a 18,5% del total. La desigualdad del ingreso también es alta (el coeficiente de Gini es 0,49, por arriba del esperado para un país con el PIB per cápita de Argentina) y existen grandes diferencias entre regiones del país, lo cual se traduce en un acceso diferenciado a servicios sanitarios de calidad según nivel de ingreso y área geográfica. Ver BID - DEPARTAMENTO DE PAÍSES DEL CONO SUR (2020), *El impacto del COVID en las economías de la región*, p. 5.

5. En los términos del art. 76 de la Constitución Nacional, el Poder Legislativo delegó en el Poder Ejecutivo una serie de facultades extraordinarias enumeradas en la Ley 27.541 de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de la Emergencia Pública.

6. Ver Ley 27.544 de Restauración de la Sostenibilidad de la Deuda Pública emitida bajo Ley Extranjera; Resolución 71/2020 del Ministerio de Economía.

7. Decreto de Necesidad y Urgencia 346/2020 art. 1, publicado en el B.O. 6/4/2020.

8. "Fernández oficializó que no habrá Presupuesto 2020 hasta que se negocie la deuda", *Infobae*, 10/12/2019.

preexistente.⁹ La irrupción del coronavirus se produjo en un ya descrito contexto precedente de vulneración de derechos, desigualdad y altísimos índices de pobreza, lo cual incide de modo directo en el impacto agravado que la crisis sanitaria producirá sobre ciertas personas.¹⁰

En primer término, la posibilidad de contagio del virus amenaza de forma diferenciada las condiciones de salud de grupos poblacionales históricamente relegados por el Estado. Esto se debe a que enfrentan la situación sanitaria en peores condiciones. Por ejemplo, se estima que más de 4 millones de personas, de un total de 44 millones, viven en barrios populares de alta densidad poblacional y adolecen de grandes déficits habitacionales y limitado acceso a servicios básicos, factores que facilitan la propagación del virus.¹¹ Según el Indec, 33,9% de las personas no acceden a cloacas, 11,8% no accede a agua corriente y 35,3% no accede a gas de red.¹² Por otra parte, la prevalencia y riesgo de enfermedades crónicas no transmisibles es muy alta, sobre todo en los quintiles más bajos de ingreso, lo cual aumenta la posibilidad de contagio con consecuencias graves del Covid-19.¹³ En las villas de la CABA se identifican problemas relacionados con la imposibilidad de prevenir efectivamente el contagio en condiciones de hacinamiento a las que se suman la deficiencia en las infraestructuras de agua y electricidad o la inaccesibilidad de insumos de limpieza.¹⁴

9. Decreto de Necesidad y Urgencia 260/2020, publicado en el B.O. 12/3/2020.

10. COMISIÓN DE CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIDAD DE CORONAVIRUS COVID-19 (2020), *Relevamiento del impacto social de las medidas del Aislamiento dispuestas por el PEN*, Buenos Aires. Disponible en: https://www.conicet.gov.ar/wp-content/uploads/Informe_Final_Covid-Cs.Sociales-1.pdf.

11. BID - DEPARTAMENTO DE PAÍSES DEL CONO SUR (2020), *El impacto del COVID en las economías de la región*, p. 7.

12. INDEC (2020), *Informe técnico sobre condiciones de vida - Incidencia de la pobreza y la indigencia en 31 aglomerados urbanos*, Vol. 4. Nº59, Buenos Aires, p. 3.

13. COMISIÓN DE CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIDAD DE CORONAVIRUS COVID-19 (2020), *Relevamiento del impacto social de las medidas del Aislamiento dispuestas por el PEN*, Buenos Aires, p. 10.

14. Ver COMISIÓN DE CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIDAD DE CORONAVIRUS COVID-19 (2020), *Relevamiento del impacto social de las medidas del Aislamiento dispuestas por el PEN*, Buenos Aires, p. 52.

Por otra parte, independientemente del mayor impacto sobre el derecho a la salud y la mayor exposición al contagio, se producen consecuencias agravadas del aislamiento social, preventivo y obligatorio¹⁵ sobre quienes viven en condiciones de hacinamiento, carecen de recursos económicos para sostenerse sin un trabajo que les genere ingresos diarios,¹⁶ dependen del Estado para su alimentación¹⁷ o no tienen acceso a medios tecnológicos para continuar el proceso educativo de sus hijas e hijos, entre muchos otros factores.¹⁸ La crisis del Covid pone en evidencia una vez más su situación de vulnerabilidad persistente.

El impacto se agudiza aún más en casos en que la pobreza y violación de derechos sociales se combina con otras situaciones de vulnerabilidad.¹⁹ Por ejemplo, sobre las mujeres, que por el aislamiento enfrentan mayor riesgo de violencia de tipo doméstico o padecen en mayor medida su mayor carga

15. Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020, publicado en el B.O. 20/3/2020, y concordantes. En adelante “cuarentena” o “aislamiento”.

16. Se destaca la gravedad de la situación en la población cuyos ingresos laborales provienen del autoempleo, mayormente el cuentapropismo de subsistencia (changas). COMISIÓN DE CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIDAD DE CORONAVIRUS COVID-19 (2020), *Relevamiento del impacto social de las medidas del Aislamiento dispuestas por el PEN*, Buenos Aires, p. 7.

17. Se destaca la dificultad en el de acceso a la alimentación de aquellos que la reciben por parte del Estado u otras instancias no familiares. Ver COMISIÓN DE CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIDAD DE CORONAVIRUS COVID-19 (2020), *Relevamiento del impacto social de las medidas del Aislamiento dispuestas por el PEN*, Buenos Aires, p. 8.

18. “Se detectan muchas referencias a las dificultades para continuar con la escolaridad virtual por falta de acceso a internet y/o porque las familias no pueden hacer un seguimiento de las tareas escolares”; Ver COMISIÓN DE CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIDAD DE CORONAVIRUS COVID-19 (2020), *Relevamiento del impacto social de las medidas del Aislamiento dispuestas por el PEN*, Buenos Aires, p. 9.

19. CIDH (2017), *Informe sobre Pobreza y Derechos Humanos en las Américas*, párr. 172; CORTE IDH, “González Lluy y otros vs. Ecuador”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 01/09/2015, párr. 290. La Corte IDH consideró que la “interseccionalidad” ocurre cuando confluyen, en forma transversal, múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación, como eran en el caso, la condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza viviendo con VIH.; En igual sentido “las personas que viven en la pobreza suelen sufrir varias formas concomitantes de discriminación, una de las cuales se debe a su situación económica.” ACNUDH (20212), *Los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos*, párr. 18.

en el cuidado de los niños.²⁰ Las personas con discapacidad también ven agravadas las barreras para acceder a sus derechos esenciales.²¹ En igual sentido, los migrantes se encuentran en condiciones de mayor vulnerabilidad por diversos factores (idioma, informalidad, falta de documentación, etc.),²² los adultos mayores ante su mayor riesgo en caso de contagio, la dificultad para proveerse de alimentos y la falta de acceso y manejo de herramientas tecnológicas.²³ Lo mismo ocurre con la profundización de desigualdades respecto de niñas, niños y adolescentes en situación de pobreza quienes no pueden realizar educación a distancia y dependen del sistema escolar para alimentarse.²⁴

II. La reacción estatal y la incertidumbre de cara al futuro con relación a la protección de los derechos

En reacción a la situación generada por la interrupción de la actividad económica de modo sincronizado, emergió un inusitado consenso internacional que alienta a los Estados a adoptar políticas de estímulo fiscal

20. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW), *Nota de Orientaciones: CEDAW y COVID-19*. Disponible en la web del Comité: <https://www.ohchr.org/SP/hrbodies/cedaw/pages/cedawindex.aspx>.

21. PRESIDENTE COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Declaración Conjunta: Personas con Discapacidad y COVID-19 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Enviada Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad*, disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25765&LangID=s>.

22. Un ejemplo de ello son los migrantes senegaleses en zona sur del Gran Buenos Aires que al no ser destinatarios de otras políticas sociales del Estado precisan salir indefectiblemente para conseguir recursos, sumados a los problemas en el manejo del idioma. COMISIÓN DE CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIDAD DE CORONAVIRUS COVID-19 (2020), *Relevamiento del impacto social de las medidas del Aislamiento dispuestas por el PEN*, Buenos Aires, p. 20.

23. COMISIÓN DE CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIDAD DE CORONAVIRUS COVID-19 (2020), *Relevamiento del impacto social de las medidas del Aislamiento dispuestas por el PEN*, Buenos Aires, pp. 7 y 19.

24. Comité de Derechos del Niño, *Declaración sobre el COVID-19*, párr. 3-4. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/1_Global/INT_CRC_STA_9095_S.pdf.

para mitigar el impacto de las medidas que dispusieron la interrupción de la economía.

Entre los actores internacionales dedicados a la defensa de derechos, el Comité DESC destacó la obligación de destinar el máximo de los recursos disponibles para la realización plena de los DESC, de manera equitativa y evitando agravar las cargas que deben soportar los grupos vulnerables, quienes sufren los efectos negativos de la pandemia de forma desproporcionada.²⁵ En igual sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió una resolución en la cual establece la necesidad de “disponer y movilizar el máximo de los recursos disponibles [...] para hacer efectivo el derecho a la salud y otros DESC con el objeto de prevenir y mitigar los efectos de la pandemia [...] incluso tomando medidas de política fiscal que permitan una redistribución equitativa, incluyendo el diseño de planes y compromisos concretos para aumentar sustantivamente el presupuesto público para garantizar el derecho a la salud”.²⁶ En otro ejemplo de ello, el Relator sobre deuda externa y derechos humanos de las Naciones Unidas instó a los Estados a aumentar las transferencias a las personas para mantener un nivel de vida adecuado, limitar la consolidación de las desigualdades y así impedir que más personas caigan en la pobreza²⁷ y el Comité CEDAW planteó que los planes en materia de reanimación económica, diversificación y expansión de los mercados deben dirigirse a las mujeres y ofrecer paquetes de medidas de estímulo económico, créditos a bajo interés y/o programas de garantías crediticias a las empresas pertenecientes a mujeres.²⁸

Es destacable que los organismos de derechos humanos no fueron los únicos que se expresaron en ese sentido. Los organismos multilaterales de crédito dejaron a un lado las tradicionales exigencias de medidas

25. Comité DESC, *Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales*, E/C.12/2020/1, 17 de abril de 2020, párr. 14.

26. CIDH, *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, Resolución 1/2020, 10 de abril de 2020, párr. 13.

27. ONU, *Informe del Experto Independiente sobre deuda externa y derechos humanos. COVID-19: Llamamiento urgente para una respuesta a la recesión económica desde los derechos humanos*, 15 de abril 2020, p. 9. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/IEDebt/20200414_IEDebt_urgent_appeal_COVID19_sp.pdf

28. COMITÉ CEDAW, *Nota de Orientaciones: CEDAW y COVID-19*, p. 3.

de “ajuste” o “austeridad” que históricamente reclamaban frente a crisis económicas.²⁹ En efecto, también apoyaron abiertamente las medidas de estímulo fiscal.³⁰

La directora del FMI emitió un comunicado en el cual sostuvo que el organismo respalda “firmemente las medidas fiscales extraordinarias que ya han tomado muchos países para dar apoyo a los sistemas sanitarios y a los trabajadores y empresas afectados, y nos parece positiva la decisión de los principales bancos centrales de flexibilizar la política monetaria. Estos valerosos esfuerzos redundan no solo en interés de cada país sino de la economía mundial en su conjunto, ‘se requerirá aún más, especialmente en el plano fiscal’”.³¹ El Banco Mundial, como respuesta a la pandemia, aumentó los préstamos a los gobiernos con el objetivo reforzar los sistemas nacionales de salud pública y así prevenir, detectar y atacar la propagación del Covid-19, mientras que con créditos al sector privado busca mitigar el impacto financiero y económico de la crisis sanitaria.³²

29. Ver ACNUDH, *Reporte sobre las medidas de austeridad en los derechos económicos, sociales y culturales*, E/2013/82, 07/05/2013, párr. 2; ACNUDH, *Consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales*, A/74/178, 16/07/2019, párr. 7.; CESCR, *Austerity and the IMF: an appeal for responsibility*, <https://www.cesr.org/austerity-and-imf-appeal-responsibility>

30. Debe advertirse que si bien es cierto las Instituciones Financieras Internacionales apoyan el estímulo fiscal, como señala Ignacio Saiz, el enfoque se basa en una idea de solidaridad ante la catástrofe y no en clave de derechos. Ver Derechosypoliticafiscal.org, *Una respuesta a la Covid-19 exige políticas fiscales redistributivas*, disponible en www.derechosypoliticafiscal.org; Saiz, I., “Times for a rights based global economic stimulus to tackle COVID-19”, *CESR*, 27/03/2020. Disponible en: <https://www.cesr.org/time-rights-based-global-economic-stimulus-tackle-covid-19>

31. FMI, *Declaración de la Directora Gerente del FMI Kristalina Georgieva tras una conversación ministerial del G-20 sobre la emergencia del coronavirus*, Comunicado de Prensa No. 20/98, 23/03/2020. Disponible en: <https://www.imf.org/es/News/Articles/2020/03/23/pr2098-imf-managing-director-statement-following-a-g20-ministerial-call-on-the-coronavirus-emergency>

32. Banco Mundial, “La respuesta del Grupo Banco Mundial a la COVID-19 aumenta a USD 14.000 millones para ayudar a sostener las economías y proteger el empleo”, Comunicado de Prensa del 17/03/2020. Disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2020/03/17/world-bank-group-increases-covid-19-response-to-14-billion-to-help-sustain-economies-protect-jobs>

En ese contexto el Estado implementó medidas tendientes a brindar protección a los sectores afectados por la crisis. En líneas generales estas tienden a: (i) generar ingresos mediante transferencia de efectivo, incluyendo a sectores informales; (ii) suspender el cobro de servicios públicos, intereses de préstamos, pago de tarjetas de crédito; (iii) mantener el pago de salarios en empresas y servicios aun en los casos en que no se desarrollen tareas; (iv) otorgar líneas de crédito a tasa 0% para monotributistas; (v) re-direccionar el presupuesto público dando prioridad a Salud para mejorar infraestructura, insumos, etc.; (vi) suspender desalojos y actualización de alquileres.³³ Las medidas tienen por finalidad central la de cubrir necesidades originadas en la imposibilidad de generar ingresos durante la cuarentena.

Si bien puede apreciarse el esfuerzo inicial en destinar recursos que está llevando a cabo el Estado en un momento de fragilidad económica, resulta aún difícil evaluar con precisión la suficiencia, el alcance y eficacia de dichas medidas.³⁴ En primer término, por carecer de perspectiva temporal, al no conocerse cuánto durará la crisis sanitaria ni de qué forma se irán ajustando o cuánto se sostendrán en el tiempo las políticas activas para mitigar sus efectos.

Por otro lado, junto a la actividad económica se han paralizado, de forma cuestionable, las instituciones que permiten contar con deliberación, control de actos de gobierno y rendición de cuentas que echen luz sobre las implicancias constitucionales del diseño de las medidas y su funcionamiento empírico.

En particular, y a pesar del alcance que tiene la reglamentación de la emergencia, hasta la fecha no ha sesionado el Congreso de la Nación y solo

33. BID - DEPARTAMENTO DE PAÍSES DEL CONO SUR (2020), *El impacto del COVID en las economías de la región*, pp. 5-6.

34. De acuerdo con declaraciones del Ministro de Economía, el Ingreso Familiar de Emergencia (IFE) de los meses de marzo y abril significó transferencias equivalentes al 1.7% del Producto Bruto Interno. Ver Seminario “Argentina between COVID-19 and a sovereign debt crisis” organizado por Institute of Latin American Studies at Columbia University. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=GpUPWoGNWoo>. Ver un primer análisis en DIRECCIÓN NACIONAL DE ECONOMÍA, IGUALDAD Y GÉNERO, *Ingreso Familiar de Emergencia Análisis y desafíos para la transferencia de ingresos a trabajadores/as precarios*, 27/04/2020. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/dneig-ingresofamiliardeemergencia-analisisydesafios.pdf>

se han celebrado reuniones informativas con algunos funcionarios del Poder Ejecutivo de forma digital. El Poder Judicial ha declarado una feria extraordinaria, con guardias mínimas por el tiempo que dure el aislamiento social obligatorio, por lo que el control judicial sobre las medidas de emergencia se vio sumamente restringido.³⁵ Las posibilidades de control mediante la defensa pública también se han limitado. En efecto, la Defensoría General de la Nación adhirió a dicha feria, reduciendo su actividad, estableciendo turnos y destacando que las dependencias que permanezcan prestando funciones durante los turnos establecidos deberán asegurar una prestación mínima del servicio de defensa pública.³⁶

Los canales de prestación de servicios de acceso a justicia brindan asesoramiento para casos limitados y en horarios reducidos.³⁷ Solo algunos organismos mantienen su actividad (como, por ejemplo, las instituciones que atienden casos de violencia de género)³⁸ a lo que pueden sumarse los esfuerzos que pueda aportar la sociedad civil con sus intentos de activación de los mecanismos de control y monitoreo.

Por otra parte, con relación al futuro, la incertidumbre es la regla para los destinatarios de las medidas gubernamentales. Es que aun asumiendo

35. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en su Acordada 6/2020, dispuesta el 20 de marzo de 2020, y sus concordantes ha dispuesto una feria extraordinaria con turnos y guardias mínimas de ciertos juzgados para casos excepcionales. En igual sentido lo ha dictado el Tribunal superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires a través de su Acordada 11/2020, de fecha 16 de marzo de 2020, y sus concordantes.

36. <https://www.mpd.gov.ar/index.php/noticias-feed/4937-la-dgn-dispuso-feria-extraordinaria-para-todo-el-mpd-y-establecio-turnos>

37. A modo de ejemplo, los Centros de Acceso a la Justicia brindan atención limitada durante el marco de la emergencia sanitaria, solamente atendiendo cuestiones de violencia familiar, de género, institucional o intrahospitalaria; o emergencias en materia de salud que no admitan espera. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/los-centros-de-acceso-justicia-brindan-atencion-en-el-marco-de-la-emergencia-sanitaria>

38. La Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación continúa prestando su servicio durante el aislamiento social con un personal suficiente para el desempeño de sus funciones esenciales de acuerdo con la Acordada 6/2020. En igual sentido, el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad ha considerado como indispensable, y por ende exceptuado de la cuarentena, el trabajo que realiza personal de atención de la Línea 144. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/generos/medidas-en-materia-de-genero-y-diversidad-en-el-marco-de-la-emergencia-sanitaria>

que las disposiciones adoptadas sean valiosas y necesarias, su inestabilidad y la imprevisibilidad sobre su continuidad son inherentes al hecho de haber sido aprobadas mediante Decretos de Necesidad y Urgencia, además de diseñadas y redactadas de modo estrictamente ceñido a la coyuntura.³⁹

Sus beneficiarios no tienen modo de conocer qué apoyo estatal recibirán cuando dichos beneficios sean discontinuados, o cuáles serían los criterios que definirían su interrupción, o con qué medidas serían reemplazados.

Estos interrogantes se acrecientan ante la posibilidad cierta de que, más temprano o más tarde, pasado el momento más crítico de la pandemia, vuelvan a emerger las demandas tendientes a ajustar las cuentas públicas y reducir el gasto,⁴⁰ exigencias que pondrán en riesgo la continuidad de dichas medidas u otras similares, a menos que haya un consenso social claro en priorizarlas por sobre otras líneas presupuestarias.

III. Algunas certezas que genera la crisis. La necesidad de una política fiscal con enfoque de derechos

La situación de persistente vulneración de DESC no es un hecho inevitable, sino el resultante de años de políticas públicas que ignoran o postergan la atención de problemas de ciertos grupos que se encuentran sometidos a una condición de invisibilidad. La situación de desigualdad estructural

39. A modo de ejemplo, surge de los considerandos del Decreto de Necesidad y Urgencia 310/2020 (B.O. 24/03/2020) que “resulta indispensable disipar la situación de angustia e incertidumbre que genera la imposibilidad de ir a trabajar para garantizar el sustento económico necesario para millones de familias argentinas, creando para ello el “INGRESO FAMILIAR DE EMERGENCIA” (IFE) para los sectores más vulnerables de nuestra sociedad.”

40. A modo de ejemplo, “De esta manera, para retornar hacia la senda de sostenibilidad fiscal es necesario establecer mecanismos para que los incrementos en el gasto sean transitorios y no se conviertan en rigideces presupuestarias más adelante”. Ver Pineda, O. (et al), “Posibles consecuencias macro-fiscales del COVID-19 en América Latina”, *Recaudando Bienestar - Banco Interamericano de Desarrollo*, 22/04/2020. Disponible en: <https://blogs.iadb.org/gestion-fiscal/es/posibles-consecuencias-macro-fiscales-covid-19-america-latina/>. En igual sentido, los préstamos otorgados por el FMI a Kenia, Túnez y Mozambique para enfrentar el COVID-19 incluyen cláusulas de consolidación fiscal una vez que termine la pandemia. Ver Comunicados de Prensa del FMI 20/144, 20/190, 20/208. Disponibles en: <https://www.imf.org/en/news/searchnews#sort=%40imfdate%20descending>.

en el acceso a derechos genera a su vez las condiciones para la profundización de la situación de pobreza y exclusión.⁴¹ La ex Relatora especial sobre extrema pobreza y derechos humanos, Magdalena Sepúlveda, caracterizó la vinculación entre la desigualdad y la pobreza al sostener que se ha constatado que las desigualdades ralentizan la reducción de la pobreza, constituyen una trampa para la pobreza intergeneracional mediante el acceso desigual a la salud y la educación, y aumentan la vulnerabilidad de las sociedades a las crisis económicas.⁴²

En esta crisis, se vio una vez más en funcionamiento una dinámica por la cual los grupos que se encontraban en situación de vulnerabilidad han padecido nuevas y mayores afectaciones que el resto de la población. En efecto, el impacto diferenciado de la crisis sobre las personas que no acceden a los derechos básicos no es sorprendente, y previsiblemente se va a repetir en la medida que existan nuevas crisis económicas, sanitarias, desastres naturales o climáticos por el hecho de que ellas se encuentran más expuestas a los efectos de eventos vinculados al clima, la salud pública o la falta de alimentos.⁴³ Un ejemplo cercano puede verse en la crisis económica de 2018 en nuestro país, que tuvo un impacto directo en el crecimiento de la pobreza que pasó de 27,3% en el primer trimestre de 2018 a 35,4% a finales de 2019, a la vez que la indigencia pasó de 4,9% a 8,0% en dicho período.⁴⁴

Por otra parte, hay certeza de que la pobreza, la desigualdad y la vulneración de DESC se agravarán con relación al escenario, que ya era de extrema gravedad, previo a la crisis de Covid, fruto de su efecto regresivo. Ello independientemente del éxito de las medidas de asistencia elaboradas por el Estado durante la emergencia. De este modo, con posterioridad a la crisis será mayor la población que se encuentre en la situación de vulnerabilidad de cara al futuro. La dimensión del agravamiento en este caso dependerá de

41. CIDH (2017), *Informe sobre Pobreza y Derechos Humanos en las Américas*, párrs. 12-13.

42. ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos sobre políticas tributarias como un factor para el disfrute de derechos humanos*, A/HRC/26/28, 22 de mayo 2014, párr. 38.

43. CIDH (2017), *Informe sobre Pobreza y Derechos Humanos en las Américas*, párr. 6.

44. INDEC (2018), *Informe técnico sobre condiciones de vida - Incidencia de la pobreza y la indigencia en 31 aglomerados urbanos*, Vol. 2 N°188, Buenos Aires, p. 3; INDEC (2020), *Informe técnico sobre condiciones de vida - Incidencia de la pobreza y la indigencia en 31 aglomerados urbanos*, Vol. 4 N°59, Buenos Aires, p. 3.

la extensión temporal de la situación. En nuestro país, se estimaba –a fines de abril– un crecimiento de la pobreza cercano al 10%, alcanzando así un 45% del total de la población.⁴⁵

También podemos estar seguros de que el efecto que la crisis provocará en la economía conllevará una reducción significativa del espacio fiscal, entendido como los recursos de que dispone el Estado para destinar a sus políticas. Ello será consecuencia natural de la caída de actividad económica, pérdidas de puestos de trabajo, cierre de empresas, todo lo cual implica menor recaudación, sumado al esfuerzo en materia de gasto que está realizando en el marco de la crisis. Si bien es una incógnita en estos días, es previsible que la capacidad de endeudamiento también se vea restringida por la situación internacional y la propia situación de reestructuración en curso en nuestro país.⁴⁶

Una certeza más: se requerirá de una intensa actividad estatal tendiente a respetar, proteger, cumplir derechos, con medidas de protección social robustas y medidas largo plazo tendientes a revertir la vulnerabilidad y violación de DESC, especialmente de quienes hayan sido impactados de modo agravado. La vocación de respetar, proteger y cumplir derechos debe traducirse en un compromiso de destinar recursos para ello.⁴⁷ Además, el Estado deberá cuidar que las medidas tendientes a lograr la recuperación de la crisis económica, incluyendo los recortes de gasto público, no vulneren los derechos, debiendo procurar una financiación sostenible de las medidas de protección social para asegurar la mitigación de las desigualdades y que no se afecte de modo desproporcionado los derechos de quienes viven en situación de pobreza.⁴⁸

45. “Coronavirus: la UCA estima que la pobreza llegó al 45% por la pandemia”, *Perfil*, 23/04/2020. Disponible en: <https://www.perfil.com/noticias/actualidad/coronavirus-uca-estima-pobreza-llego-45-por-ciento-pandemia-covid19.phtml>. Nótese que esta estimación corresponde al mes de abril, por lo que puede agravarse con la extensión de la cuarentena.

46. CEPAL (2020), “Dimensionar los efectos del COVID-19 para pensar en la reactivación”, Informe Especial COVID-19 N°2, p. 2.

47. Holmes, S. & Sunstein, C. (2011), *El costo de los derechos*, Buenos Aires: Siglo XXI, pp. 61-62.

48. ONU, *Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, A/HRC/21/39, 18/07/2012, párr. 54.

La combinación de estas variables en virtud de las cuales coexistirán un incremento de la pobreza llegando a representar alrededor de la mitad de la población, una profundización de la vulneración de derechos, una necesidad de intensa actividad estatal para preservarlos –y la consiguiente necesidad de destinar recursos a tal fin– y una situación de fuerte deterioro de los recursos fiscales, genera una delicada situación que incrementa aún más la amenaza a los derechos a futuro, profundiza la vulnerabilidad frente a eventuales nuevas crisis y que exige, para poder sostener que existe compromiso con los derechos, el diseño e implementación de un plan fiscal estructural, con un amplio consenso social y político, coherente y de largo plazo.

Por otro lado, la magnitud de la crisis y la evidencia de una economía colapsada por los efectos de las medidas de confinamiento genera una oportunidad para que sea socialmente compartida la necesidad de encarar una discusión de fondo acerca de cómo se distribuyen costos y recursos públicos tras el paso del Covid. Los impactos de la desigualdad padecidos por quienes viven en condiciones de vulnerabilidad han quedado expuestos en esta crisis sanitaria como pocas veces se ha visto antes, generando una fuerte evidencia de la necesidad de diseñar políticas para mitigar dicho impacto. Resulta difícil concebir la reconstrucción de un acuerdo social acerca de cómo seguir adelante con todos los desafíos que el momento impone a nuestro país, sin un plan fiscal inclusivo y consensado, que sea claro acerca de cómo reactivar la economía, fomentar las actividades productivas tendientes a generar empleo y recursos y a la vez utilizar y movilizar los disponibles a fin de enfrentar la desigualdad, la pobreza y proteger los DESC en el futuro que se avizora. La falta de ese plan implicaría sostener que los grupos más vulnerables, tras haber asumido el mayor impacto de la crisis Covid se verán nuevamente postergados, quedando además en primera línea de cara a cualquier emergencia futura, en la cual volverán a pagar los mayores costos.

Así, se requiere construir una política fiscal con enfoque de derechos, que otorgue al problema de la falta de acceso a DESC la debida atención y visibilidad, que permita definir objetivos claros, que asegure una deliberación pública basada en el análisis de alternativas de políticas disponibles identificando con precisión sus efectos sobre los recursos disponibles.

Para enriquecer esa deliberación se requiere de un plan que ofrezca proyecciones de impacto sobre los derechos, que transparente y permita comprender los efectos distributivos del sistema de recaudación tributaria y gasto público con información desagregada, que proponga métodos de

evaluación de impacto sobre los derechos de las políticas propuestas, que asegure la participación activa y pública en la discusión de todos los actores sociales, incluyendo a la sociedad civil, personas no expertas, especialmente quienes enfrentan mayores condiciones de vulnerabilidad, y facilitando mecanismos para que dicha participación sea eficaz, significativa y que se construya sobre información relevante y disponible en tiempo oportuno para que de su análisis pueda comprenderse el impacto del diseño fiscal sobre los derechos y sobre los distintos sectores de la sociedad.

A su vez, debe estar establecida la organización estatal necesaria para asegurar mecanismos de coordinación entre agencias del gobierno nacional y con los gobiernos subnacionales (a cargo de la recaudación de relevantes tributos, como el inmobiliario), de rendición de cuentas con identificación de responsables para la implementación de las políticas y métodos de medir su avance y el involucramiento.⁴⁹

El diseño de una política fiscal con enfoque de derechos es una obligación hasta ahora incumplida del Estado argentino, y su necesidad era palmaria antes de la crisis y de que los indicadores socio-económicos se vieran agravados por ella. De hecho, en las Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina de 2018, el Comité DESC recomendó “la adopción e implementación de una estrategia integral a largo plazo de reducción de la pobreza, con metas específicas y medibles y con enfoque de derechos humanos”.

La recomendación se extiende a “(i) evaluar previamente los efectos sobre los derechos económicos, sociales y culturales de cualquier medida para responder a la crisis financiera, a fin de evitar que tenga impactos desproporcionados en los grupos desfavorecidos; (ii) fortalecer la planificación y ejecución presupuestaria para evitar la infrautilización de los recursos; (iii) asegurar las líneas presupuestarias relacionadas con la inversión social en los grupos más desfavorecidos y facilitar una implementación efectiva y sostenible de las políticas públicas para garantizar sus derechos económicos, sociales y culturales; (iv) aprobar e implementar el presupuesto nacional

49. Cada uno de estos requisitos del plan fiscal requiere un desarrollo pormenorizado que no podemos efectuar aquí por razones de espacio. Para ampliar sobre el tema puede verse: ONU, *Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos*, A/HRC/40/57, 19/12/2018

haciendo todos los esfuerzos para evitar medidas regresivas y asegurando que el presupuesto contenga un enfoque de derechos humanos y género”.⁵⁰

Por otra parte, el plan se hace necesario ante un sistema tributario que no responde a un diseño deliberado con fines consensuados y claros sino que es producto de modificaciones y agregados parciales a lo largo del tiempo en respuesta a las coyunturales necesidades recaudatorias,⁵¹ con una alta incidencia de impuestos indirectos,⁵² con altos niveles de evasión e informalidad, con impactos discriminatorios, exenciones fiscales opacas y poco justificadas y disensos persistentes acerca de su eficiencia e impacto en el crecimiento económico.⁵³ En la misma línea, se hace necesario ante un uso de los recursos públicos que no identifica adecuadamente su vinculación o priorización con el cumplimiento de derechos, o su eficiencia y necesidad con relación a la prestación de servicios estatales y donde se generan constantes pérdidas de recursos por falta de controles acerca del uso y administración de los fondos públicos o por la existencia de actos corrupción, entre otros déficits.⁵⁴

50. Comité DESC, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina*, E/C.12/ARG/CO/4, 1 de noviembre de 2018, párr. 6.

51. En las últimas dos décadas, el sistema tributario argentino ha sido objeto de considerables y frecuentes cambios, que no formaban parte de una reforma integral y, por el contrario, estaban diseñados como medidas provisionales, con miras a generar recursos para cubrir déficits presupuestarios. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43468/1/RVE124_Rossignolo.pdf

52. El IVA por ejemplo representa el 42% de la recaudación: <https://www.argentina.gob.ar/economia/ingresospublicos/recaudaciontributaria>

53. Estas discusiones se repiten en distintos países de la región. Puede consultarse CEPAL, *Consensos y conflicto en la política tributaria en América Latina*, Sabaini, J. C., Jiménez J. P., Martner, R. (ed.), Santiago, 2017.

54. La falta de acuerdos acerca de cómo debe conformarse el sistema de ingresos y gastos públicos aflora en cada ocasión en que se plantea una necesidad recaudatoria, y se plasma en discusiones sectoriales, sin referencia a objetivos estructurales que el sistema debe perseguir, poniéndose en constante cuestionamiento su legitimidad (puede pensarse en las discusiones recientes acerca del pago de impuesto a las ganancias del poder judicial, la modificación de su régimen de jubilaciones, el incremento de los derechos de exportación al campo, los cambios en la fórmula de actualización de las jubilaciones, las discusiones en el marco de la cuarentena acerca de qué sector debía hacer un esfuerzo de reducción de ingresos para contribuir a la crisis con planteos que sostienen que es tiempo de que los

La transferencia y redistribución de la riqueza mediante la tributación tiene el potencial de corregir la discriminación sistémica en el acceso a derechos en miras a honrar el derecho a la igualdad; sin embargo, para lograr una distribución más equitativa de los ingresos las estructuras tributarias requieren de un diseño cuidadoso.⁵⁵ De igual modo, ha de ser cuidadoso y preciso el diseño del gasto público, a fin de que refleje el cumplimiento de las exigencias de los derechos.

Si bien las obligaciones asumidas por el Estado en materia de derechos humanos no establecen políticas fiscales concretas, cuyo contenido es facultad del Estado diseñar, sí establecen pautas obligatorias que contribuyen no solo a lograr un resultado respetuoso de los derechos (asegurando que el Estado está realizando esfuerzos para atenderlos prioritariamente) sino a construir un proceso que necesariamente redundará en una mayor legitimidad en el plan adoptado, además de la posibilidad de evaluarlo y corregirlo en pos de los objetivos establecidos.

En particular las obligaciones asumidas en materia de DESC, que se complementan a su vez con los principios establecidos por el derecho constitucional en materia presupuestaria y tributaria,⁵⁶ imponen límites a la discreción estatal y articulan el marco para diseñar una política fiscal con enfoque de derechos, pensada para el largo plazo, a fin de garantizar que se respeten, protejan y cumplan los DESC y se robustezca el espacio fiscal para hacerlos efectivos.⁵⁷

empresarios pierdan por una vez mientras estos plantean la excesiva carga fiscal que hace difícil el desarrollo de actividades productivas; otros que sindicaban que los funcionarios deben reducir sus ingresos para contribuir al esfuerzo colectivo como lo hace el sector privado especialmente considerando que su actividad se redujo durante la crisis, etc.).

55. ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos sobre políticas tributarias como un factor para el disfrute de derechos humanos*, A/HRC/26/28, 22 de mayo 2014, párr. 45.

56. Este análisis excede el objetivo de este trabajo. Puede consultarse: Corti, H. (2019), “La política fiscal en el derecho internacional de los derechos humanos: presupuestos públicos, tributos y los máximos recursos disponibles”, en *Revista Institucional de la Defensa Pública*, Buenos Aires, pp. 154-229.

57. ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos sobre políticas tributarias como un factor para el disfrute de derechos humanos*, A/HRC/26/28, 22 de mayo 2014, párr. 4. ACNUDH (2017), *Haciendo realidad los derechos humanos a través de los presupuestos gubernamentales*, p. 20.

III. A. Estándares para una política fiscal con enfoque de derechos⁵⁸

Centraremos esta sección en el desarrollo de pautas interpretativas de las obligaciones que surgen del PIDESC referidas a conductas estatales vinculadas a la política fiscal, en su mayoría desarrolladas por el Comité DESC –intérprete autorizado del Pacto– y el Comité de los Derechos del Niño en el marco de Observaciones Generales y Observaciones Finales. Destacamos que en el ámbito interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se encuentra en un estado de incipiente desarrollo de estándares vinculados a la protección de DESC a partir de su cambio de jurisprudencia sobre justiciabilidad directa de casos referidos a vulneración del art. 26 de la CADH. En dicha jurisprudencia puede observarse la relevancia que los estándares establecidos por el Comité DESC tienen para el desarrollo de estándares en la materia por parte de la Corte IDH.⁵⁹

El PIDESC establece en su art. 2 que los Estados parte se comprometen a (i) *adoptar medidas*, especialmente económicas y técnicas (ii) *hasta el máximo de los recursos* de que disponga, para lograr (iii) *progresivamente*

58. En las siguientes páginas se esbozan estándares que deben articular la política fiscal con enfoque de derechos. La sección no tiene intención de agotar el tema que ofrece muchas aristas y excede el objetivo de este trabajo. Para ampliar perspectivas sobre el tema ver: ACNUDH (2017), *Haciendo realidad los derechos humanos a través de los presupuestos gubernamentales*, pp. 1-183. ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos sobre políticas tributarias como un factor para el disfrute de derechos humanos*, A/HRC/26/28, 22 de mayo 2014, Comité Derechos del Niño (CDN), *Observación general número 19 sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño* (art. 4), 21/07/2016; Principios y Directrices de derechos humanos en la política fiscal (Borrador sujeto a consulta pública) disponible en www.derechosypoliticafiscal.org, entre otros.

59. Para un desarrollo del tema, puede verse, Steiner, C., Fuchs, M.C. (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario segunda edición*, Konrad Adenauer Stiftung, 2019, pág. 801; J. Rossi, “Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles. Puntos de encuentro y desencuentro entre la Corte Interamericana y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas” en M. Morales Antoniazzi, L. Ronconi y L. Clérico, *Interamericanización de los DESC, El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México México, 2020.

y (iv) *sin discriminación* la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto.⁶⁰ Estas, sumadas al deber de garantizar transparencia, acceso a la información, participación y rendición de cuentas en todas las instancias de la política pública, serán las obligaciones centrales a las cuales nos referiremos a continuación estableciendo sus lazos con la política fiscal.

El Estado debe adoptar medidas para tender al cumplimiento progresivo de los derechos. De acuerdo con el Comité DESC, la obligación de adoptar medidas es una obligación de cumplimiento inmediato.⁶¹ Así, en la

60. Art. 2 PIDESC: “2.1. Los Estados Partes en el presente pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. 2.2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. En similar sentido el art. 26 de la CADH: “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”, y el art. 1 del Protocolo adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”, “los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”.

61. Comité DESC, *Observación General N°3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art.2 del Pacto)*, E/1991/23, 14 de diciembre 1990, párr. 2.; La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado su coincidencia interpretativa con la del Comité DESC en este tema, para luego sostener que “la flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades de cumplimiento de sus obligaciones de progresividad conforme al artículo 26 implica, esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a

medida que en el presupuesto se establecen todas las políticas públicas que el Estado llevará a cabo, y que la obligación de proteger (para impedir que terceros interfieran en los derechos) y la obligación de cumplir (facilitar, proporcionar o promover el disfrute de los derechos) suelen exigir la adopción de medidas presupuestarias positivas,⁶² el deber de confeccionar presupuestos públicos con una perspectiva de derechos humanos no está sujeta a una realización progresiva, sino que es una medida que debe adoptarse de modo inmediato y recae tanto en el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo, quienes participan del proceso complejo de su creación, implementación y control.

Por otra parte, las medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible a la satisfacción plena de los derechos reconocidos en el Pacto.⁶³ En otras palabras, deben estar intencionadas, ser idóneas y continuadas en el tiempo para tender progresivamente a la garantía total de los DESC.⁶⁴ Aunque parezca una obviedad, hay que enfatizar que esta dimensión de la obligación exige que la discusión acerca de la política de recaudación, gasto o deuda del Estado deba argumentarse en base a la vinculación entre las medidas en discusión y su adecuación, considerando el contexto, para avanzar el cumplimiento de los derechos.

Para ello se requiere una adecuada producción de información sobre la situación de los derechos y el diseño de un plan tendiente a satisfacerlos

las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos” Corte IDH, Cuscul Pivaral y Ot. c/Guatemala, sentencia del 23/8/2018, par. 80 y 8.

62. Comité DESC, *Declaración sobre la Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos disponibles que disponga” de conformidad con un protocolo facultativo del pacto*, E/C.12/2007/1, 21 de septiembre de 2007, párr. 7.

63. Comité DESC, *Observación General N°3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art.2 del Pacto)*, E/1991/23, 14 de diciembre 1990, párr. 2.

64. Corti, H. (2019), “La política fiscal en el derecho internacional de los derechos humanos: presupuestos públicos, tributos y los máximos recursos disponibles”, *Revista Institucional de la Defensa Pública*, Buenos Aires, pp. 202-203.

plenamente de forma progresiva.⁶⁵ No se trata únicamente de legislar o de tomar decisiones administrativas, sino de planificar una política pública racional e informada, que permita su monitoreo y que cuente con los recursos adecuados. De esta manera, el plan debe incluir indicadores de derechos humanos que permitan comparar los niveles anteriores, actuales y posteriores de cobertura del derecho y así medir los resultados y la eficacia del plan implementado.⁶⁶

Ante la necesidad de articular las políticas y programas de todos los niveles de gobierno, se requieren mecanismos técnicos e institucionales específicos. Algunas medidas concretas identificadas como necesarias a tal fin incluyen la asignación del presupuesto con criterios de presupuestación por programas, adherir a los sistemas de clasificación presupuestaria convenidos internacionalmente, revisar los sistemas de clasificación para garantizar que incluyan partidas y códigos presupuestarios que, como mínimo, desglosen la información presupuestaria con criterios poblacionales y territoriales, realizar evaluaciones sobre impactos distributivos y sobre poblaciones específicas del sistema tributario que sean abiertas y utilicen metodologías comparables, la utilización de indicadores de goce efectivo de derechos suficientemente detallados para responder a las necesidades de poblaciones específicas, entre muchas otras tendientes a posibilitar la comprensión del impacto real de la política.⁶⁷

65. Abramovich, V. & Courtis, C. (1997) “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales” en Abregú, M. & Courtis, C. (editores), *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: Ed. Del Puerto/CELS, p. 319.

66. La Asamblea General de la OEA dispuso una serie de indicadores de progreso, dentro de los cuales existen indicadores presupuestarios, con el objetivo de monitorear el cumplimiento de las obligaciones impuestas en materia de DESC por el Protocolo de San Salvador. Ver OEA, *Aprobación de Indicadores de Progreso para la Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador*, AG/RES. 2713 (XLII-O/12) y OEA/Ser. L/XXV.2.1, 04/06/2012 y 05/11/2013. Ver también Pautassi, L. (2013), “Monitoreo del Acceso a la Información desde los Indicadores de Derechos Humanos”, *Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 10 No. 18, pp. 59-60.

67. Para profundizar en este tema ver: Comité Derechos del Niño (CDN), *Observación general número 19 sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4)*, 21/07/2016.

El deber de progresividad por su parte implica la obligación de avanzar del modo más expedito y eficaz hacia la plena efectividad de los derechos,⁶⁸ dato que deberá surgir de analizar si las medidas que se adopten, incluyendo las financieras,⁶⁹ resultan adecuadas a la finalidad perseguida.

En tiempos de crisis, la escasez de recursos no es justificación para la inacción estatal. El Comité DESC sostuvo que aunque “se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie 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. Como ya ha puesto de relieve el Comité, los Estados Partes tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad aun en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo”.⁷⁰

La obligación de progresividad tiene como contracara lógica la prohibición de regresividad. En un ejemplo de aplicación a nivel nacional de dicho principio, la CSJN, en un caso en que un Estado municipal en Salta recortó sueldos a empleados estatales invocando una situación de emergencia económica, sostuvo que “es evidente que si el Estado ha contraído la obligación de adoptar determinadas medidas positivas, con mayor razón está obligado a no adoptar las que contradigan dicha obligación”, para luego destacar, con citas al Comité DESC, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a su propia jurisprudencia, la fuerte presunción contraria a que las medidas regresivas sean compatibles con el PIDESC, destacando que dichas medidas requieren de la consideración más cuidadosa, y deben justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos establecidos en el

68. Comité DESC, *Observación General N°3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art.2 del Pacto)*, E/1991/23, 14 de diciembre 1990, párr. 9.

69. Comité DESC, *Observación General N°3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art.2 del Pacto)*, E/1991/23, 14 de diciembre 1990, párrs. 3, 4, 5, 7. Las medidas incluyen “todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas”. Además de la legislación, el Comité entiende que las palabras “medios apropiados” incluyen ofrecer recursos judiciales y de otro tipo, cuando corresponda, y adoptar medidas “de carácter administrativo, financiero, educacional y social”.

70. Comité DESC, *Declaración sobre la Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos disponibles que disponga” de conformidad con un protocolo facultativo del pacto*, E/C.12/2007/1, 21 de septiembre de 2007, párr. 4.

PIDESC y en el contexto del aprovechamiento del máximo de los recursos disponibles de los que el Estado disponga.⁷¹

Esta obligación cobra relevancia en tiempos de crisis económicas, en cuyo contexto las medidas de recortes de gastos suelen generar la necesidad de evaluar el carácter regresivo de las medidas que se adopten. El Comité DESC sostuvo que la adopción de programas de consolidación fiscal puede ser necesaria para hacer efectivos los DESC, pero advirtió la necesidad de evaluar ante la adopción de medidas económicas, incluso refiriéndose a los acuerdos de deuda, que los condicionamientos que se establezcan no signifiquen una “reducción injustificable de su capacidad para respetar, proteger y hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto”, estableciendo criterios para analizar si una medida es regresiva. En ese sentido sostuvo que, (i) las medidas deben ser necesarias y proporcionadas, significando que cualquier otra política o la inacción sería más perjudicial para los DESC, (ii) se deben mantener únicamente en la medida de lo necesario; (iii) no deben ser discriminatorias; (iv) deben mitigar desigualdades que pueden agudizarse en tiempos de crisis y garantizar que los derechos de los individuos y grupos desfavorecidos y marginados no se vieran afectados de forma desproporcionada y (v) no deben afectar el contenido básico mínimo de los derechos amparados por el Pacto.⁷²

A su vez, en su Observación General 19 estableció que frente a medidas de carácter regresivo en materia de seguridad social evaluará además de la justificación de las medidas y el análisis exhaustivo de alternativas posibles, si hubo verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y sus alternativas, si las medidas tendrán una repercusión

71. CSJN, “Asociación de Trabajadores del Estado (Salta) s/ acción de inconstitucionalidad”, 18/6/2013, cons. 9. Para un desarrollo de la obligación de no regresividad ver Courtis. C. (compilador) (2006), *Ni un paso atrás : la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires: Editores Del Puerto.; Comité DESC, *Observación General N°3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art.2 del Pacto)*, E/1991/23, 14 de diciembre 1990, párr. 9; Comité DESC, *Observación General N°13: El derecho a la educación (artículo 13)*, E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999, párr. 45.

72. Comité DESC, *Declaración sobre Deuda pública, medidas de austeridad y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/C.12/2016/1, 22 de julio de 2016, párr. 4.; Comité DESC, *Carta abierta a los Estados Parte sobre los derechos económicos sociales y culturales en el contexto de la crisis económica y financiera*, 17 de Mayo de 2012.

sostenida en el ejercicio de la seguridad social, si se afecta el contenido mínimo y si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional.⁷³

En un ejemplo reciente, al examinar el cuarto informe periódico de Argentina, el Comité DESC planteó que “es consciente de la crisis financiera del Estado parte y valora positivamente los esfuerzos realizados para mantener el gasto social. No obstante, el Comité expresa su preocupación por la reducción de los niveles de protección efectiva de los derechos consagrados en el Pacto, en particular para las personas y grupos desfavorecidos, como consecuencia de la inflación y las medidas de austeridad. Al Comité le preocupa también que, en el marco del acuerdo con el Fondo Monetario Internacional, el Gobierno prevé un objetivo de déficit cero para 2019, agudizando el recorte del gasto social (art. 2, párr. 1)”.⁷⁴

Por su parte, el Comité recomendó a Ecuador en 2019, con relación a las medidas de austeridad adoptadas, que no reduzca –con relación al año 2018– el gasto social en áreas de salud y educación y que se mantengan las líneas presupuestarias relacionadas con la inversión social en los grupos más desfavorecidos.⁷⁵

Utilizar el máximo de los recursos disponibles. La obligación de destinar el máximo de los recursos disponibles debe condicionar las decisiones del Estado al generar, movilizar y asignar el capital estatal.⁷⁶ Es decir, la política de recaudación así como de gasto debe buscar maximizar el espacio fiscal y la inversión apropiada en DESC. La obligación es independiente del crecimiento económico y se mantiene vigente incluso en momentos de fuertes restricciones de recursos en las crisis económicas,⁷⁷

73. Comité DESC, Observación General 19 (2007), El derecho a la seguridad social, párr. 42

74. Comité DESC, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina*, E/C.12/ARG/CO/4, 1 de noviembre de 2018

75. Comité DESC, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico del Ecuador*, E/C.12/EQU/CO/4, 14 de noviembre de 2019, párr. 6

76. ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos sobre políticas tributarias como un factor para el disfrute de derechos humanos*, A/HRC/26/28, 22 de mayo 2014, párr. 25.

77. ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos sobre políticas tributarias como un factor para el disfrute de derechos humanos*, A/HRC/26/28, 22 de mayo 2014, párr. 25.

como la que atraviesa Argentina. Ello requiere que el Estado utilice eficientemente sus recursos disponibles, incluida la posibilidad de adaptar su esquema impositivo para procurar incrementar los recursos destinados a la satisfacción de derechos.

Las medidas tendientes a reducir la evasión fiscal han sido expuestas por el Comité DESC como necesarias en vinculación a esta obligación, recomendando por ejemplo a Ucrania “que adopte medidas rigurosas para combatir la evasión de impuestos, en particular la práctica de sueldos no declarados (“sueldos en mano”) y la infravaloración de bienes inmuebles”.⁷⁸

En otro caso se ha expresado requiriendo al Estado velar por una política fiscal socialmente justa al recomendar “la movilización efectiva de recursos internos, entre otras cosas mediante la formulación de una política fiscal más eficaz, progresiva, socialmente justa y el aumento de los derechos que cobran a los inversores extranjeros por la explotación de los recursos extractivos y pesqueros a fin de combatir las desigualdades económicas y lograr progresivamente la plena realización de los derechos”, recomendando a su vez que “el proceso de adopción de políticas fiscales y los presupuestos se realice de manera transparente y participativa”,⁷⁹ o la revisión de la política fiscal para disminuir la tasa de riesgo de pobreza y dotarla de progresividad suficiente para reducir las desigualdades.⁸⁰

En el mismo sentido, recomendó revisar la política fiscal existente a fin de movilizar recursos internos, hacerla más redistributiva e intensificar los esfuerzos por combatir las corrientes financieras ilícitas, especialmente la manipulación de los precios de mercado por las empresas multinacionales y la elusión fiscal a fin de aumentar los ingresos nacionales y el uso de los recursos.⁸¹

78. Comité DESC, *Séptimo informe periódico que Ucrania debía presentar en 2019 en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto*, E/C.12/UKR/7, 3 de diciembre de 2019, párr. 4

79. Comité DESC, *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico del Senegal*, E/C.12/SEN/CO/3, 13 de noviembre de 2019, párr. 11; Comité DESC, *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Estonia*, E/C.12/EST/CO/3, 27 de marzo de 2019, párr. 9.

80. Comité DESC, *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Estonia*, E/C.12/EST/CO/3, 27 de marzo de 2019, párr. 37.

81. Comité DESC, *Observaciones finales sobre el informe inicial de Sudáfrica*, E/C.12/ZAF/CO/1, 29 de noviembre de 2018, párr.17.

La obligación se ha proyectado también sobre consideraciones referidas al gasto público, al destacar por ejemplo la necesidad de incrementar el gasto social público en atención médica, seguridad social y educación a fin de reducir disparidades regionales y erradicar la pobreza existente.⁸²

Por otra parte, la obligación de disponer del máximo de los recursos disponibles requiere evitar la pérdida de recursos por la acción de la corrupción. El Comité DESC ha efectuado recomendaciones en el sentido de aplicar las leyes contra la corrupción, combatir la impunidad, aumentar la independencia del poder judicial a fin de fortalecer su capacidad para combatirla eficazmente, contrarrestar las injerencias políticas en los procesos judiciales por corrupción y adoptar medidas enérgicas para combatir la impunidad, entre otras.⁸³

En esa línea también deben discutirse abiertamente las políticas de gastos y exenciones tributarios, hoy veladas y que suponen una reducción de los recursos disponibles para atender derechos.⁸⁴

La subejecución o ejecución ineficiente de recursos presupuestarios destinados a la satisfacción de derechos constituye otra vulneración a la obligación de utilizar el máximo de los recursos disponibles. En la Observación General N°19, el Comité de los Derechos del Niño desarrolla un cuidadoso análisis de los estándares que deben cumplirse en el proceso de planificación, aprobación, ejecución y seguimiento del Presupuesto⁸⁵ para efectivizar la protección de los derechos en la práctica presupuestaria.

Además del análisis de los ingresos tributarios y el gasto público, la gestión de la deuda pública también tiene impacto directo en la capacidad

82. Comité DESC, *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Kazajstán*, E/C.12/KAZ/CO/2, 29 de marzo de 2019, párr. 20.

83. Comité DESC, *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Eslovaquia*, E/C.12/SVK/CO/3, 14 de noviembre de 2019, párr. 9; Comité DESC, *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Ucrania*, E/C.12/UKR/7, 2 de abril de 2020, párr. 8.

84. Para un planteo de la problemática de las exenciones fiscales ver ACIJ (2018), *Las exenciones a la luz del principio de igualdad*, Buenos Aires. Disponible en: <https://acij.org.ar/wp-content/uploads/2018/11/Las-exenciones-a-la-luz-del-principio-de-igualdad-online.pdf>. Ver también Comité DESC, *Observaciones finales sobre el informe inicial de Malí*, E/C.12/MLI/CO/1, 6 de noviembre de 2018, párr. 13.

85. CDN, *Observación general número 19 sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4)*, 21/07/2016.

de movilizar y utilizar recursos. En ese sentido, se destacó que “gestionar la deuda de forma sostenible supone contar con legislación, políticas y sistemas transparentes que tengan funciones y responsabilidades claras para solicitar y conceder préstamos, además de gestionar y supervisar la deuda”.⁸⁶

Ello requiere valorar el impacto de la asunción o gestión de deuda pública sobre los derechos. No solo al momento de contraerse, sino en caso de obtenerse alivios sobre la deuda existente, deben hacerse evaluaciones basadas en los derechos y la obligación de destinar el máximo de los recursos en ese sentido.⁸⁷

Finalmente, el CDESC, en una declaración destinada a aclarar los criterios que utilizaría en caso de recibir comunicaciones en el marco del protocolo facultativo en que se afirme que un Estado Parte no ha adoptado medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, sostuvo que analizará las medidas que se hayan tomado efectivamente y si esas medidas son “adecuadas” o “razonables”, para lo cual evaluará: i) hasta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales; ii) si el Estado Parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria; iii) si la decisión del Estado Parte de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos; iv) en caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado Parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto; v) el marco cronológico en que se adoptaron las medidas; vi) si las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo. En caso de que el Estado aduzca “limitaciones de recursos” para explicar cualquier medida regresiva que haya adoptado, el Comité examinará esa información en función de las circunstancias concretas del país de que se trate, en particular: (i) la gravedad de la vulneración alegada, (ii) la situación económica actual del país, (iii) su nivel de desarrollo, (iv) la existencia de otras exigencias graves que

86. CDN, *Observación general número 19 sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4)*, 21/07/2016, párr. 79.

87. ONU, *Principios rectores sobre la deuda externa y los derechos humanos*, A/HRC/20/23, 10 de abril de 2011, párr. 3.

comprometan el empleo de recursos limitados (ej., un desastre natural), (v) si el Estado buscó identificar opciones de bajo costo, (vi) si el Estado buscó ampliar sus recursos mediante asistencia internacional.⁸⁸

Igualdad y no discriminación. Las obligaciones estatales exigen también que se garantice, como obligación inmediata, que los DESC se ejerzan sin ningún tipo de discriminación. En su Observación General 20, el Comité DESC establece no solo que los principios de no discriminación e igualdad están reconocidos en todo el Pacto, sino que determina un alcance de la igualdad que contempla específicamente la igualdad sustantiva o real además de la igualdad formal.

En palabras del propio Comité, “en el disfrute efectivo de los derechos recogidos en el Pacto influye con frecuencia el hecho de que una persona pertenezca a un grupo caracterizado por alguno de los motivos prohibidos de discriminación. Para eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares. Los Estados partes deben, por tanto, adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o de facto”.⁸⁹

88. Comité DESC, *Declaración sobre la Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos disponibles que disponga” de conformidad con un protocolo facultativo del pacto*, E/C.12/2007/1, 21 de septiembre de 2007, párr. 8.

89. La Corte IDH ha desarrollado también una interpretación robusta de la igualdad que incluye “dos concepciones: una negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una 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”, ha ampliado los motivos prohibidos de discriminación, entendiendo que el art. 1.1. al referirse a motivos prohibidos de discriminación esboza un listado enunciativo, por lo cual ha incluido dentro del concepto “otra condición social” condiciones como orientación sexual, edad, personas que viven con HIV (que se suman a las previstas en la norma), ha identificado la prohibición de medidas que impliquen impacto discriminatorio mas a allá de su aparente neutralidad, entre otras perspectivas que amplían la noción de igualdad. Ver: Corte IDH, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nro. 14: Igualdad y no discriminación, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14.pdf>

En casos en que ello ocurra, se requiere que los Estados adopten medidas especiales incluso estableciendo diferencias basadas en motivos prohibidos que “serán legítimas siempre que supongan una forma razonable, objetiva y proporcionada de combatir la discriminación de facto y se dejen de emplear una vez conseguida una igualdad sustantiva sostenible”.⁹⁰

Por otra parte, en el análisis de las medidas de política fiscal, debe tenerse especialmente en cuenta que la discriminación puede producirse no solo por vía directa (por ejemplo, una medida que grave en forma diferenciada a un determinado grupo de personas o que asigne menor cantidad de recursos públicos destinados la educación a un sector de la población que vive en zonas económicamente desfavorecidas), sino también por vía indirecta. Esto es, casos en que las políticas son en apariencia neutrales pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos por los motivos prohibidos de discriminación.⁹¹

El Comité DESC vinculó desigualdad y política fiscal en nuestro país al expresar preocupación por “el alto grado de desigualdad social en el Estado parte, que obstaculiza el goce de los derechos del Pacto” y que “ciertas medidas tributarias, como la reducción de la carga impositiva para grupos sociales de altos ingresos o el mantenimiento de exenciones tributarias injustificadas, reduzcan la capacidad redistributiva del sistema fiscal y limiten la obtención de los recursos necesarios para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2, párrs. 1 y 2)”.⁹²

En la misma línea, recomendó a Ecuador la adopción de una política tributaria progresiva a fin de reducir la desigualdad y permitir el goce de los DESC, al advertir que más de la mitad de los ingresos tributarios provienen de impuestos indirectos.⁹³

90. Comité DESC, Observación General N°20: *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2)*, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 9.

91. Comité DESC, Observación General N°20: *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2)*, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 10; CORTE IDH. “Nadège Dorzema y otros Vs. República Dominicana”, Fondo Reparaciones y Costas, 24 de octubre de 2012, párr. 235.

92. Comité DESC, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina*, E/C.12/ARG/CO/4, 1 de noviembre de 2018, párr. 22.

93. Comité DESC, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico del Ecuador*, E/C.12/EQU/CO/4, 14 de noviembre de 2019, párr. 22.

Un análisis enfocado en el impacto del sistema tributario sobre la pobreza muestra por ejemplo que el impuesto sobre la renta de las personas físicas es uno de los tipos de impuestos más progresivos e importantes y que los impuestos indirectos, como el IVA, son regresivos porque impactan en mayor medida sobre quienes viven en dicha condición.⁹⁴ Los impuestos elevados para los bienes y servicios y bajos para los ingresos, la riqueza y la propiedad pueden originar resultados discriminatorios. De hecho, se ha demostrado que el efecto negativo de los impuestos indirectos que gravan la renta de las personas que viven en la pobreza o están al borde la pobreza puede ser mayor que el efecto positivo de las transferencias de efectivo de modo que un sistema tributario regresivo puede llevar a neutralizar o restringir los programas sociales. Ello así toda vez que quienes reciben prestaciones sociales las financian con los impuestos que pagan. En consecuencia, la regresividad del sistema tributario puede impactar en el principio de igualdad y no discriminación y en que los más pobres vean cercenado el acceso a los mínimos esenciales de los derechos.⁹⁵

A su vez, el diseño de ingresos y gastos puede proyectarse como discriminatorio por razón de género. Así, se planteó que los hogares en donde las mujeres son perceptoras de renta soportan una carga más elevada vía impuestos indirectos ya que dichos hogares están “más concentrados en la distribución inferior del ingreso que otros tipos de hogares, como los encabezados por hombres y los que tienen dos fuentes de ingresos”.⁹⁶

En el análisis de gastos, el Comité DESC sostuvo que la reducción de las prestaciones de los servicios públicos y la fijación o suba de las cuotas o tarifas que pagan los usuarios en ámbitos tales como el cuidado de niños, la educación preescolar, los servicios públicos o los servicios de apoyo a la

94. ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos sobre políticas tributarias como un factor para el disfrute de derechos humanos*, A/HRC/26/28, 22 de mayo 2014, párr. 46.

95. ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos sobre políticas tributarias como un factor para el disfrute de derechos humanos*, A/HRC/26/28, 22 de mayo 2014, párr. 47, con cita a Lustig, N. “Taxes, Transfers and Income redistribution in Latin America”, Banco Mundial, *La desigualdad bajo la lupa*, vol. 1, N°2, 2012.

96. Rossignolo, D. (2018), “Equidad de género del sistema tributario en la Argentina: estimación de la carga fiscal desglosada por tipo de hogar”, *Revista de la CEPAL*, No. 124, p. 218.

familia afectan desproporcionadamente a las mujeres, por lo que pueden constituir un retroceso en términos de igualdad de género.⁹⁷

En esa línea, en un caso resuelto en el marco del Protocolo Facultativo, dicho Comité destacó que toda vez que debido a la persistencia de estereotipos y otras causas estructurales, las mujeres dedican un tiempo mucho mayor que los hombres al trabajo no remunerado, los Estados deben adoptar medidas para corregir los factores que impiden a las mujeres aportar en los planes de seguridad social que condicionan las prestaciones a dichos aportes y garantizar que los planes de seguridad social sean diseñados considerando los períodos dedicados a tareas de cuidado, criar a los hijos y a atender a los adultos a su cargo. Para ello, deben asegurar prestaciones no contributivas por vejez, servicios sociales y otros tipos de ayuda para quienes al cumplir la edad de jubilación no tengan cubiertos los períodos mínimos de cotización exigidos. En virtud de ello, sostuvo que constituía un trato discriminatorio el régimen de aportes voluntarios diseñado en Ecuador, porque a pesar de su apariencia de neutralidad tenía un impacto diferencial sobre las mujeres, especialmente considerando que la población en edad de trabajar que está fuera del mercado laboral, aquella dedicada exclusivamente a trabajo doméstico no remunerado de cuidados es casi exclusivamente femenina.⁹⁸

Por otra parte, afectan la igualdad y no discriminación los sistemas que permiten la evasión impositiva a gran escala ya que esto beneficia a quienes, por contar con mayores recursos, y acceder a asesoramiento de grandes firmas dedicadas a esa función, pueden diseñar estructuras que permiten evitar el pago de tributos reduciendo proporcionalmente el pago que efectúan en comparación con contribuyentes con menos recursos. A su vez la pérdida de recaudación obliga al Estado a buscar otras fuentes de ingresos, lo cual muchas veces redundando en más impuestos regresivos, cuya carga recae con más severidad en los pobres.⁹⁹

97. Comité DESC, *Declaración sobre Deuda pública, medidas de austeridad y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/C.12/2016/1, 22 de julio de 2016, párr. 2.

98. Comité DESC, Dictamen aprobado por el Comité de acuerdo con el Protocolo Facultativo del Pacto con relación a la comunicación núm. 10/2015, E/C.12/63/D/10/2015, 14 de Noviembre de 2018.

99. ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos sobre políticas tributarias como un factor para el disfrute de derechos humanos*, A/HRC/26/28, 22 de mayo 2014, párr. 60.

La concepción de la igualdad sustantiva requiere que en el diseño de la política fiscal se adopten medidas positivas que tiendan a atender específicamente las necesidades de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad en el acceso a sus derechos. Como sostuvo la ex Relatora especial sobre la pobreza extrema y los derechos humanos, “en la recaudación de impuestos, la observancia de estos derechos puede requerir que los Estados establezcan un sistema tributario con capacidad redistributiva real que preserve y aumente progresivamente los ingresos de los hogares más pobres. También implica que las medidas de acción afirmativa destinadas a ayudar a las personas y los grupos más desfavorecidos que han sufrido una discriminación histórica o persistente, como los subsidios o las exenciones fiscales bien diseñados, no serían discriminatorias. En cambio, un impuesto de tasa uniforme no favorecería la consecución de una igualdad sustantiva, ya que limita la función redistributiva de la tributación”.¹⁰⁰

En línea con la necesidad de establecer medidas dirigidas específicamente a grupos vulnerables,¹⁰¹ se han establecido, por ejemplo, la necesidad de superar la invisibilidad estadística en materia fiscal de poblaciones que enfrentan discriminaciones estructurales, incorporando indicadores que permitan identificar el impacto de la política fiscal en estos grupos, corregir los sesgos discriminatorios contra grupos vulnerables, y asignar recursos de modo prioritario a grupos que históricamente han sido postergados.¹⁰²

A fin de identificar medidas concretas en ese sentido, Comité de Derechos del Niño, recomendó a Hungría que (i) recopile datos sobre derechos del niño en relación con todas las esferas de la Convención, desglosados por edad, sexo, discapacidad, ubicación geográfica, origen étnico, origen nacional y procedencia socioeconómica, (ii) con eso datos identifique a los

100. ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos sobre políticas tributarias como un factor para el disfrute de derechos humanos*, A/HRC/26/28, 22 de mayo 2014, párr. 16.

101. Ver CDN, *Observación general número 19 sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4)*, 21/07/2016; COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW), *Nota de Orientaciones: CEDAW y COVID-19*.

102. Principios y Directrices de Derechos Humanos en la Política Fiscal (Borrador). Disponible en: <https://derechosypoliticaefiscal.org/index.php/es/documento-principios-y-directrices>

niños en situación de vulnerabilidad, y (iii) que los datos se pongan a disposición de todos los ministerios competentes a fin de que se utilicen para formular, supervisar y evaluar políticas, programas y proyectos destinados a aplicar la Convención. Esta recomendación se articula con recomendaciones vinculadas a medidas presupuestarias que realizó en el mismo acto, donde solicitó, con relación a la elaboración de los presupuestos públicos, que (iv) se asignen recursos financieros suficientes para llevar a cabo todos los planes vinculados con los niños, especialmente en materia de salud y educación, y (v) establezca medidas para hacer un seguimiento y velar por el uso eficiente de los recursos asignados, y (vi) realice evaluaciones periódicas de los efectos distributivos de la inversión pública en los sectores que respaldan el ejercicio efectivo de los derechos del niño a fin de corregir disparidades en los indicadores relativos a sus derechos.¹⁰³

En la misma línea tendiente a identificar los recursos presupuestarios destinados a un grupo específico y evitar su desvío en la ejecución, el Comité recomendó a Bielorrusia, (i) utilizar un enfoque basado en los derechos del niño al elaborar el presupuesto, (ii) aplicar un sistema de indicadores y seguimiento con la asignación y utilización de los recursos asignados a los niños, y (iii) adoptar medidas para identificar necesidades presupuestarias de los niños e introducir presupuestaciones para niños en situación desfavorecidas como quienes viven en la pobreza.¹⁰⁴

Contenidos mínimos. La obligación estatal de asegurar niveles esenciales de cada derecho se desarrolla en Observaciones Generales específicas sobre vivienda, alimentación, educación, salud, agua, trabajo y seguridad social que no analizaremos en este trabajo. A título ejemplificativo, podemos mencionar que se establece la obligación de asegurar el acceso mínimo a alimentos esenciales suficientes inocuos y nutritivamente adecuados para proteger a las personas contra el hambre,¹⁰⁵ con relación a la educación el

103. Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Hungría*, CRC/C/HUN/CO/6, 3 de marzo de 2020, párr. 11.

104. Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Belarús*, CRC/C/BLR/CO/5-6, 28 de febrero de 2020, párr. 8.

105. Comité DESC, Observación General N°12: *El derecho a una alimentación adecuada* (art. 11), E/C.12/1999/5, 12 de mayo de 1999, párr. 14.

acceso a las instituciones y programas de enseñanza sin discriminación alguna, la enseñanza primaria para todos, adoptar y aplicar una estrategia de educación secundaria, superior y fundamental velar por la libre elección de la educación sin la intervención del Estado, y con relación al derecho a la salud la obligación de contar con suficientes establecimientos bienes y servicios públicos con condiciones sanitarias adecuadas, agua limpia y potable, personal médico capacitado y bien remunerado, así como medicamentos esenciales, con accesibilidad física y económica, aceptabilidad y calidad.¹⁰⁶

Se considera una obligación mínima que el Estado debe cumplir de forma inmediata. En caso de incumplimiento, el Estado debe demostrar que ha realizado todo su esfuerzo para utilizar la totalidad de los recursos que estén a su disposición para poder satisfacer dichas obligaciones mínimas. Este deber se mantiene aún en situaciones de crisis y limitaciones graves de recursos, durante las cuales el Estado debe proteger los derechos de los grupos vulnerables mediante adopción de programas de bajo costo.¹⁰⁷ En algunas observaciones generales, como la referida al derecho a la salud, se establece directamente que la obligación de garantizar los contenidos mínimos es inderogable y que el Estado no puede nunca y en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento.¹⁰⁸

Transparencia, participación y rendición de cuentas. Adicionalmente, la política fiscal debe respetar los principios de acceso a la información, participación y transparencia.¹⁰⁹ Para ello, la información pertinente debe hacerse accesible en un formato comprensible que incluya indicadores para que pueda ser analizada con claridad y permita evaluar cuántos recursos se destinan a la satisfacción de cada derecho y, simultáneamente, a otros fines estatales no vinculados a derechos humanos. A su vez, se deben analizar las

106. Comité DESC, *Observación General N°14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 12.

107. Comité DESC, *Observación General N°3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art.2 del Pacto)*, E/1991/23, 14 de diciembre 1990, párr. 10.

108. Comité DESC, *Observación General N°14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 47.

109. OEA, CIDH, *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos*, OEA/Ser. L/V/II, párr. 133; ver CADH, arts. 13, 15, 16, 23 y 25 ccs.; PIDCP arts. 19, 21, 22, 25 y ccs.; Corte IDH, *Claude Reyes vs. Chile*, sentencia 19 de setiembre de 2016.

consecuencias redistributivas y la presión fiscal que se impone sobre grupos desfavorecidos.¹¹⁰ Esta circunstancia es la que permitirá conocer si la priorización discursiva de los derechos se condice con asignaciones presupuestarias, y su correspondiente ejecución.

Por ejemplo, el Comité de los Derechos del Niño ha efectuado recomendaciones con relación a la información que debe producirse y publicarse para que los datos estén desglosados por sexo, edad, discapacidad, etnia, país de origen, condición de migrante refugiado o solicitante de asilo, que se establezcan indicadores para identificar y abordar situaciones de discriminación múltiple e interseccional contra niños, entre otros.¹¹¹ En esa línea, el mismo Comité recomendó que los datos e indicadores desglosados se utilicen para formular, controlar y evaluar las políticas, programas y proyectos de modo de lograr la efectiva aplicación de la Convención.¹¹²

Recientemente se publicaron los resultados de la encuesta global de transparencia presupuestaria 2019, un relevamiento internacional comparativo llevado a cabo por el International Budget Partnership¹¹³ en el cual se evalúan indicadores en materia de transparencia, participación y rendición de cuentas. Allí, en la evaluación de la situación en nuestro país se destaca como dato positivo la disponibilidad de información presupuestaria online actualizada, dato que, sin embargo, se consideró insuficiente para permitir un debate presupuestario público informado.

Al mismo tiempo, se remarca la necesidad del Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y la Auditoría General de la Nación de robustecer los deficientes

110. ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos sobre políticas tributarias como un factor para el disfrute de derechos humanos*, A/HRC/26/28, 22 de mayo 2014, párr. 79.e.

111. Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre el quinto y sexto informes periódicos combinados de Costa Rica*, CRC/C/CRI/CO/5-6, 4 de marzo de 2020, párr. 11.

112. Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre el quinto y sexto informes periódicos combinados de Costa Rica*, CRC/C/BUH/CO/5-6,5 de diciembre de 2019, párr. 12.

113. La Encuesta de Presupuesto Abierto es un análisis comprehensivo que evalúa el acceso a la información presupuestaria y a las oportunidades de participación ciudadana en la elaboración del presupuesto nacional. Disponible en: <https://www.internationalbudget.org/open-budget-survey>

mecanismos de participación ciudadana en la formulación y ejecución del presupuesto, en especial de las comunidades vulnerabilizadas o insuficientemente representadas. En igual sentido, se planteó que el Estado debe mejorar sus mecanismos de rendición de cuentas y monitoreo durante la etapa de ejecución a través de la comisión pertinente del Congreso Nacional.¹¹⁴

La participación que exigen los derechos “pretende ser transformadora y no superficial o instrumental, y promueve y exige la participación activa, libre, informada y genuina de las personas que viven en la pobreza en todas las etapas de la formulación, aplicación y evaluación de las políticas que les afectan”, contemplando además que en virtud de las “asimetrías existentes en este debate en cuanto a facultades, experiencia e intereses, deben adoptarse medidas específicas para garantizar la igualdad de acceso y de oportunidades en la participación”.¹¹⁵

El Comité DESC, en su evaluación sobre Ecuador y sus medidas de austeridad, advirtió la importancia de que las medidas de austeridad sean consultadas con las poblaciones afectadas y estén sujetas a un examen independiente, y recomendó que garantice el derecho de asociación y de manifestarse pacíficamente con relación a las medidas, que se promuevan procesos de consulta especialmente con las poblaciones en situación de vulnerabilidad que podrían verse particularmente afectadas por ellas.¹¹⁶

También se ha establecido la especial necesidad de dar activa participación a la sociedad civil.¹¹⁷ Es destacable que la sociedad civil está promoviendo el desarrollo de la agenda de control de las políticas fiscales con perspectiva de derechos no solo en nuestro país sino en la región con iniciativas de control de los ciclos presupuestarios, trabajo con legisladores, construc-

114. Todas las recomendaciones pueden encontrarse en los resultados de la Open Budget Survey sobre Argentina. Disponible en: <https://www.internationalbudget.org/sites/default/files/country-surveys-pdfs/2019/open-budget-survey-argentina-2019-en.pdf>

115. ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos sobre políticas tributarias como un factor para el disfrute de derechos humanos*, A/HRC/26/28, 22 de mayo 2014, párr. 23.

116. Comité DESC, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico del Ecuador*, E/C.12/ECU/CO/4, 14 de noviembre de 2019, párr. 8.

117. Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre el quinto y sexto informes periódicos combinados de Costa Rica*, CRC/C/BUH/CO/5-6,5 de diciembre de 2019, párr. 12.

ción de principios y directrices, planteos ante los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, litigios para ampliar el control judicial de la actividad fiscal, cursos de capacitación para difundir esta perspectiva, entre otras.¹¹⁸

Por último, debe garantizarse que en la medida que vulnera derechos, al igual que toda política pública la política fiscal este sujeta al control judicial. La CIDH ha destacado el rol fundamental del poder judicial sobre los presupuestos y su impacto en la protección de derechos, identificando el avance en la región de los análisis jurisprudenciales sobre la adecuación de las asignaciones y ejecuciones presupuestarias a los obligaciones esenciales en materia de DESC. Se pueden señalar como otros campos de posible intervención judicial “la revisión o la adopción de mecanismos correctivos de partidas de gasto que tengan impactos negativos sobre los derechos, la adopción de medidas fiscales frente a problemáticas de derechos humanos desatendidas, la solicitud de reportes detallados e información sobre las decisiones adoptadas (en materia de impuestos, endeudamiento, presupuestos, venta de activos públicos, entre otras), la exigencia de actuaciones prontas frente a las omisiones de compromisos ya adquiridos, y la investigación y adopción de mecanismos correctivos frente posibles malos manejos de recursos públicos”.¹¹⁹

Pueden analizarse en ese sentido la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia que concluyó que gravar con un impuesto al valor agregado las toallas higiénicas femeninas y tampones resulta discriminatorio con relación a las mujeres, disponiendo que se incluya a dichos productos como exentos,¹²⁰ o la sentencia de la CSJN Argentina que declaró la inconstitucionalidad del cobro de impuesto a las ganancias sobre haberes previsionales, destacando expresamente que a “partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber del legislador de estipular respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles

118. <https://acij.org.ar/presupuestoyddhh/>; <https://www.cesr.org/politica-fiscal-y-derechos-humanos-en-tiempos-de-austeridad>; <https://derechospoliticafiscal.org/es/>

119. Principios y Directrices de derechos humanos en la política fiscal (Borrador sujeto a consulta pública) disponible en www.derechospoliticafiscal.org

120. Sentencia C-117/18, disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-117-18.htm>

el goce pleno y efectivo de todos sus derechos” y que ese “imperativo constitucional resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico, proyectándose concretamente a la materia tributaria, ya que no es dable postular que el Estado actúe con una mirada humanista en ámbitos carentes de contenido económico inmediato (libertades de expresión, ambulatoria o tránsito, etc.) y sea insensible al momento de definir su política fiscal”.¹²¹

IV. Conclusión

Una vez transcurrida la emergencia sanitaria generada por el coronavirus, quedará expuesto el mayor impacto que esta ha tenido sobre las poblaciones en situaciones más vulnerables. Tanto por su mayor riesgo de contagio como por estar en peores condiciones para enfrentar las medidas de aislamiento social en todas sus dimensiones. Además, es previsible que se produzca un incremento de los índices de pobreza, desigualdad y de vulneración de DESC.

A fin de mitigar los efectos mencionados, y evitar que los costos de largo plazo de la crisis los paguen quienes sufrieron su mayor impacto, se requerirá que el Estado adopte medidas y políticas de compensación adecuadas. Esas medidas se deben reflejar necesariamente en el ámbito de la política fiscal. Allí es donde se comprueba el real compromiso estatal con los derechos, así como la progresividad o regresividad de la redistribución de recursos generada por la recaudación tributaria y gasto público.

Por otra parte, fruto de la misma crisis, las proyecciones económicas indican que el Estado enfrentará una situación de extrema fragilidad económica y muy reducido espacio fiscal, que se suma a una situación económica preexistente muy precaria. Todo ello en el contexto de cuestionamientos generalizados a la legitimidad del sistema tributario y de gasto público.

Así, se torna imperativo construir una política fiscal con perspectiva de derechos humanos que articule una deliberación sustantiva sobre su justicia distributiva. Si bien las obligaciones en materia de derechos humanos no imponen políticas determinadas, sí establecen parámetros que limitan la discrecionalidad estatal en su diseño, implementación y evaluación. Entre

121. CSJN, García, María Isabel c/AFIP s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad, Cons. 15, 26 de Mayo de 2019

ellos se encuentran el deber de adoptar de forma inmediata políticas fiscales adecuadas para avanzar progresivamente en el cumplimiento de los DESC, que sean respetuosas de una concepción sustantiva de la igualdad y que aseguren que se movilizarán y utilizarán el máximo de los recursos disponibles para respetar, proteger y cumplir con los derechos. El derecho internacional de los derechos humanos también establece fuertes deberes de justificación que limitan las decisiones de carácter regresivo que se adopten en materia de política fiscal en el contexto de crisis económicas. Además de pautas sustantivas acerca de la forma de asignar y distribuir recursos, una política respetuosa de los derechos debe garantizar estándares de participación, transparencia y rendición de cuentas. Estos, además de tender a asegurar que la política responda al interés de sus destinatarios, contribuirían a dotarla de mayor legitimidad.

Contar con una política fiscal con enfoque de derechos humanos es una cuenta pendiente del Estado. Su necesidad se ha hecho evidente una vez más ante esta crisis. Continuar dilatando el cumplimiento de esa obligación implicaría convalidar que los impactos redistributivos regresivos de la crisis se consoliden en el largo plazo. Al mismo tiempo implicaría una falta al compromiso de respetar y garantizar los derechos de los grupos más vulnerables.

Bibliografía

Normativa argentina

Decreto de Necesidad y Urgencia 260/2020, publicado en el B.O. 12/3/2020.
Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020, publicado en el B.O. 20/3/2020,
y concordantes.

Decreto de Necesidad y Urgencia 310/2020, publicado en el B.O.
24/03/2020.

Decreto de Necesidad y Urgencia 346/2020 art. 1, publicado en el B.O.
6/4/2020.

Ley 27.541 de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de
la Emergencia Pública.

Ley 27.544 de Restauración de la Sostenibilidad de la Deuda Pública emitida
bajo Ley Extranjera; Resolución 71/2020 del Ministerio de Economía.

Acordadas y sentencias de tribunales argentinos

- CSJN. “Asociación de Trabajadores del Estado (Salta) s/ acción de inconstitucionalidad”, 18/6/2013.
- CSJN: Acordada 6/2020.
- CSJN: García, María Isabel c/AFIP s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad, cons. 15, 26 de mayo de 2019.
- TSJ Ciudad de Buenos Aires: Acordada 11/2020, de fecha 16 de marzo de 2020.

Informes de organismos estatales

- COMISIÓN DE CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIDAD DE CORONAVIRUS COVID-19 (2020): *Relevamiento del impacto social de las medidas del Aislamiento dispuestas por el PEN*, Buenos Aires.
- DIRECCIÓN NACIONAL DE ECONOMÍA, IGUALDAD Y GÉNERO: *Ingreso Familiar de Emergencia Análisis y desafíos para la transferencia de ingresos a trabajadores/as precarios*, 27/04/2020.
- INDEC (2018): *Informe técnico sobre condiciones de vida - Incidencia de la pobreza y la indigencia en 31 aglomerados urbanos*, Vol. 2 N°188, Buenos Aires.
- INDEC (2020): *Informe técnico sobre condiciones de vida - Incidencia de la pobreza y la indigencia en 31 aglomerados urbanos*, Vol. 4 N°59, Buenos Aires.

Resoluciones y reportes de Órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

- CIDH (2017): *Informe sobre Pobreza y Derechos Humanos en las Américas*.
- CIDH: *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, Resolución 1/2020, 10 de abril de 2020.
- CIDH (2018): *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.
- CORTE IDH: “González Lluy y otros vs. Ecuador”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 01/09/2015.
- CORTE IDH: “Claude Reyes vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas, 19/09/2006.

CORTE IDH: Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nro. 14: Igualdad y no discriminación.

CORTE IDH: “Nadège Dorzema y otros Vs. República Dominicana”, Fondo Reparaciones y Costas, 24 de octubre de 2012.

CORTE IDH: “Cuscul Pivaral y otros c/Guatemala”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 23/8/2018.

OEA: *Aprobación de Indicadores de Progreso para la Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador*, AG/RES. 2713 (XLII-O/12) y OEA/Ser.L/XXV.2.1, 04/06/2012 y 05/11/2013

Resoluciones y reportes de Órganos de Derechos Humanos de Naciones Unidas

ACNUDH (2012): *Los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos*.

ACNUDH (2017): *Haciendo realidad los derechos humanos a través de los presupuestos gubernamentales*.

ACNUDH: *Consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales*, A/74/178, 16/07/2019.

ACNUDH: *Reporte sobre las medidas de austeridad en los derechos económicos, sociales y culturales*, E/2013/82, 07/05/2013.

CDN: *Declaración sobre el COVID-19*. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/1_Global/INT_CRC_STA_9095_S.pdf.

CDN: *Observación general número 19 sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4)*, 21/07/2016.

CDN: *Observaciones finales sobre el quinto y sexto informes periódicos combinados de Costa Rica*, CRC/C/CRI/CO/5-6, 4 de marzo de 2020.

CDN: *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Hungría*, CRC/C/HUN/CO/6, 3 de marzo de 2020.

CDN: *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Belarús*, CRC/C/BLR/CO/5-6, 28 de febrero de 2020.

COMITÉ DESC: Carta abierta a los Estados Parte sobre los derechos económicos sociales y culturales en el contexto de la crisis económica y financiera, 17 de mayo de 2012.

- COMITÉ DESC: *Cuestiones Sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales: La pobreza y el Pacto*, E/C.12/2001/10, 10 de mayo de 2001.
- COMITÉ DESC: *Declaración sobre Deuda pública, medidas de austeridad y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/C.12/2016/1, 22 de julio de 2016.
- COMITÉ DESC: *Declaración sobre la Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos disponibles que disponga” de conformidad con un protocolo facultativo del pacto*, E/C.12/2007/1, 21 de septiembre de 2007.
- COMITÉ DESC: *Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales*, E/C.12/2020/1, 17 de abril de 2020.
- COMITÉ DESC: Dictamen aprobado por el Comité de acuerdo con el Protocolo Facultativo del Pacto con relación a la comunicación núm. 10/2015, E/C.12/63/D/10/2015, 14 de noviembre de 2018.
- COMITÉ DESC: *Observación General 19: El derecho a la seguridad social*, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008.
- COMITÉ DESC: *Observación General N°12: El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)*, E/C.12/1999/5, 12 de mayo de 1999.
- COMITÉ DESC: *Observación General N°13: El derecho a la educación (artículo 13)*, E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999.
- COMITÉ DESC: *Observación General N°14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.
- COMITÉ DESC: *Observación General N°20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2)*, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.
- COMITÉ DESC: *Observación General N°3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art.2 del Pacto)*, E/1991/23, 14 de diciembre 1990.
- COMITÉ DESC: *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico del Ecuador*, E/C.12/ECU/CO/4, 14 de noviembre de 2019.
- COMITÉ DESC: *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina*, E/C.12/ARG/CO/4, 1 de noviembre de 2018.
- COMITÉ DESC: *Observaciones finales sobre el informe inicial de Malí*, E/C.12/MLI/CO/1, 6 de noviembre de 2018.

- COMITÉ DESC: *Observaciones finales sobre el informe inicial de Sudáfrica*, E/C.12/ZAF/CO/1, 29 de noviembre de 2018.
- COMITÉ DESC: *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Kazajstán*, E/C.12/KAZ/CO/2, 29 de marzo de 2019.
- COMITÉ DESC: *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Ucrania*, E/C.12/UKR/7, 2 de abril de 2020.
- COMITÉ DESC: *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico del Senegal*, E/C.12/SEN/CO/3, 13 de noviembre de 2019.
- COMITÉ DESC: *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Estonia*, E/C.12/EST/CO/3, 27 de marzo de 2019.
- COMITÉ DESC: *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Eslovaquia*, E/C.12/SVK/CO/3, 14 de noviembre de 2019.
- COMITÉ DESC: *Séptimo informe periódico que Ucrania debía presentar en 2019 en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto*, E/C.12/UKR/7, 3 de diciembre de 2019.
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW): *Nota de Orientaciones: CEDAW y COVID-19*. Disponible en la web del Comité: <https://www.ohchr.org/SP/hrbodies/cedaw/pages/cedawindex.aspx>.
- PRESIDENTE COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: *Declaración Conjunta: Personas con Discapacidad y COVID-19 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Enviada Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad*.
- ONU: *Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos sobre políticas tributarias como un factor para el disfrute de derechos humanos*, A/HRC/26/28, 22 de mayo 2014.
- ONU: *Informe del Experto Independiente sobre deuda externa y derechos humanos. COVID-19: Llamamiento urgente para una respuesta a la recesión económica desde los derechos humanos*, 15 de abril 2020.
- ONU: *Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos*, A/HRC/40/57, 19/12/2018.
- ONU: *Principios rectores sobre la deuda externa y los derechos humanos*, A/HRC/20/23, 10 de abril de 2011.
- ONU: *Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, A/HRC/21/39, 18/07/2012.

Informes y noticias de organismos internacionales

- BANCO MUNDIAL: “La respuesta del Grupo Banco Mundial a la COVID-19 aumenta a USD 14.000 millones para ayudar a sostener las economías y proteger el empleo”, Comunicado de Prensa del 17/03/2020. Disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2020/03/17/world-bank-group-increases-covid-19-response-to-14-billion-to-help-sustain-economies-protect-jobs>
- BID - DEPARTAMENTO DE PAÍSES DEL CONO SUR (2020): El impacto del COVID en las economías de la región.
- CEPAL (2017): *Consensos y conflicto en la política tributaria en América Latina*, SABAINI, J. C., JIMÉNEZ J. P., MARTNER, R. (editores), Santiago.
- CEPAL (2020): “Dimensionar los efectos del COVID-19 para pensar en la reactivación”, en *Informe Especial COVID-19 N°2*, p. 2.
- FMI: Comunicados de Prensa del FMI 20/144, 20/190, 20/208. Disponibles en: FMI: *Declaración de la Directora Gerente del FMI Kristalina Georgieva tras una conversación ministerial del G-20 sobre la emergencia del coronavirus*, Comunicado de Prensa No. 20/98, 23/03/2020. Disponible en: <https://www.imf.org/es/News/Articles/2020/03/23/pr2098-imf-managing-director-statement-following-a-g20-ministerial-call-on-the-coronavirus-emergency>. <https://www.imf.org/en/news/searchnews#sort=%40imfdate%20descending>.
- Pineda, O. (et al.): “Posibles consecuencias macro-fiscales del COVID-19 en América Latina”, *Recaudando Bienestar - Banco Interamericano de Desarrollo*, 22/04/2020. Disponible en: <https://blogs.iadb.org/gestion-fiscal/es/posibles-consecuencias-macro-fiscales-covid-19-america-latina/>.
- Rossignolo, D. (2018): “Equidad de género del sistema tributario en la Argentina: estimación de la carga fiscal desglosada por tipo de hogar”, en *Revista de la CEPAL*, No. 124.

Doctrina

- Abramovich, V. & Courtis, C. (1997): “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en Abregú, M. & Courtis,

- C. (editores), *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: Editores del Puerto/CELS.
- Corti, H. (2019): “La política fiscal en el derecho internacional de los derechos humanos: presupuestos públicos, tributos y los máximos recursos disponibles”, *Revista Institucional de la Defensa Pública*, Buenos Aires.
- Courtis, C. (compilador) (2006): *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires: Editores Del Puerto.
- Holmes, S. & Sunstein, C. (2011): *El costo de los derechos*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- Pautassi, L. (2013): “Monitoreo del Acceso a la Información desde los Indicadores de Derechos Humanos”, en *Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 10 No. 18.
- Pinto, M. (2008): “Los derechos humanos desde la dimensión de la pobreza”, en *Revista IIDH*, Vol. 48, pp. 43-62.
- Rossi, J. (2020): “Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles. Puntos de encuentro y desencuentro entre la Corte Interamericana y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas”, en Morales, M., Antoniazzi, Ronconi y Clérico, *Interamericanización de los DESCA. El caso Cuscul Pivara de la Corte IDH*, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- Saiz, I.: “Times for a rights based global economic stimulus to tackle COVID-19”, en *CESR*, 27/03/2020. Disponible en: <https://www.cesr.org/time-rights-based-global-economic-stimulus-tackle-covid-19>
- Steiner, C., Fuchs, M. C. (editores) (2019): *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Comentario segunda edición, Konrad Adenauer Stiftung.

Informes de Universidades y Organizaciones de la Sociedad Civil

- ACIJ (2018): *Las exenciones a la luz del principio de igualdad*, Buenos Aires. Disponible en: <https://acij.org.ar/wp-content/uploads/2018/11/Las-exenciones-a-la-luz-del-principio-de-igualdad-online.pdf>.

CESCR: *Austerity and the IMF: an appeal for responsibility*, <https://www.cesr.org/austerity-and-imf-appeal-responsibility>

International Budget Partnership: Open Budget Survey. Disponible en: <https://www.internationalbudget.org/open-budget-survey>

Observatorio de la Deuda Social argentina (UCA) (2020): *La pobreza como privación más allá de los ingresos (2010-2019)*, Buenos Aires, Fundación Universidad Católica.

“Principios y Directrices de derechos humanos en la política fiscal” (borrador sujeto a consulta pública) disponible en www.derechosypoliticafiscal.org.

Seminario “Argentina between COVID-19 and a sovereign debt crisis”, organizado por Institute of Latin American Studies at Columbia University. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=GpUPWoGNWoo>.

Una respuesta a la Covid-19 exige políticas fiscales redistributivas, disponible en www.derechosypoliticafiscal.org.

Artículos periodísticos y otras noticias

“Fernández oficializó que no habrá Presupuesto 2020 hasta que se negocie la deuda”, en *Infobae*, 10/12/2019.

“Coronavirus: la UCA estima que la pobreza llegó al 45% por la pandemia”, en *Perfil*, 23/04/2020. Disponible en: <https://www.perfil.com/noticias/actualidad/coronavirus-uca-estima-pobreza-llego-45-por-ciento-pandemia-covid19.phtml>.

<https://www.mpd.gov.ar/index.php/noticias-feed/4937-la-dgn-dispuso-feria-extraordinaria-para-todo-el-mpd-y-establecio-turnos>

<https://www.argentina.gob.ar/noticias/los-centros-de-acceso-justicia-brindan-atencion-en-el-marco-de-la-emergencia-sanitaria>

<https://www.argentina.gob.ar/generos/medidas-en-materia-de-genero-y-diversidad-en-el-marco-de-la-emergencia-sanitaria>

Decisión Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-117/18, disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-117-18.htm>

La emergencia y el estado constitucional de derecho

*Alberto Ricardo Dalla Via**

Resumen

La pandemia del coronavirus plantea una situación inédita de una verdadera emergencia por un hecho natural en un país acostumbrado a reiteradas emergencias económicas y sociales. De hecho, cuando la OMS declaró la pandemia, Argentina ya estaba en emergencia económica y amplió la emergencia sanitaria recurriendo a los DNU que recién ahora están siendo revisados por el Congreso. Los antiguos institutos de excepción como el estado de sitio y la intervención federal han contribuido a la vulneración de derechos y a la concentración del poder. Es menester superar el discurso “decisionista” por una actitud democrática, considerando la pandemia como un problema de todos y no una oportunidad para el cesarismo. El trabajo se propone demostrar la eficiencia de la separación de poderes para el control y la búsqueda de consenso en decisiones eficientes, respetando el liderazgo del presidente de la Nación pero abogando por un espacio de mayor consulta con todos los sectores. Asimismo, los institutos de emergencia incorporados por la reforma de 1994 deben cumplir con los trámites constitucionales.

Palabras clave: Estado de Derecho, separación de poderes, emergencias, estados de excepción, derechos individuales.

* Profesor Titular de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho Público I (Universidad de Buenos Aires), miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Académico de Número de la Academia Nacional Cs. Morales y Políticas; alberto.dalla-via@pjn.gov.ar.

Emergency and the Constitutional State of Law

Abstract

The Coronavirus pandemic poses an unprecedented situation of a true emergency due to a natural event in a country used to repeated economic and social emergencies, in fact, when the WHO declared the pandemic, Argentina was already in an economic emergency and expanded the health emergency resorting to DNUs that are only now being reviewed by Congress. Former exception institutes such as the state of siege and federal intervention have contributed to rights violation and the concentration of power. It is necessary to overcome the “decisionist” discourse with a democratic attitude, considering the pandemic as a general problem and not an opportunity for Caesarism. This work aims to demonstrate the efficiency of the separation of powers and the search for consensus in efficient decisions, while respecting the leadership of the President and advocating for a space for greater consultation with all sectors. Likewise, the emergency institutes incorporated by the 1994 reform must comply with the constitutional procedures.

Keywords: Rule of Law, Separation of Powers, Emergencies, States of Exception, Individual Rights.

I.

La apelación a la emergencia ha sido tan frecuente entre nosotros que supimos conocer prórrogas de contratos de alquileres, emergencias hipotecarias, sanitarias, congelamientos de depósitos bancarios, planes de reestructuración, blanqueos, moratorias de toda clase, delegaciones legislativas y de facultades, innumerables decretos de necesidad y urgencia sin justificación real y tantos etcéteras que llegamos al punto de no saber muy bien hasta dónde llegaba la normalidad o la anormalidad constitucional.

Esta vez la emergencia es en serio, tan en serio que nadie puede saber con certeza cuánto va a durar ni cuáles son las medidas sanitarias que deben adoptarse con precisión. Estamos luchando contra un enemigo desconocido, al que no podemos ver y pone en evidencia todas nuestras falencias y debilidades existenciales como raza humana: un pequeño virus puede matarnos impiadosamente como ya está ocurriendo en Milán, en Madrid y en Nueva York.

Las emergencias reconocen causas naturales y económicas. La actual emergencia sanitaria está originada por una “pandemia” declarada tal por la Organización Mundial de la Salud (OMS), en razón de la gran expansión del virus Covid-19, es sin duda una emergencia originada en causas “naturales” al tratarse de un hecho propio de la naturaleza, más allá de las investigaciones y denuncias que varios países están realizando en contra de China, al ser el país originario de la epidemia, en cuanto a un supuesto ocultamiento de información. Será en el ámbito del Derecho Internacional en donde tengan cabida tales responsabilidades o no de algún o algunos Estados.

El marco jurídico interno se da a partir de la “Ley 27.541 de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública”, sancionada por el Congreso de la Nación el 21 de diciembre de 2019, por iniciativa del Poder Ejecutivo durante el período de Sesiones Extraordinarias. En la misma, se declaró la emergencia en las materias económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, otorgándose un amplio margen de “delegación de facultades legislativas” por parte del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo, en el marco del artículo 76 de la Constitución Nacional. Es decir que, al momento de sancionarse dicha ley, la emergencia era preponderantemente “económica”, como lo han sido todas las emergencias declaradas en nuestro país en los últimos tiempos.

La emergencia fue declarada por el Congreso hasta el 31 de diciembre de 2020, estableciendo como objetivos: a) la sostenibilidad de la deuda pública; b) la reestructuración tarifaria del sistema energético; c) promover la reactivación productiva; d) crear condiciones para alcanzar la sostenibilidad fiscal; e) fortalecer el carácter redistributivo y solidario de los haberes previsionales; f) el suministro de medicamentos esenciales y g) impulsar la recuperación de los salarios.

Fue el Decreto de Necesidad y Urgencia N°260/2020 el que amplió la emergencia sanitaria establecida en la Ley 25.541, en razón del Covid-19, fundamentándose en lo declarado por la Organización Mundial de la Salud. A partir de entonces se han dictado más de veinte Decretos de Necesidad y Urgencia, vinculados a la pandemia del coronavirus y referidos a diversas cuestiones como la prohibición de ingreso al territorio (DNU 274/2020), aislamiento social preventivo (DNU 297/2020), a los empleadores de la salud (DNU 300/2020), aparatos de oxigenoterapia (DNU 301/2020), régimen de regularización de deudas (DNU 316/2020), hipotecas (DNU 319/2020), prórroga de alquileres (DNU 320/2020), fondo de garantías argentino (DNU 326/2020), autorización

a los ministros a prorrogar designaciones transitorias (DNU 328/2020), prohibición de despidos (DNU 329/2020), diferimiento de la deuda pública (DNU 346/2020), programa de asistencia al trabajo y producción (DNU 347/2020), convocatoria a intendentes (DNU 351/2020), programa de emergencia financiera (DNU/2020), prórroga de plazos administrativos (DNU 372/2020) y un largo etcétera vinculado a esta grave cuestión.

El Congreso ha estado muchos días sin sesionar y se apresta a realizar sesiones virtuales como ocurre en otros países como Alemania, España y Gran Bretaña, incluso en países vecinos como Chile y Brasil. Se ha discutido si es necesario modificar el reglamento de las Cámaras para que ello ocurra, en el marco de los artículos 64 y 66 de la Constitución Nacional. Por nuestra parte, nos hemos expresado en cuanto a que los reglamentos son lo suficientemente amplios como para interpretar que eso es posible, ya que fueron redactados en tiempos en que las sesiones remotas no eran parte de la realidad.

Ya se ha reunido la Comisión Bicameral para analizar los Decretos de Necesidad y Urgencia, haciéndolo de manera presencial, emitiendo dictamen en favor de la aprobación de la gran mayoría de los mismos, con excepción de aquellos que no permiten el ingreso al país de los argentinos que están “varados” fuera del territorio nacional (DNU 313/2020, que prorrogó el DNU 274/2020). También ha merecido serios reparos el DNU 457/2020 de “superpoderes” que permite al Jefe de Gabinete de Ministros reasignar partidas presupuestarias sin el límite del 5% que se había establecido en la Ley de Administración Financiera del Estado Nacional.

Durante las emergencias suele reinar la confusión y no faltan los que reclaman medidas más duras; en nuestros días estamos asistiendo al cierre de fronteras exteriores y también de fronteras de provincias y ciudades, además de restricciones a la libre circulación interior de personas, bienes y mercaderías, viéndose también afectado el derecho de propiedad, el derecho al trabajo, a la educación y a la salud, entre otros. En tal sentido, cabe recordar que nuestra jurisprudencia histórica, abonada con las graves crisis de nuestra historia, enseña que los derechos se pueden restringir temporalmente pero no se pueden vulnerar.

Desde el fallo de la Corte Suprema en el caso “Avico c/ De la Pesa” del año 1932, siguiendo al precedente “Home Building” de la Suprema Corte estadounidense, la emergencia requiere: a) de un marco legal, b) de un límite temporal, c) de razonabilidad entre las medidas tomadas y el fin de la emergencia y d) que la restricción de los derechos en modo alguno pueda

ocasionar la frustración de los mismos. La Corte buscó que la emergencia en lo económico y social se encuadrara en la doctrina del “poder de policía”, aunque es de lamentar que a veces prevaleciera el “estado de necesidad” o la “razón de estado” como ocurriera con el caso “Peralta” de 1990.

Como enseñaba un destacado constitucionalista cordobés, César Enrique Romero: “Los poderes extraordinarios o facultades de excepción que se ejercen en estos períodos, solo pueden perseguir la restauración institucional, la defensa del orden jurídico subvertido o atacado, la vuelta al equilibrio roto por presiones o contrapoderes”. De lo que se trata es de *volver a la normalidad*, tal es el anhelo de la ciudadanía que viene demostrando comportamientos solidarios y responsables, generando nuevos hábitos sociales que van en línea con vivir en democracia y se aleja de los diagnósticos que pretenden caracterizarnos como una sociedad anómica.

No obstante, las grandes crisis han sido el fermento para el fortalecimiento de las tiranías, desde la propia Roma, en donde la figura del Diktator y de los Triunviros marcó el fin de la República y el nacimiento del Imperio. Hay que tener memoria. El mayor teórico de la emergencia se llamó Carl Schmitt, asesor de Hitler bajo la República de Weimar, para quien el poder constituyente era “la facultad de legislar sobre lo excepcional” y ya sabemos lo que pasó con Hitler, con Mussolini y con todos los dictadores que pretendieron erigirse sobre las leyes. El Estado de necesidad no es un “estado de derecho”, sino un espacio sin derecho.

Schmitt distinguió entre el “estado administrativo”, que responde a mandatos concretos, de ahí su frase: lo mejor en el mundo es una orden; del “estado parlamentario” que a su juicio es demasiado complejo a la hora de tomar decisiones eficientes y del “estado jurisdiccional” sobre el que mantuvo una fuerte polémica con Kelsen. Por ese camino de priorizar la inmediatez llega otra vez la crítica de Agamben en cuanto a que la democracia parlamentaria se transforma en gubernativa o de prerrogativa.

Y si ese es el escenario europeo, mucho más compleja aún es la situación de América Latina, en donde suelen observarse muchos regímenes políticos desbalanceados en favor del liderazgo de los poderes ejecutivos, dando lugar tanto a la “democracia plebiscitaria”, la “democracia delegativa” tan estudiada entre nosotros por Guillermo O’Donnell o la “democracia en clave populista”, alentada en lo teórico por Ernesto Laclau y llevada a la práctica en el llamado eje “bolivariano”.

El dilema entonces se presenta muchas veces en cuanto a si la emergencia está “dentro” de la Constitución o “fuera” de la Constitución. El

problema esencial reside en que la emergencia tiene una lógica inversamente proporcional al Estado de Derecho. Mientras el Estado Constitucional de Derecho se basa en el principio de limitación del poder para preservar las libertades individuales, la emergencia es finalista, colocando los fines y objetivos por encima de los medios para lograrlo. Para Kant cada hombre es un fin en sí mismo; para Maquiavelo el fin justifica los medios.

Los institutos de emergencia previstos en la constitución histórica fueron el *estado de sitio* (art. 23 CN) y la *intervención federal* (art. 7 CN), que paradójicamente son los dos institutos que más contribuyeron en el pasado a la violación de derechos fundamentales, ya que respondieron en la práctica a una concepción *decisionista*. Para Carl Schmitt la emergencia se definía como “el poder de legislar sobre lo excepcional”; de ese modo el “tercer legislador”, que de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución de Weimar era el Canciller del Reich, ejercía “el poder normativo de lo fáctico, de modo que el *Führer* desplazaría al *Reichstag*. De manera que, mientras para algunos como Schmitt y Mortati, la emergencia “crea” Derecho, para otros como Agamben y Carré de Malberg, la emergencia es un hecho externo, un vacío no previsto en la legislación.

Celebramos que reinara la prudencia en momentos en que muchos pedían a viva voz que se decretara el estado de sitio, previsto en el artículo 23 de la Constitución Nacional para casos de conmoción interior o de ataque exterior. No solamente es innecesario sino que se trata de un instituto con muy mala prensa en nuestro pasado no muy lejano. Fue bajo estado de sitio que muchas personas fueron puestas “a disposición del PEN” sin que volviéramos a saber más de ellas, excepto por la lucha de muchos y por algunos fallos judiciales ejemplares como “Timerman”, “Zamorano” y “Pérez de Smith”, entre otros.

La Constitución de 1949 traía la figura del *estado de prevención y alarma*, que tenía una duración de treinta (30) días y se podía establecer por decreto. La misma figura fue propuesta en los “dictámenes” del Consejo para la Consolidación de la Democracia, con la idea de contar con un instrumento más flexible y menos grave que el estado de sitio. Los abusos de los estados de excepción en varios países de la región llevaron a que el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos previera que los derechos fundamentales no se pueden restringir y que deben mantenerse vigentes las acciones de amparo y de hábeas corpus.

Otras constituciones también gradúan la intensidad de la intervención del Estado sobre los derechos individuales en diferentes grados, como es el caso de España, en el que la Constitución de 1978 distingue, conforme su gra-

vedad decreciente, entre estado de sitio, estado de excepción y estado de alarma, siendo que la actual crisis del coronavirus mereció la última calificación.

La sana doctrina clásica de nuestra Corte Suprema tiene la sana pretensión de ubicar la emergencia “dentro” de la Constitución, porque como ha dicho en uno de sus fallos “fuera del amparo de la Constitución solo caben la anarquía o la tiranía”. Con ello se busca preservar, fundamentalmente: a) la seguridad jurídica, tema sobre el que tenemos un marcado déficit, pero necesitamos “previsibilidad” en las reglas de juego; b) mantener el sistema de frenos y contrapesos porque en la emergencia es necesario –aún más– controlar a quienes gobiernan y c) preservar los derechos individuales, porque en ningún caso el fin justifica los medios. Como dijera Carl Friedrich: “Las dificultades de la división de poderes son grandes, pero los resultados de su concentración son desastrosos”.

La emergencia dentro de la Constitución abarca el adecuado funcionamiento de los dos nuevos institutos de emergencia incorporados por la reforma de 1994 y que son los *Reglamentos de Necesidad y Urgencia* (art. 99 inc. 3° CN) y la *Delegación Legislativa* (art. 76 C.N.) que, de acuerdo con la ley fundamental, son insanablemente nulos, excepto que haya hechos de tal gravedad que impidan seguir el trámite ordinario para la sanción de las leyes. No hay dudas de que tal excepcionalidad se verifica en estos momentos pero es cierto también que debe cumplirse con el trámite que la propia Constitución exige para ambos institutos de emergencia, que son muchos los ya dictados pero que deben pasar por el filtro del Congreso y eventualmente ser revisados por los jueces ante los casos concretos. Afortunadamente, la utilización de la tecnología y de los medios remotos permite la paulatina normalización del funcionamiento tanto del Poder Legislativo como del Poder Judicial, que no están suspendidos.

Las crisis necesitan buenos guías, porque nos comprenden a todos como pueblo y somos todos quienes sufriremos las consecuencias de decisiones que deben contar con el mayor consenso posible, no porque las mayorías tengan la razón sino porque es probable que se tomen mejores decisiones si se hacen con mayor consenso. Enfrentado a Schmitt, el italiano Giorgio Agamben desde una perspectiva muy diferente reivindica la cultura democrática frente a las crisis.

En nuestra opinión esto no significa que haya que titubear ante decisiones difíciles, dramáticas, y que hay que tomar en un contexto de urgencia, sino todo lo contrario pero creemos que, sin desconocer el liderazgo que le cabe al Presidente como “jefe supremo de la nación” (artículo 99 inc. 1° Constitución Nacio-

nal) en un momento de tanta gravedad institucional, sería razonable dotarlo de la posibilidad de consultar, no solamente a los integrantes de su gabinete y equipo de gobierno, sino también de una capacidad consultiva de mayor amplitud, no para detener la acción de gobierno ni para llevarla a trámites deliberativos que pueden ser insustanciales ante la emergencia sino –insistimos– para ofrecerle el ámbito de prudencia que toda decisión importante requiere.

Bibliografía

- Agamben, Giorgio, *Estado de Excepción*. Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2004.
- Bidart Campos, Germán J., *La Corte Suprema*. Allende y Brea, Buenos Aires, 1982.
- Bianchi, Alberto, “La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica”, en *La Ley* T. 1991-C, pp. 141-171.
- Bobbio, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, FCE, México, 1994.
- Bobbio, Norberto, Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco, *Diccionario de la Política*, Siglo XXI, México, 1997.
- Colautti, Carlos, “Los derechos patrimoniales durante la emergencia”, en *La Ley*, T. 1991-E. Sección Doctrina.
- Friedrich, Carl, *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, FCE, México, 1946.
- Kelsen, Hans, *Quién debe ser el defensor de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.
- Laclau, Ernesto, *La Razón Populista*, FCE, México, 2013.
- Romero, César Enrique, *Derecho Constitucional*, Tomo II, Zavalía, Buenos Aires, 1976.
- Sagüés, Néstor P., “Derecho Constitucional y Derecho de Necesidad”, en *La Ley*, T. 1990-D Sección Doctrina, pp. 1036-1058.
- Schmitt, Carl, *Legalidad y legitimidad*, Struhart, Buenos Aires, 1994.
- *Teología Política*, Struhart, Buenos Aires, 1985.
- Serrafero, Mario, *Exceptocracia. ¿Confín de la Democracia? Intervención Federal, estado de sitio y decretos de necesidad y urgencia*, Lumière, Buenos Aires, 1995.
- “Constitución, Democracia y Crisis”, en Asociación Argentina de Derecho Constitucional”, *Constitución de la Nación Argentina*, Tomo II, Buenos Aires, 2003.

La Constitución y la emergencia sanitaria. Frente al autoritarismo ineficaz

*Juan Vicente Sola**

Resumen

La Constitución rige en tiempos de paz como de guerra, ninguna emergencia le es ajena y por ello la restricción de derechos debida a una emergencia debe ser efectuada con extrema cautela porque supone la concesión de competencias que pueden tener consecuencias muy graves para el estado de derecho. Al mismo tiempo, estas normas dictadas apresuradamente, en muchos casos con un importante desorden, no solo son una pendiente al autoritarismo sino también una muy mala receta económica.

Palabras clave: Derecho constitucional, emergencia sanitaria, autoritarismo.

* Abogado (UBA). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Diplôme de Hautes Études Internationales, Institut Universitaire de Hautes Études Internationales (Suiza, 1985). Doctor en Economía ESEADE Cum Laude (2007). Medalla de Oro del Instituto del Servicio Exterior de la Nación. Académico de número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y director del Instituto de Derecho y Economía. Académico correspondiente Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Académico Numerario de la Real Academia Europea de Doctores de Barcelona. (España). Amicus Curiae en la Corte Suprema de Justicia. Director de la Maestría en Derecho y Economía y del Centro de Estudios en Derecho y Economía (UBA). Profesor Titular regular de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho) y de Teoría y Derecho Constitucional (Facultad de Ciencias Sociales, UBA). Autor, entre otros libros, de Intervención Federal en las Provincias, Las Dos Caras del Estado; El Manejo de las Relaciones Exteriores; El control judicial de constitucionalidad; Constitución y Economía; Tratado de Derecho Constitucional; Manual de Derecho Constitucional; con Edmund Phelps de Tratado de Derecho y Economía; La Corte Suprema y el nuevo Proceso Constitucional. Miembro Correspondiente The Center on Capitalism and Society, Columbia University; juansola@derecho.uba.ar.

Sanitary Emergency and the Constitution. Facing Inefficient Authoritarianism

Abstract

The Constitution rules both in times of peace as well as war. No emergency is foreign to its mandates and for this reason the restriction of rights due to an emergency must be carried out with extreme caution because the concession implies powers which can have very serious consequences for the rule of law. At the same time, generally these hastily dictated norms, and in many cases with significant disorder, are not only a slope towards authoritarianism but also a bad economic recipe.

Keywords: Constitutional Law, Sanitary Emergency, Authoritarianism.

I.

La Constitución rige en tiempos de paz como de guerra, ninguna emergencia le es ajena. Lo expresó la Corte Suprema hace muchos años: “La Constitución es un estatuto para regular y garantizar las relaciones y los derechos de los hombres que viven en la República, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra y sus provisiones no podrían suspenderse en ninguna de las grandes emergencias de carácter financiero o de otro orden el que los gobiernos pudieran encontrarse”; *Compañía Azucarera Tucumana c/ Provincia de Tucumán*. 1927 Fallos: 150:150.¹

Este mandato respalda la importancia de mantener la división de poderes, los frenos y contrapesos, un Congreso activo y un Poder Judicial en funciones. En estos días se ha utilizado la metáfora bélica como forma concentrar el poder de decisión en pocas manos; sin embargo, si recordamos la experiencia de la Segunda Guerra Mundial, el primer ministro Churchill in-

1. En el mismo precedente constitucional se señala además: “Las leyes de emergencia no pueden escapar a las garantías y normas señaladas por la Constitución Nacional y provincial, ni suprimir o alterar en favor del Estado las reglas creadas por la doctrina y la jurisprudencia para la interpretación de las leyes cuando de la aplicación de estas surgen conflictos con los derechos de los particulares”.

formaba a la Cámara de los Comunes aun cuando en uno de los bombardeos alemanes se destruyera su recinto, es decir, sesionaban en circunstancias de peligro extremo. Si lo que nos preocupa es la situación durante una epidemia podemos recordar el ejemplo de nuestro Congreso en 1871, cuando sesionó durante el período más alto de la fiebre amarilla, donde las sesiones fueron presenciales y, aunque reducidas, cumplieron su función constitucional.

Uno de los problemas particulares de no tener sesiones en el Congreso es el de la legislación por el Presidente. Esta situación de un enorme número de decretos de necesidad y urgencia nos pone ante un conflicto constitucional: la duración de los decretos de necesidad y urgencia, por qué superan la crisis que los originaron y permanecen vigentes para los tiempos.

Las emergencias han sido tradicionalmente la justificación para la restricción de los derechos constitucionales. Esto fue particularmente evidente luego de la depresión de los años 30 cuando frente a una situación económica desconocida hasta ese momento se admitieron limitaciones a los derechos económicos durante un largo tiempo. Si bien la Argentina siguió en este tema la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos y el precedente *Avico c. De la Pesa*² vigente hasta la actualidad es tomado literalmente de un fallo de la Corte Suprema de ese país, la diferencia fue la evolución en los dos países. En la Argentina la doctrina de la emergencia continúa con variantes hasta nuestros días permitiendo una mayor regulación de los derechos constitucionales y particularmente los derechos económicos mientras que en Estados Unidos se han planteado restricciones. En este sentido sin continuar estrictamente la doctrina que surgió luego de la Gran Depresión. En el muy lamentable caso *Peralta*, luego derogado por la misma Corte Suprema, se señaló que la emergencia por sus propias características era

2. *Avico, Oscar A. c/ De la Pesa, Saúl*, 7 de Diciembre de 1934. Fallos: 172:21, cita íntegramente el caso *Home Building & Loan Association v. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1934) donde se establecen las condiciones para regular una emergencia: “La emergencia no crea el poder, ni aumenta el poder concedido, ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido, o reservado. La Constitución fue adoptada en un período de grave emergencia. Sus concesiones de poder al gobierno federal y sus limitaciones del poder de los Estados fueron determinadas a la luz de la emergencia, y ellas no son alteradas por la emergencia. Qué poder fue así concedido y qué limitaciones fueron así impuestas, son cuestiones que han sido siempre y que serán siempre objeto de minucioso examen bajo nuestro sistema constitucional”.

indefinible.³ Afortunadamente fue derogado por el precedente Verrocchi, Fallos: 322:1726 confirmado en casos posteriores.⁴

En los Estados Unidos el cambio doctrinario es en gran medida producto de la convicción de no aumentar la incertidumbre ya existente a través de cambios inesperados de las normas. Hay una evolución entre la doctrina de la Corte Suprema de ese país desde la Gran Depresión. A modo de ejemplo para ver cómo se mantuvo el Estado de derecho con graves crisis económicas y guerras internacionales podemos recordar los casos: “De las gallinas enfermas”, “Humphrey Executor”, sobre los límites de la delegación legislativa al Ejecutivo, y en el caso de las “Acerías” cuando la Corte Suprema revocó la intervención del presidente Truman a las acerías durante la guerra de Corea.

En el caso *Schechter Poultry Corp., v. United States* 295 U.S. 495 (1935), la Corte declaró inconstitucional una reglamentación adoptada bajo la misma ley de Recuperación Industrial, y en particular del código avícola de la ciudad de Nueva York. Este código que estaba designado para asegurar la calidad de las aves impedía que se obligara a los compradores a comprar conjuntos de aves que pudieran incluir animales enfermos. Por esa razón se llamó a este caso el “de las gallinas enfermas”. La Corte Suprema declaró inconstitucional la regulación porque excedía la capacidad del Congreso de regular la cláusula comercial. Al mismo tiempo la Corte encontró que la regulación era inconstitucional ya que constituía una delegación excesiva de la función legislativa. Dijo: “No se permite al Congreso aplicar o transferir

3. Este fallo Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Nación Argentina Fallos: 313:1513, negó la posibilidad de una definición de emergencia: “El concepto de emergencia abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económicosocial, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin”. Al mismo tiempo llegó a negar la importancia de la división de poderes: “La división de poderes no debe interpretarse en términos que equivalgan al desmembramiento del Estado, de modo que cada uno de sus departamentos actúe aisladamente, en detrimento de la unidad nacional, a la que interesa no solo la integración de las provincias y la Nación, sino también el armonioso desenvolvimiento de los Poderes Nacionales”.

4. Consumidores Argentinos c/ EN - PEN - Dto. 558/02-SS - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986. Fallos: 333:633.

a otros la función legislativa esencial de la que está investido”.⁵ La Corte Suprema reconoció la necesidad para que la reglamentación tratara con “el cúmulo de detalles con los cuales una legislatura nacional no puede tratar directamente”, pero consideró que “el reconocimiento constante de la necesidad y validez de este tipo de disposiciones, y la amplia extensión de la autoridad administrativa que se ha desarrollado a causa de ellos no puede oscurecer las limitaciones que tiene la autoridad para delegar, si es que nuestro sistema constitucional puede mantenerse”.

Observemos el Caso *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935): “un organismo administrativo creado por el Congreso para llevar adelante políticas legislativas establecidas en la ley de acuerdo con los estándares administrativos prescriptos en ella, y para cumplir otras funciones especificadas como una ayuda legislativa o judicial. Ese cuerpo no puede en un sentido propio ser caracterizado como un brazo o un ojo del Ejecutivo. Sus funciones son cumplidas sin la venia del Ejecutivo y en la redacción de la ley, debe estar fuera del control del ejecutivo. Al administrar lo establecido en la ley con respecto a los ‘métodos injustos de competencia’, es decir, al llenar y administrar los detalles dentro del estándar general, la comisión actúa en parte en una función cuasi legislativa y parte cuasi judicial”.

Otro caso paradigmático es el de las acerías, el caso *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* del año 1952. Durante la guerra de Corea el presidente Truman ante el riesgo de un lock out empresario que pudiera poner en peligro la provisión de acero para la guerra ordenó por decreto (executive order) al secretario de Comercio que tomara posesión de las acerías y que las mantuviera en funcionamiento. La Corte rechazó la acción presidencial en un fallo que redactó el Juez Hugo Black. Escribió Black: “el Presidente se ha transformado en legislador, una función que ha sido asignada al Congreso”. La toma era por lo tanto ilegal. “El poder del Presidente, si lo tuviera, para tomar una decisión de este tipo, debe provenir de una decisión del Congreso o de la misma Constitución”.⁶

El problema de la información en los funcionarios públicos es que el acceso a la información es siempre incompleto y hay cierto tipo de información que no puede ser transmitida; es el caso del llamado conocimiento

5. Cf. 295 U.S. 495 en 1935.

6. Cf. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 p. 585.

empresario. La dispersión y la asimetría de la información hacen extremadamente difícil que los funcionarios puedan tomar decisiones con información incompleta o información dispersa en la sociedad.

II. ¿Quién determina la emergencia?

Este es un debate tradicional en la Ciencia Política: ¿por qué detrás de la declaración de emergencia está el riesgo del autoritarismo? Por eso, hay autores que la justifican como la única respuesta posible a una emergencia, ya sea financiera, social o sanitaria.

El jurista alemán Carl Schmitt, una voz autorizada en estos temas, dijo “soberano es quien decide el estado de excepción”.⁷ Schmitt ha sido un sostenedor del autoritarismo fundado en el derecho a la excepción, la “facultad por principio ilimitada” que tiene un soberano para dictar “la suspensión del orden vigente en su totalidad”. Dicha potestad es la que determina que alguien asuma la calidad de soberano sin importar su origen o cargo. La posición de Schmitt es inaceptable en una democracia constitucional y creo que debemos ser extremadamente cautelosos de aceptar ligeramente la doctrina de la excepción con graves consecuencias. Sin duda en una democracia constitucional con división de poderes y frenos y contrapesos quien debe determinar las restricciones en una emergencia son el Congreso y el Presidente en su aplicación con un efectivo control judicial.

III. El análisis costo-beneficio

La pregunta a responder es: ¿cómo respondemos a través de la reglamentación de derechos frente a las diferentes alternativas que se nos presentan para resolver un problema? Para ello se ha comenzado a utilizar en los últimos tiempos el análisis de costo-beneficio. Expuesto de una manera sencilla este análisis busca utilizar un criterio objetivo de valuación de la legislación y de los reglamentos, a través de determinar si el costo de la reglamentación es inferior al beneficio que se espera el resultado de esta. Sin este

7. Carl Schmitt, *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty* translated by George Schwab, The MIT Press, 1985, p. 5 y ss. edición original en 1922.

análisis el beneficio esperado puede ser inferior al perjuicio producido por la reglamentación. Como generalmente toda regulación es el producto de un impulso político muchas veces desordenado podemos caer en la llamada “regulación mediante anécdotas”. Esta situación muy habitual se produce cuando frente a un grave problema el legislador u otro gobernante toman resoluciones simplemente para calmar la opinión pública o la expresión de los medios de comunicación. El análisis de costo-beneficio es también un aliado del control judicial sobre la razonabilidad de esas normas.

En muchos casos el gobierno necesita saber si los beneficios de un determinado proyecto son superiores a los costos. La regulación legal y administrativa limita los derechos individuales. Frente a las múltiples justificaciones de estas restricciones se puede agregar la pregunta acerca de si los beneficios de la regulación justifican los costos de la regulación. La aplicación de este criterio corresponde en principio al Congreso y a la administración. *La función judicial es la de invalidar las limitaciones a los derechos constitucionales que impongan altos costos sin beneficios significativos.* La tarea judicial es la de *controlar la proporcionalidad entre los costos y beneficios de la reglamentación* de los derechos individuales.⁸ Evitemos de esta manera la *regulación mediante anécdotas*, cuando se toman decisiones violatorias de derechos individuales sin siquiera imaginar sus consecuencias.

IV. Evitar el cambio normativo durante la emergencia⁹

Si la Constitución rige en tiempos de paz y en tiempos de guerra, según lo expresara la Corte Suprema en el clásico fallo *Compañía Azucarera*

8. Sunstein, C., *The Cost benefit State. Chicago Working papers in Law and Economics*. (Second Series). Para la experiencia en el gobierno de Obama ver: Sunstein, Cass, *Valuing Life. Humanizing the Regulatory State*, University of Chicago Press, 2014. Al mismo tiempo para una lectura definida como “progresista” del análisis costo-beneficio ver particularmente: Richard Revesz y Michael Livermore, *Retaking Rationality, How cost-benefit analysis better protect the Environment and Our Health*, Oxford University Press, 2008. Ver también Posner, E., *Controlling agencies with cost benefit analysis: A positive political theory perspective*, Chicago Working papers in Law and Economics, Chicago 2001.

9. Juan Vicente Sola, “Rules vs. Discretion: the Judicial Alternative, Contemporary Readings”, in *Law and Social Justice Volume 3(2)*, 2011.

Tucumana, debemos pensar en los efectos de los cambios normativos durante la emergencia.

El distinguido economista John Taylor señaló una crítica a la necesidad de cambios regulatorios en momentos de emergencia. Expresó la idea de que las normas establecidas son preferibles a la discreción administrativa como una forma de evitar crisis financieras y de otro tipo. Las normas claras reducen la incertidumbre desenfrenada en las crisis financieras y de otro tipo y permiten decisiones estables de los actores económicos. Este punto original se completa con la importancia que tiene la revisión judicial sobre el asunto, ya que los jueces al mismo tiempo pueden controlar los excesos de discrecionalidad y proporcionar un debate para los cambios normativos. La regulación a través de litigios indica que cualquier norma legal aprobada por legisladores u organismos es en realidad un primer borrador, ya que podría reescribirse en un procedimiento judicial. La idea detrás de la “regulación a través de litigios” es que la amenaza de litigios y los riesgos masivos de responsabilidad obligarán a un cambio de comportamiento de las agencias gubernamentales y otros acusados que permitan la creación de mejores normas.¹⁰

La razón para utilizar las reglas sobre la discreción en la formulación de la política macroeconómica es económica. Taylor cita una referencia a favor de las normas como ventajosa sobre la discrecionalidad que se remonta a Hayek: “Hayek escribió en *The Road to Serfdom* (1944) en favor de las normas (rules) en lugar de la discrecionalidad como esencial para limitar al gobierno y proteger la libertad individual”.¹¹

Para Hayek, la previsibilidad era una característica importante de las políticas públicas: “Si las acciones del estado deben ser predecibles, deben determinarse mediante normas fijadas independientemente de las circunstancias concretas que no se pueden prever ni tener en cuenta de antemano...”.

10. Taylor, John B. (2010), “Swings in the Rules-Discretion Balance,” prepared for the session The Individual, the Market and the State: Rules vs. Discretion in Economic Policy Conference on the Occasion of the 40th Anniversary of Microeconomic Foundations of Employment and Inflation Theory, Columbia University, November.

11. De la obra de Hayek hay traducción castellana: *Camino de servidumbre*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950.

V. ¿DISCRECIÓN o discreción?

Finalmente, una última pregunta. Determinada una situación de grave emergencia y establecidas las normas para disminuir sus efectos dañinos, ¿corresponde interpretar estas nuevas reglamentaciones de derechos de una manera amplia autorizando una mayor discrecionalidad de los funcionarios?

La respuesta supone una distinción sobre la competencia de cada funcionario dentro del Poder Ejecutivo y de los gobiernos provinciales. Si la discrecionalidad es asumida por el Presidente podemos utilizar en letras mayúsculas DISCRECIÓN, ya que tiene una competencia amplia establecida en la Constitución. Pero en otros casos donde las agencias del gobierno nacional están involucradas, la palabra discrecionalidad tiene un alcance mucho más limitado; en ese caso podemos usar con letras pequeñas solo “discreción”,¹² como en el caso de oscuros funcionarios municipales clausurando supermercados por incumplimiento de precios máximos.

De esta manera corresponde hacer una reflexión final: la restricción de derechos en razón de una emergencia debe ser efectuada con extrema cautela porque supone la concesión acerca de competencias que pueden tener consecuencias muy graves para el estado de derecho. Al mismo tiempo, estas normas dictadas apresuradamente y en muchos casos con un importante desorden son no solo una pendiente al autoritarismo, sino también una muy mala receta económica.

Bibliografía

- Avico, Oscar A. c/ De la Pesa, Saúl, 7 de Diciembre de 1934. Fallos: 172:21.
Consumidores Argentinos c/ EN - PEN - Dto. 558/02-SS - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986. Fallos: 333:633.
- Juan Vicente Sola, “Rules vs. Discretion: the Judicial Alternative, Contemporary Readings”, in *Law and Social Justice Volume 3(2)*, 2011.
- Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Nación Argentina Fallos: 313:1513.
- Posner, E., *Controlling agencies with cost benefit analysis: A positive political theory perspective*, Chicago Working papers in Law and Economics, Chicago 2001.
- Richard Revesz y Michael Livermore, *Retaking Rationality, How cost-benefit analysis better protect the Environment and Our Health*, Oxford University Press, 2008.

Sunstein, C., *The Cost benefit State. Chicago Working papers in Law and Economics*. (Second Series). Para la experiencia en el gobierno de Obama ver: Sunstein, Cass, *Valuing Life. Humanizing the Regulatory State*, University of Chicago Press, 2014.

La situación carcelaria ante la aparición del Covid-19

*Leonardo Pitlevnik**

Resumen

El texto describe la situación de colapso carcelario anterior a la aparición del virus Covid-19 y el modo en que la cuarentena decretada en todo el país impactó en el ámbito penitenciario. Se exponen algunos de los efectos más importantes producidos hasta ahora en la mirada que parte de la población tiene sobre la cárcel, la vida en prisión y en las decisiones judiciales adoptadas a lo largo del país, principalmente el fenómeno de reversión de la curva de ascenso del encarcelamiento que desde hace años viene viviendo la Argentina.

Palabras clave: superpoblación carcelaria, coronavirus, decisiones judiciales, reacción social, disminución de la tasa de encarcelamiento.

Prison and the Emergence of Covid-19

Abstract

The text describes the phenomenon of mass incarceration before the appearance of the Covid-19 virus and the impact of the quarantine decreed

* Argentino, Profesor Regular Adjunto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UBA, Director Académico del Centro de Estudios de Ejecución Penal y Juez de Cámara de Apelación y Garantías de San Isidro y Codirector de la publicación semestral *Jurisprudencia Penal* de la CSJN (Ed. Hammurabi); lpitlevnik@gmail.com.

throughout the country in prison. It exposes some of the most important effects produced in the way that part of the population thinks about prison, in real prison life and in the decisions of criminal courts, mainly, taking into account the phenomenon of decrease in the prison population that contrasts with the rising curve of incarceration that characterized Argentina in the last years.

Keywords: Overcrowded Prisons, Coronavirus, Court Decisions, Social Reactions, Decrease in the Incarceration Rate.

La situación carcelaria ante la irrupción del Covid-19

El decreto de necesidad y urgencia Nro. 297/2020 (luego prorrogado por decretos posteriores con algunas variaciones) dispuso desde el 20 de marzo pasado el aislamiento social, preventivo y obligatorio en todo el país. A partir de ese día debimos permanecer donde nos encontrábamos, abstenernos de concurrir a los lugares de trabajo, de desplazarnos por rutas, vías y espacios públicos. Se anunciaron controles que se distribuirían en accesos y lugares estratégicos. La violación del aislamiento se volvió un delito. De pronto, salvo las personas exceptuadas, la población entera del país vio restringida su circulación, una suerte de detención domiciliaria, relajada, en parte, por la facultad de salir a hacer las compras. La bolsa de supermercado se convirtió en salvoconducto suficiente para desplazarse a pie, al menos, por un par de cuadras.

Decir que esta privación es parecida a estar preso tiene una pizca de cierto, pero en su verdadera dimensión es una desmesura (aunque escuché a una mujer con arresto domiciliario decirle entre risas a la jueza de ejecución que interviene en su causa que todos ahora vivirían por unos días la situación en la que ella venía viviendo desde hacía unos dos años).

Si en algo se parece la cuarentena a la prisión, quizás, es en la idea positivista de trazar un paralelismo entre enfermedad y delito que sigue latente mucho tiempo después de muerto Lombroso. Ya no desde la perspectiva de la curación de quien estaría enfermo y debe, por ende, ser sometido a tratamiento, sino desde la preservación de quien cree no estarlo. Esto de ningún modo pretende ser un cuestionamiento a las políticas sanitarias llevadas adelante para neutralizar o minimizar las consecuencias de la aparición del coronavirus. Solo se trae aquí para pensar algunas de las formas

en que la pandemia se vincula e impacta en esa actividad tan característicamente humana de aislar a quienes infligen a otros un daño de cierta dimensión. Porque todos o casi todos creemos que, en última instancia, el encarcelamiento sigue siendo una opción. La diferencia está en los casos en que cada cual está dispuesto a imponerlo. Para algunos alcanza con un robo; para otros, debe utilizarse en supuestos más graves; pero pareciera que, en general, reconocemos que existen casos en los que no renunciaríamos a la respuesta del encierro.

Y aunque ese encierro se encuentra amarrado al paradigma constitucional de la resocialización, la fuerte presión vinculada a los movimientos de ley y orden ha venido infectando la pena con la idea de la defensa social, de separar al delincuente con el fin de evitar que ponga en peligro al resto. En esa mezcla de modelos se terminan confundiendo las clásicas teorías de prevención especial de la pena: la prevención especial positiva con su idea de resocialización y la prevención especial negativa con su fin de neutralización. Si decimos que defendemos la primera, pero ponemos la vara de resocialización muy alta o construimos un sistema de penas de prisiones jaula donde la cárcel es hacinamiento y miseria pero no un dispositivo pensado para que sean personas quienes las habiten, los sistemas progresivos terminan siendo un fracaso.¹ Casi nunca da el piné para que en ese régimen progresivo alguien tenga acceso a salidas alternativas antes de que su pena se tenga por cumplida. La declamada prevención especial positiva se ha negativizado; el ideal de resocialización se ha vuelto prácticas de neutralización.² Nadie sale si no se considera seguro que no afectará con sus actos a los demás. De nuevo parece que el encierro acerca las ideas de enfermedad y crimen, el aislamiento como protección.

Si continuamos con el paralelismo señalado, así como se habla de la escasa capacidad del aparato sanitario para dar respuesta a las exigencias que impuso la pandemia, el sistema carcelario se encontraba aun peor.

1. En cuanto a datos sobre la situación carcelaria ver los informes anuales de sobre DD.HH. en la Argentina del CELS, los informes y registros de la Procuración Penitenciaria o de la Comisión por la Memoria de la Provincia de Buenos Aires. Entre otros autores, a modo de ejemplo, puede verse Sozzo.

2. Según el art. 13 del Código Penal, por ejemplo, es requisito para obtener la libertad condicional “previo informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social”.

El derecho penal en materia de prisión desde hace mucho tiempo viene mostrando un impotente y sobrecargado discurso de derechos que poco o nada tienen que ver con las prácticas punitivas reales caracterizadas por el hacinamiento, las dificultades sanitarias y las pésimas condiciones de alojamiento. El sobrediagnóstico en cuanto a los defectos del sistema carcelario también refleja de qué manera se expande el discurso, por un lado, en la afirmación de derechos y, por el otro, en la descripción meticulosa de su negación por el Estado, sin que ello haya alcanzado para su modificación. A nivel nacional, se había decretado la emergencia penitenciaria a través de una resolución ministerial en la cual se reconocía que la situación seguía empeorando en función de las políticas llevadas a cabo por el propio Estado.³ En la provincia de Buenos Aires, donde se concentra aproximadamente la mitad de las personas detenidas del país, el tribunal de casación penal realizó en octubre de 2019 un informe devastador sobre el estado de cárceles y comisarías, luego de lo cual la Corte llamó a una mesa de diálogo con representantes de diferentes sectores. La misma Corte provincial convocó a los jueces penales de toda la provincia el último día del año a una inédita audiencia a la que concurrió el tribunal en pleno donde se exhortó a la utilización de la cárcel como última herramienta del sistema.

Es en ese contexto colapsado que se desató la pandemia que aceleró, primero, la reacción de una parte considerable del poder judicial, ministerios públicos y sectores de gobierno en jurisdicciones diversas, algunos de los cuales –como se dijo– ya se mostraban preocupados por el estado de hacinamiento en muchas de las prisiones del país. Un caso paradigmático de la actividad generada en este escenario novedoso fue lo ocurrido con el uso de la telefonía celular. En el 2017, la Ley 27.375 modificó la ley de ejecución de la pena volviéndola más restrictiva. Con la idea nunca comprobada en su real dimensión de que desde las prisiones se amenazaba a víctimas o se realizaban “secuestros virtuales”,⁴ la ley no solo prohibió las comunicaciones

3. La emergencia fue dictada por Resolución del Ministerio de Justicia 184/2019 de fecha 25/3/2019 y en su considerando decía que la situación carcelaria se agravará no solo por las reformas de corte procesal sino también que “se agudizará una vez que se hagan visibles los efectos de la aplicación de la Ley N° 27.375, [...] que reforma el régimen de progresividad en la ejecución privativa de la libertad respecto de un número considerable de personas condenadas”.

4. Un claro ejemplo de lo que Nino llamaba violación de la prudencia racional en la per-

telefónicas con celular, sino que lo constituyó en falta grave e impuso la instalación de inhibidores en los pabellones o módulos de cada penal (art. 160). Se trató de una reforma conflictiva también en este punto; pues para muchos el celular es el medio básico de comunicación en el siglo XXI, por lo que su restricción por razones de seguridad venía a operar de un modo similar a la censura o las limitaciones que se imponían a la correspondencia epistolar. Muchos tribunales terminaron aceptando el uso de telefonía móvil como un medio para hacer vivible un encierro que, además de exacerbarse por la cuarentena, suele llevarse adelante, muchas veces, a cientos de kilómetros de distancia de la familia. Jueces y tribunales de todo el país decidieron, entonces, en el sentido contrario al que la legislación más dura había adoptado.⁵ Se habilitó la tenencia de teléfonos móviles, se los registró y se realizaron protocolos de uso.⁶

La mencionada reforma legal de la Ley 27.375, que había sido cuestionada por innumerables sectores, incluido el consejo superior de la UBA,⁷ tendía a un modelo de mayor encarcelamiento y más severidad a la hora de resolver una salida de prisión. La urgencia desatada por el nuevo escenario sanitario produjo una fuerte corriente que, de la mano de la interpretación constitucional de la prisión preventiva y los derechos de las personas detenidas, llevó a que jueces y tribunales encontraran alternativas para resolver libertades o prisiones domiciliarias, en función de la mayor vulnerabilidad al contagio y la propagación que generan las condiciones de detención. Esas fueron, además, las recomendaciones de diversas instancias internaciona-

secución del objetivo de protección social (304 y sigs.). Se trata aquí de una prohibición pírrica, para evitar que algunos detenidos cometan un delito, que privó al universo de sus miembros del derecho a contactarse y sostener su relación con el afuera.

5. Si bien es cierto que la Ley 24.660 (que reformó la Ley 27.375) es de carácter nacional, la restricción al uso de celulares sea por remisión a la ley nacional o conforme el contenido que se pretendió dar a las leyes de cada provincia, había sido hasta hoy –en general– una regla en todo el país.

6. Como en muchas otras áreas, la necesidad de actuar ante un escenario absolutamente novedoso provocado por la pandemia nos somete de manera acelerada a ensayo y error. La utilización de la telefonía móvil hace efectivo el derecho al contacto con la familia y los afectos; y, en tiempos donde la incertidumbre se ha vuelto cotidiana, potencia también la rápida difusión de noticias y rumores de todo tipo entre detenidos.

7. Resol. Nro. 7068 del Consejo Superior, de fecha 17/5/2017.

les (OMS, CoIDH, Cruz Roja). En un entorno en el que el propio sistema de trabajo en los tribunales sufrió enormes modificaciones (sentencias dictadas mediante sistemas *online* sin firmas de sus jueces, restricciones a la circulación del expediente en papel, menor cantidad de personal disponible, reformas que autorizaron a que las decisiones de los tribunales colegiados se tomaran de manera unipersonal), se pensó en colectivos específicos, conformados por poblaciones con determinadas enfermedades, imputados o condenados por delitos menos graves o personas detenidas con un tiempo cercano al cumplimiento de la pena, más potables a este tipo de decisiones.

En cuanto a lo que ocurría dentro de las prisiones, fácil es imaginar la tensión en un espacio sobrepoblado, ante una enfermedad cuyo antídoto más eficiente es el distanciamiento social. Un primer episodio trágico fue el de los motines en las cárceles de Las Flores y Coronda, en Santa Fe. De una de ellas, al menos, llegaron imágenes dantescas. Hubo algunos rumores de posible reiteración de hechos similares en otras unidades penitenciarias. Se registraron disturbios en cárceles de Corrientes y Florencio Varela. Finalmente, el 24 de abril se produjo un violento motín en Devoto, que se difundió ampliamente en los medios, con detenidos subidos a los techos de la unidad. El impacto de esas imágenes generó una fuerte reacción, con convocatorias a cacerolazos en muchos barrios de la ciudad, a lo que se sumaron políticos del gobierno y de la oposición, con amenazas de destitución a jueces que liberaran presos considerados peligrosos. De pronto, por dos o tres días, parecía haber más temor a la liberación de detenidos que al coronavirus.

A partir de allí, surgieron indicios de un nuevo movimiento pendular del aparato judicial. Así, por ejemplo, en la justicia nacional un magistrado tomó la insólita decisión de declarar inconstitucional una acordada de la Cámara Nacional de Casación Penal que recomendaba a los jueces la adopción de medidas destinadas a reducir la población carcelaria en función de la emergencia de salud. La Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, por su parte, relativizó los alcances de una decisión en un proceso de Hábeas Corpus Colectivo que había tomado la casación provincial fijando pautas de liberación que debían ser cumplidas por los jueces bonaerenses y que había sido impugnado por la Fiscalía.

En ese contexto se dio otro fenómeno particular. En algunas jurisdicciones del país se intentaron políticas de acercamiento y diálogo en los mismos lugares de detención, se llevaron adelante reuniones presenciales den-

tro de las unidades, otras veces de carácter virtual, que dieron cabida a la voz de los detenidos, con la participación de sectores del poder judicial, de los ministerios públicos, de la sociedad civil y del poder ejecutivo, lo cual pareció colaborar en evitar la explosión de violencia. Ello facilitó que, apenas iniciada la cuarentena, la mayoría de los detenidos bonaerenses que tenían salidas transitorias accedieran a dejar de utilizarlas. También se cancelaron las visitas dentro de las unidades. Se generaron permisos para que las familias pudieran acercarse a llevar comida, medicamentos o ropa a sus parientes tras las rejas. Muchos integrantes de los servicios penitenciarios quedaron también varados en sus lugares de trabajo.

En un contexto en el que también el delito parece reacomodarse (una baja de la violencia urbana que probablemente tenga como contracara más violencia doméstica, abusos intrafamiliares o delitos informáticos), la provincia de Buenos Aires pasó de agregar aproximadamente 2.000 detenidos cada semestre (es decir, cada seis meses se sumaban 2.000 detenidos al universo de personas alojadas en comisarías y unidades penitenciarias), a tener –entre diciembre y abril últimos– 3.000 detenidos menos en el total de su población.⁸ Aunque a un ritmo menor, la población penitenciaria continúa hoy en baja. Si el riesgo de contagio ante un escenario que sigue estando excedido no fuera tan grave, quizá nos animaríamos a pensar hacia el futuro en un infierno menos malo. En estos días de cuarentena, donde también las versiones, los rumores y las noticias falsas corren por las redes, suele circular y luego rectificar o ratificar la noticia de que en cierta unidad hay una o más personas infectadas: penitenciarios, detenidos, personal sanitario. Un escenario que probablemente tarde o temprano se vuelva realidad en una población donde la distancia para la prevención del contagio es imposible.

El paralelismo entre enfermedad y crimen, más allá del temor con el que son imaginadas, quizá sea solo una figura retórica. El delito no es una enfermedad, los policías, los jueces o los abogados no son médicos y las

8. El crecimiento anual de unos 4.000 detenidos es señalado en la resolución de fecha 21/11/2018 en causa F-3359 caratulada “Hábeas Corpus Colectivo referido a la situación de hacinamiento de las personas privadas de su libertad en la provincia de Buenos Aires”, del Juzgado en lo Correccional Nro. 2 de La Plata. La información con relación a la cantidad de detenidos en la provincia surge de reportes periódicos de población realizados por el Servicio Penitenciario Bonaerense (la cifra se corresponde con el del 17 de abril de 2020).

prisiones no son hospitales. Aunque usemos al encierro como método de repudio de actos que consideramos intolerables, no sabemos del todo bien por qué encarcelamos o para qué lo hacemos.

La pandemia nos ha impactado de modos que aún ignoramos. En el contexto carcelario, del breve resumen realizado de lo ocurrido hasta aquí se advierte la continua tensión entre un reclamo de seguridad que parece satisfacerse solo sumando más cárcel y la necesidad de sostener estándares respetuosos de los derechos humanos.

Han aparecido ya opiniones diversas sobre el mundo que dejará el virus cuando ya no sea una amenaza. Desde el fin del capitalismo al reforzamiento del estado de bienestar, hay de todo y para todos los gustos. También se habla de un cambio en los modos de trabajar. Entre los innumerables chistes que también circulan por las redes a partir de la cuarentena, uno muestra a una persona en su casa frente a la computadora dándose cuenta de que podía haber prescindido de muchas de las reuniones laborales que tuvo diariamente, que no hacían falta. Quizás, alguna de las consecuencias de esta pandemia sea la de darnos cuenta de que no hacía falta que llenáramos nuestras cárceles a tope, de que podríamos prescindir de tanta persona detenida en condiciones que nos avergüenzan.

Bibliografía

- Nino, Carlos: *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 1980.
- Sozzo, Máximo: “Populismo punitivo, proyecto normalizador y ‘prisión-depósito’ en Argentina”, en *Jura Gentium*, 2008.

Femicidios sin cuarentena: prevención y atención de las violencias en contexto de aislamiento social*

*Natalia Gherardi***

Resumen

En este artículo se analizan las desigualdades por razones de género frente a la crisis desatada por la pandemia del Covid-19. La desigual distribución del cuidado al interior de las familias y las violencias que muchas veces existen en los vínculos familiares cobran un significado particular frente a la disposición de aislamiento social, preventivo y obligatorio. La necesidad de asegurar el sostenimiento de la vida cotidiana en circunstancias extraordinarias y la sobrecarga de las tareas de cuidado respecto de niñas, niños, adolescentes y personas mayores pueden generar mayores tensiones y derivar en situaciones de violencia o agravar las violencias ya existentes. Para abordar estos desafíos, es imprescindible diseñar políticas públicas de prevención y atención de las violencias con un enfoque de género y una perspectiva interseccional.

Palabras clave: femicidio, género, distribución del trabajo, violencia contra las mujeres.

* Parte del contenido de este artículo corresponde a la publicación “Decálogo para abordar las violencias hacia las mujeres en épocas de aislamiento social”, desarrollado en el marco del Proyecto “Cerrando Brechas II”, cuyo contenido es responsabilidad exclusiva de ELA, CAREF, FEIM, MEI y la Fundación Siglo 21 y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de la Unión Europea.

** Abogada y Dra. (UBA), Docente Regular Titular (UBA); Directora de la Carrera de especialización de Derecho y Política de los Recursos Naturales y del Ambiente; Vice-directora del Departamento Económico Empresarial de la Facultad de Derecho (UBA); bkrom@ciudad.com.ar

Femicide without Quarantine: Prevention and Attention of Violence amidst Social Distancing

Abstract

This article analyzes gender inequalities in the context of the Covid-19. The unequal distribution of care duties within families and the violence that often exist in families are particularly problematic when home isolation is required by public authorities. The need to secure normal life in extraordinary circumstances and the extra load of care work with children, teenagers and elders, may generate tensions leading to gender based violence or aggravate existing violent situations. To face these challenges, public policies to prevent and address violence against women with a gender perspective and an intersectional approach, are crucial.

Keywords: Femicide, Gender, Workload Distribution, Violence against Women.

I.

La crisis extraordinaria desatada por la pandemia del Covid-19 tendrá consecuencias sanitarias, humanas y económicas muy profundas que impactarán de maneras distintas en las personas, según cómo puedan estar situadas en diferentes circunstancias. Ese impacto diferencial ya resulta evidente: por condición socioeconómica, laboral y familiar; por las características de la vivienda; por edad, identidad de género, situación migratoria. Todas estas condiciones nos colocan en distinta situación para hacer frente a la crisis y las consecuencias que seguirán. Es la diferencia entre tener una vivienda con posibilidades de una adecuada higiene, alguna mediana certeza sobre la estabilidad en los ingresos, posibilidad de acompañar el proceso pedagógico de hijos e hijas durante la suspensión de las clases presenciales, garantizar la atención de la salud... o poco y nada de eso.

Las desigualdades por razones de género también se muestran con toda contundencia frente a esta crisis. La desigual distribución del cuidado al interior de las familias queda en evidencia ante la ausencia de cualquier otra estrategia generalmente disponible para la atención de las necesidades físicas y emocionales que demanda ese trabajo (hasta ahora) invisible, con

mayor intensidad en la primera infancia y para el cuidado de las personas mayores. Sin espacios de cuidado infantil, escuelas, personal de apoyo en los hogares, se profundiza el impacto que el trabajo de cuidado tiene en el tiempo de las mujeres.¹ Las violencias que muchas veces existen en los vínculos familiares, y en particular entre parejas actuales o pasadas, sumadas a la necesidad de asegurar el sostenimiento de la vida cotidiana en circunstancias extraordinarias y la consiguiente sobrecarga de las tareas de cuidado respecto de niñas, niños, adolescentes y personas mayores de las familias pueden generar mayores tensiones y derivar en situaciones de violencia o agravar las violencias ya existentes.

Los medios de comunicación han contribuido a mantener el tema de las violencias por razones de género en la agenda: en los primeros cuarenta días de aislamiento social, preventivo y obligatorio al menos treinta mujeres, niñas y adolescentes fueron asesinadas por parejas actuales o pasadas en Argentina. La abrumadora mayoría, dentro de sus casas. El femicidio, esa forma de violencia extrema, claramente no ha entrado en cuarentena.

Los organismos internacionales de protección de derechos humanos mostraron su preocupación por esta consecuencia de la pandemia contribuyendo a iluminar la dimensión del problema para las mujeres y dictando recomendaciones variadas para que los países sigan lineamientos adecuados en la respuesta frente a las violencias por razones de género al interior de las familias y en los vínculos interpersonales.² En esa línea, ONU Mujeres señaló que desde el brote de Covid-19 la violencia contra las mujeres y particularmente la violencia doméstica han aumentado en muy distintas regiones del mundo:³ en Francia, los casos de violencia doméstica aumentaron un 30% desde el aislamiento obligatorio; las líneas de ayuda en Chipre y Singapur registraron un aumento de 30% y 33% de las llamadas, respectivamente; y

1. La encuesta del uso del tiempo aplicada en Argentina en 2013 muestra el impacto del trabajo no remunerado de cuidado en el tiempo total disponible para las mujeres. Con algunas diferencias regionales y por tramos de edad, las mujeres dedican en promedio el doble de tiempo que los varones al cuidado.

2. Agradezco a Maite Karstanje su colaboración en la búsqueda de esta información.

3. ONU Mujeres (2020), "COVID-19 and Ending Violence Against Women and Girls". Issue brief. Disponible en: <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/issue-brief-covid-19-and-ending-violence-against-women-and-girls-en.pdf?la=en&vs=5006>.

también en Argentina el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad indicó que las llamadas de emergencia para casos de violencia doméstica aumentaron un 25% desde que comenzó el aislamiento social, preventivo y obligatorio. Durante la pandemia en Australia, Google registró un aumento del 75% de las búsquedas de ayuda por violencia doméstica, la mayor cantidad de búsquedas de los últimos cinco años.⁴

Sin embargo, la disponibilidad de mecanismos de atención para las mujeres no siempre resulta en su mayor demanda, ya que la incertidumbre sobre la forma en que estas responderán puede operar en detrimento de su utilización. Por caso, hay reportes que señalan que una línea de ayuda para violencia doméstica en Italia informó que recibió un 55% menos de llamadas en las primeras dos semanas de marzo porque a muchas mujeres les resultaba difícil pedir ayuda durante el encierro. Una red de refugios para mujeres en el norte de Francia informó una caída similar en las llamadas.⁵ En Argentina, la búsqueda de asistencia en la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (un espacio de atención continua, 24 horas, todos los días del año que tiene más de diez años de trayectoria) experimentó una reducción significativa de la demanda durante las primeras semanas de aislamiento, seguramente causada por dificultades en el desplazamiento,⁶ la incertidumbre respecto de la operatividad del Poder Judicial y sobre la disponibilidad de espacios alternativos de vivienda ante la posible exclusión del hogar de la persona violenta.

ONU Mujeres advierte que en contexto de emergencia aumentan los riesgos de violencia contra las mujeres y las niñas, especialmente violencia doméstica, debido al aumento de las tensiones en el hogar. Además, puede también aumentar el aislamiento de las mujeres agravando las barreras

4. Kottasová, I. & Di Donato, V. (2020), “Algunas mujeres están usando palabras clave en farmacias para escapar de la violencia doméstica durante el período de confinamiento”, en CNN, Noticias de salud, 2 de abril de 2020. Disponible en: <https://cnnspanol.cnn.com/2020/04/02/algunas-mujeres-estan-usando-palabras-clave-en-farmacias-para-escapar-de-la-violencia-domestica-durante-el-periodo-de-confinamiento/>.

5. *Idem*.

6. No fue sino hasta unas semanas luego de iniciado el aislamiento social, preventivo y obligatorio que se difundió una norma aclaratoria indicando que las mujeres que buscaran asistencia por situaciones de violencia no estarían en violación de las medidas de aislamiento dispuestas por el gobierno nacional.

para huir de situaciones violentas o para acceder a órdenes de protección y/o servicios esenciales que pueden salvar sus vidas, debido a factores como las restricciones de la circulación.⁷ Por eso, recomienda medidas como “asegurar la continuidad de servicios esenciales para responder a la violencia contra las mujeres y niñas, desarrollar nuevas modalidades de brindar servicios en el contexto actual y aumentar el apoyo a organizaciones especializadas de mujeres para brindar servicios de apoyo a nivel local y territorial”.⁸ En una línea similar, el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) ha solicitado a los Estados adoptar todas las medidas de prevención y protección necesarias para garantizar la disponibilidad de espacios de resguardo adecuados, la difusión de información a través de diversos canales que no pongan en riesgo a las mujeres que buscan ayuda, y la accesibilidad a servicios locales y cercanos.⁹

La Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos instaló una Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada a la crisis (SACROI) para contribuir con lineamientos y recomendaciones específicas dirigidas a los Estados frente a las distintas dimensiones de la crisis. En su Resolución 1/2020 recomienda:

52. Fortalecer los servicios de respuesta a la violencia de género, en particular la violencia intrafamiliar y la violencia sexual en el contexto de confinamiento. Reformular los mecanismos tradicionales de respuesta, adoptando canales alternativos de comunicación y fortaleciendo las redes comunitarias para ampliar

7. ONU Mujeres (2020), “COVID-19 en América Latina y el Caribe: cómo incorporar a las mujeres y la igualdad de género en la gestión de la respuesta a la crisis”. Brief v 1.1., 17 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20americas/documentos/publicaciones/2020/03/briefing%20coronavirusv1117032020.pdf?la=es&vs=930>.

8. *Idem*.

9. Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará. (2020). Comité de Expertas solicita la incorporación de la perspectiva de género en las medidas que se tomen para la mitigación del Covid-19 y el reforzamiento de acciones para la prevención y atención de la violencia de género. Comunicado, 18 de marzo de 2020. Disponible en: <https://mailchi.mp/dist/comunicado-covid-19-y-el-reforzamiento-de-acciones-para-la-prevencion-y-atencion-de-la-violencia-de-gnero?e=148d9c4077>.

los medios de denuncia y órdenes de protección en el marco del período de confinamiento. Así como desarrollar protocolos de atención y fortalecer la capacidad de los agentes de seguridad y actores de justicia involucrados en la investigación y sanción de hechos de violencia intrafamiliar, así como llevar a cabo la distribución de materiales de orientación sobre el manejo de dichos casos en todas las instituciones estatales.¹⁰

II.

En Argentina, organizaciones de la sociedad civil promovieron un llamado a la comunidad y las instituciones de todos los poderes del Estado para recordar la necesidad de afrontar esta crisis atendiendo a su impacto en las relaciones sociales de género. Un repaso por diez puntos centrales puede contribuir a explicitar algunos ejes fundamentales.

Primero: el distanciamiento social no debe ser sinónimo de soledad ni de indiferencia. Los grupos de WhatsApp, las redes sociales, las llamadas frecuentes, pueden ser formas de hacernos sentir cerca y disponibles para la contención frente a la angustia, y para ayudar a buscar asistencia frente a las violencias.

Segundo: la asistencia desde las instituciones se concreta muchas veces a través de líneas telefónicas de atención, que deben *agudizar la escucha* para identificar situaciones de riesgo en los llamados que reciben, considerando que puede no explicitarse la verdadera dimensión del peligro frente a la convivencia con el agresor.

Tercero: es importante recordar que *la niñez también puede estar en peligro*. El impacto del aislamiento obligatorio en niñas, niños y adolescentes se suma a las violencias contra las mujeres dentro de las familias. Las

10. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2020), Pandemia y derechos humanos en las Américas. Resolución 1/2020. Adoptado por la CIDH el 10 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.

escuelas y personal docente, que sostienen el desafío de brindar continuidad pedagógica, deben prestar atención a las situaciones de vulnerabilidad y violencia que puedan comunicar niñas/os y adolescentes, así como cualquier situación que pueda mostrar en riesgo su integridad, y frente a ello, activar los mecanismos de protección de derechos en la niñez.

Cuarto: no quedan dudas de que la violencia no conoce la feria judicial. Por eso, la justicia en todo el país debe adoptar medidas extraordinarias para hacer frente a las emergencias, facilitando los mecanismos de comunicación de las mujeres y acercando soluciones. En general, se han adoptado medidas como la prórroga automática de las medidas cautelares de protección de las mujeres, incluyendo las medidas de exclusión del hogar, de prohibición de acercamiento y de contacto. Pero esto no es suficiente: el seguimiento de esas medidas para garantizar su efectividad es trabajo de la justicia y coordinación con las fuerzas de seguridad. El Poder Judicial debe además habilitar mecanismos ágiles para recibir nuevas denuncias y darles curso; disponer lugares para garantizar la efectividad de la exclusión del hogar de los violentos; garantizar el pago de los alimentos para que la falta de sostén económico no sea la concreción de la violencia económica sobre las mujeres que siguen a cargo de sus hijas e hijos. Y por supuesto, que las medidas de prisión domiciliaria que se están otorgando a muchas personas privadas de la libertad nunca sean en detrimento de la seguridad de las víctimas de las violencias machistas.

Quinto: las fuerzas de seguridad, como todas las autoridades e instituciones estatales, deben agudizar su atención frente a las situaciones de violencia por razones de género, dando prioridad a las respuestas de situaciones críticas. Necesitamos que estén al servicio de la protección y la seguridad de las mujeres, niñas y adolescentes para no agravar con violencia institucional la que ya están viviendo.

Sexto: es fundamental que los gobiernos provinciales y municipales estén más presentes que nunca, en particular las áreas de género. Es imperioso garantizar mecanismos ágiles de comunicación con la justicia y las fuerzas de seguridad para coordinar acciones frente a situaciones de violencia por razones de género. Asimismo, difundir información sobre espacios de atención directa tanto presenciales como en línea, garantizando la

disponibilidad de líneas de comunicación e intercambio con mujeres en situación de violencia e incluyendo recursos innovadores como espacios grupales de contención en línea a través de videollamadas o chats colectivos que puedan servir de apoyo a las mujeres; facilitar atención y contención psicológica de las mujeres frente a situaciones críticas de violencia, incluyendo las consultas telefónicas o en línea con profesionales y especialistas. Para los casos extremos, garantizar la disponibilidad de refugios revisando las normas que en muchos casos disponen la imposibilidad de acceder con hijos varones adolescentes. Para atender la situación de vulnerabilidad social, es importante implementar políticas para el acompañamiento y subsidios destinados especialmente a aquellas que se encuentran en el mercado informal, como por ejemplo en la venta ambulante, así como para las poblaciones más vulnerabilizadas como las personas trans y travestis y para las migrantes que no poseen documento de identidad argentino y que no podrán acceder a otras políticas públicas que se encuentran en proceso de implementación.

Séptimo: la violencia debe seguir en la agenda mediática. Los medios de comunicación tienen la responsabilidad de promover una cobertura periodística sobre la crisis provocada por la pandemia del Covid-19 desde una perspectiva de género, profundizando el análisis del impacto del aislamiento obligatorio en las relaciones sociales, en la sobrecarga de las mujeres dentro de los hogares y las posibles derivaciones hacia distintas manifestaciones de violencia. La dimensión de la crisis sanitaria y económica no debe ocultar las violencias hacia las mujeres e identidades feminizadas, que ya era un problema de enorme magnitud antes del impacto de esta pandemia en nuestro país, y que podría profundizarse. Por eso, debe sostenerse la difusión de las líneas de atención disponibles tanto a nivel nacional como las líneas y recursos disponibles en las distintas provincias y localidades.

Octavo: el acceso a la información es clave para garantizar los derechos. Más que nunca, saber dónde dirigirse para buscar ayuda puede ser la diferencia entre la vida y la muerte. No solo porque reduce la necesidad de recorrer las instituciones en búsqueda de asistencia (lo que las expone a mayor facilidad de contagio de Covid-19) sino también porque la facilitación de trámites permitirá reducir la incertidumbre y las tensiones, que repercuten en el bienestar y la salud y les permitirá encontrar respuestas lo antes posible para estar a salvo de las violencias.

Noveno: las tareas de cuidado y la atención física y emocional de las personas de las familias (en particular en la primera infancia, las personas mayores y a personas que transitan alguna enfermedad) recae principalmente en las mujeres y eso las sobrecarga de tareas. Por ello, las autorizaciones para poder cumplir con obligaciones de cuidado y asistencia de personas mayores o con autonomía reducida deben ser utilizadas con prudencia para cumplir con el aislamiento, pero con un criterio de redistribución de las tareas de cuidado en las familias.

Décimo: finalmente, este es el momento en que instituciones públicas, funcionarios y funcionarias de todo el país deben mostrar que la celeridad con que pusieron en marcha la Ley Micaela, que establece capacitaciones obligatorias para prevenir las violencias y transversalizar la igualdad de género en todos los niveles del Estado, tiene resultados concretos. Es momento de mostrar el impacto positivo de ese compromiso público.

Estamos ante una situación de crisis extraordinaria, atravesando una pandemia única como no hemos conocido antes. Podremos salir adelante en un esfuerzo colectivo, siguiendo las recomendaciones del Estado y prestando particular atención a la necesidad de garantizar las condiciones de seguridad para todas las personas, desde una perspectiva de género y con atención al impacto socioeconómico de la crisis y de las medidas adoptadas. La interpelación a “quedarnos en casa” no debe ser en detrimento de la integridad, la seguridad y la vida de algunas personas, y para eso, las políticas públicas para prevenir, sancionar y erradicar las violencias machistas deben considerarse prioritarias.

Bibliografía

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2020): Pandemia y derechos humanos en las Américas. Resolución 1/2020. Adoptado por la CIDH el 10 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.

Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará (2020): Comité de Expertas solicita la incorporación de la perspectiva de género en las medidas que se tomen para la mitigación del Covid-19 y el reforzamiento de acciones para la prevención y

atención de la violencia de género. Comunicado, 18 de marzo de 2020. Disponible en: <https://mailchi.mp/dist/comunicado-covid-19-y-el-reforzamiento-de-acciones-para-la-prevencion-y-atencion-de-la-violencia-de-gnero?e=148d9c4077>.

Kottasová, I. & Di Donato, V. (2020): “Algunas mujeres están usando palabras clave en farmacias para escapar de la violencia doméstica durante el período de confinamiento”, en CNN, Noticias de salud, 2 de abril de 2020. Disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2020/04/02/algunas-mujeres-estan-usando-palabras-clave-en-farmacias-para-escapar-de-la-violencia-domestica-durante-el-periodo-de-confinamiento/>.

ONU Mujeres (2020): “Covid-19 and Ending Violence Against Women and Girls”. Issue brief. Disponible en: <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/issue-brief-covid-19-and-ending-violence-against-women-and-girls-en.pdf?la=en&vs=5006>.

— (2020): “Covid-19 en América Latina y el Caribe: cómo incorporar a las mujeres

y la igualdad de género en la gestión de la respuesta a la crisis”. Brief v 1.1., 17 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20americas/documentos/publicaciones/2020/03/briefing%20coronavirusv1117032020.pdf?la=es&vs=930>.

El trabajo en tiempos del coronavirus

*Patricia López Aufranc**

Enfrentábamos el futuro con la experiencia que nos daba el espejo retrovisor. Hoy solo contamos con la tabla de surf.

Resumen

Estamos inmersos en un experimento global de teletrabajo forzado en condiciones difíciles, compartiendo el ámbito con otros miembros de la familia en iguales circunstancias y sumando las responsabilidades propias del cuidado de la familia.

Los desafíos del teletrabajo son: encontrar un lugar adecuado para desarrollarlo, elegir las herramientas tecnológicas, establecer parámetros de seguridad informática, respetar la confidencialidad, organizar el trabajo, motivar los equipos y mantener una comunicación fluida. La escucha activa, la comunicación efectiva, el espíritu de equipo y la empatía son cruciales.

En el futuro, el distanciamiento social, los barbijos, la higiene de manos serán la nueva norma. Habrá que crear un lugar de trabajo seguro según los nuevos parámetros, lo que ocasionará muchos cambios: nuevas reglas, hábitos y recomendaciones. Sacrificaremos libertades individuales en pos de la salud colectiva. ¿Nos debería asustar el riesgo del tiranovirus?

Palabras clave: trabajo remoto, teletrabajo, coronavirus, herramientas tecnológicas, confidencialidad, motivación, comunicación, Técnica del Pomodoro, habilidades blandas, libertades individuales, tiranovirus.

* Argentina. Abogada (UBA, 1975); (LLM (1985), ALI (2015) Harvard); especializada en derecho empresario; Socia de Marval, O'Farrell & Mairal por más de treinta años. Actualmente consultora de la firma; asesora también en temas de gestión, innovación y liderazgo, con énfasis en liderazgo femenino; pla@marval.com.

Work in the Time of Coronavirus

Abstract

We are immersed in a global experiment of forced remote working under difficult conditions, sharing space with members of our family in similar circumstances while performing household chores and caring for our family.

The challenges of teleworking are: finding an appropriate place to carry out the tasks; choosing technological tools, establishing appropriate parameters of cyber security, ensuring confidentiality, organizing work, motivating teams and keeping fluid communication. Active listening, effective communication, team spirit and empathy are crucial.

In the future, social distancing, face-masks, hand hygiene, shall be the new norm. We will have to create a secure workplace according to the new parameters, which entail numerous changes: new rules, habits and recommendations. Will we sacrifice our personal freedom in view of collective health? Should we be afraid of the risk of this tyrant virus?

Keywords: Remote Working, Teleworking, Coronavirus, Technological Tools, Confidentiality, Motivation, Communication, Pomodoro Technique, Soft Skills, Personal Freedom, Tyrant Virus.

I.

El 10 de marzo pasado el coronavirus era algo que había pasado en China y que estaba pasando en Italia. El 20 de marzo estábamos todos en cuarentena, con prohibición de dejar nuestros hogares. No sabemos cómo termina esta odisea, pero intuimos que somos testigos del fin de una era y que nada volverá a ser igual.

Algunos lo vieron venir y se prepararon trabajando a contrarreloj día y noche. A otros, los tomó por sorpresa. En quince o veinte días han cambiado nuestra vida, costumbres, forma de trabajar y hasta nuestras relaciones personales. ¡Ni que hubiera pasado un siglo!

Leí que solo alrededor del 29% de las empresas estaban en condiciones de lanzar un operativo masivo de trabajo remoto. No sé exactamente a qué lugar o sector corresponde la cifra, pero en la Argentina el porcentaje debe ser mucho menor, aun en el área de servicios. En todo caso, se considera

que es el mayor experimento de trabajo a distancia llevado a cabo hasta la fecha a nivel global. No lo decidieron los líderes políticos, ni los líderes de las organizaciones, sino el virus. Se plegaron hasta los más reticentes. En este, como en otros aspectos, habrá un antes y un después.

Sorprende la rapidez con la que nos adaptamos y con la que la gente dio rienda suelta a la creatividad para responder al desafío. En cuestión de horas, con Microsoft Teams, Google Hangouts, Whatsapp, Skype, Zoom y el abanico de herramientas tecnológicas se organizaban conferencias, seminarios, cursos y reuniones online, se instruían equipos y se prestaban servicios. Hasta escuché al Coro de la Ópera de Roma, cantando “Va Pensiero” de la ópera *Nabucco* de Verdi con cada miembro del coro y el director en sus respectivos hogares. Si eso puede hacer un coro de esa magnitud, ¡qué no podrá hacer un equipo en otras disciplinas!

De la noche a la mañana, muchos expertos descubrieron que eran anal-fabetos funcionales. Quien hoy no pueda manejar las herramientas tecnológicas queda fuera del partido. Quienes no tienen una computadora por miembro activo de la familia, también, aunque más no sea hasta que les toque el turno de usarla. Hasta los más reticentes revisamos tutoriales y nos adaptamos. No había alternativa. En esto los jóvenes nos llevaban ventaja.

“El futuro es ahora, pero está distribuido de forma despareja”, decía William Gibson. Quien tenía una computadora personal y sus archivos en alguna plataforma que permitiese accederlos remotamente pudo seguir trabajando, sin mayores inconvenientes. Quien no, enfrenta problemas. ¡En el futuro, todos invertiremos más tiempo y dinero en tecnología! La *laptop* personal ocupará un lugar similar al del teléfono inteligente.

Sin embargo, creo que no hay que confundir “un experimento de trabajo remoto a nivel global” con lo que estamos atravesando. En realidad, estamos confinados y, los que podemos, tratamos de trabajar. A la mayoría se le debe hacer bastante difícil. Cuando digo “tratamos”, me refiero a que además de trabajar, debemos ocuparnos del cien por ciento de las tareas domésticas, del entretenimiento y la escolaridad de los niños; del cuidado de la familia y de las tareas de intendencia. Todo al mismo tiempo, en el mismo lugar, y simultáneamente con los otros integrantes del grupo familiar. No todos disponen de un lugar adecuado para el teletrabajo, y menos de dos o tres lugares, según las necesidades del grupo familiar. Esto presenta desafíos mucho mayores que los que se dan normalmente en el teletrabajo, que hay que tener en cuenta en el día a día, y habrá que tener muy en cuenta cuando se haga el balance.

¿Cuáles son los principales desafíos propios de este teletrabajo forzoso?

- Encontrar un lugar adecuado para el teletrabajo.
- Fijar límites entre el trabajo y la familia.
- Determinar las herramientas tecnológicas que va a utilizar el equipo.
- Establecer parámetros de seguridad informática.
- Respetar la confidencialidad.
- Organizar el trabajo.
- Motivar a los equipos.
- Comunicación.

Lo primero que recomiendan los gurús del teletrabajo es que se debe identificar un lugar tranquilo, bien iluminado, preferentemente estable y separado del resto del hogar. ¡Quién pudiera asegurarlo en estas circunstancias para todos los miembros de la familia que deban intentar cumplir con sus tareas remotamente!

Lo segundo es tener sentido del tiempo: ¿cuándo comienza y cuándo termina la jornada laboral? ¿Cómo mechamos las tareas domésticas? Pensar que en estas circunstancias los colaboradores podrán dedicar ocho horas a la tarea y no morir en el intento es utópico. Cada caso es un mundo: no es lo mismo la persona que está aislada sola que la que está con toda su familia, o la que tiene la familia desperdigada y debe asegurarse de que no les falte nada. Para enfrentar el problema de las interrupciones constantes, sugiero adoptar la “Técnica del Pomodoro”, que recomienda lapsos de veinticinco minutos de alta concentración, durante los cuales uno no debe ser interrumpido, ni por la familia ni por mensajes entrantes, seguidos de descansos de cinco o diez minutos. Se llama así, por la forma del *timer* que usaba quien la creó. Si se respeta a rajatabla, se pueden conciliar mejor las “dos vidas” y mantener un nivel razonable de productividad. También es recomendable evitar el *multitasking* y entrenarse en el arte del *serial tasking*, aprendiendo a concentrarse rápidamente cuando uno cambia de tema, pero no tratando de hacer muchas cosas a la vez.

Una buena conexión de internet se ha vuelto indispensable. Determinar las herramientas tecnológicas aprobadas por la organización es crucial, como lo es que todos los miembros de la organización las dominen rápidamente. Los profesionales y personal directivo de muchas empresas tenían cierta práctica con el teletrabajo y se adaptaron fácilmente. La magnitud del

desafío de subir al barco al personal de apoyo, capacitando, acompañando y haciendo seguimiento, es función de la nómina. Asegurarse de que las herramientas tecnológicas elegidas cumplan con los parámetros de seguridad es lo siguiente. Es probable que no todos tuviéramos antivirus o *antihacking* adecuados para trabajo profesional, sobre todo si para trabajar usamos la computadora familiar y sus múltiples usuarios visitan todo tipo de sitios y bajan aplicaciones sin restricciones.

El tema de la confidencialidad también se complica cuanto más gente ajena al ambiente laboral comparte el mismo ámbito o pueda escuchar lo que allí transcurre. Por eso se recomienda no dejar encendida la computadora cuando uno se aleja de ella y bloquearla cuando no se usa; buscar un lugar discreto y aislado para las llamadas telefónicas; no tirar papeles importantes a la basura, sino guardarlos para destruirlos oportunamente en el destructor de documentos. No es que desconfiemos de nuestros allegados o vecinos, pero los descuidos y los comentarios inocentes son una fuente de riesgo, aun sin mala intención.

Otro desafío es la organización del trabajo y la planificación de tareas. En las circunstancias se impone el empoderamiento: dar autonomía a los colaboradores y estar presentes para asistirlos en lo que necesiten es clave, las reuniones de equipo también. Es bueno programar reuniones periódicas virtuales para marcar el comienzo de la jornada laboral. Deberíamos comenzarlas preguntando cómo están sobrellevando la situación.

Si el encierro se prolonga, la motivación de los equipos debe estar en la agenda de todo líder. Algunos postean videos compartiendo experiencias, enseñanzas y perspectivas. Mostrar vulnerabilidad, al mismo tiempo que respuesta rápida al cambio de circunstancias, aumenta la credibilidad y da aliento. Por otra parte, conviene reconocer y agradecer constantemente el esfuerzo que todos hacen para cumplir con sus tareas.

La empatía con los colaboradores es fundamental. Como no todos están en las mismas circunstancias, debemos conocer las situaciones específicas de cada uno, para no esperar lo que no es razonable en los casos particulares y prestar apoyo cuando sea necesario.

Por eso la comunicación fluida también es crucial y debe necesariamente producirse de arriba hacia abajo: para dar las pautas, calmar ansiedades y timonear la organización, lateralmente, entre pares, para que los equipos funcionen bien; pero sobre todo, los líderes deben sumar a su infinita lista de tareas de crisis, ser muy receptivos a la comunicación de abajo

hacia arriba, para estar al día sobre los problemas que enfrentan sus colaboradores y conscientes de sus angustias. Solo así, serán respetados y podrán navegar la crisis sin naufragar.

La importancia de las habilidades blandas, como la escucha activa, la comunicación efectiva, el espíritu de equipo y la empatía en las funciones de liderazgo, en la era del conocimiento era indiscutible. Se exacerba en tiempos de crisis, para escuchar, motivar y tomar decisiones. Aquellos que las han hecho carne, prestarán un servicio invaluable a su organización.

¿Qué nos depara el mundo del trabajo del futuro?

El *business as usual* será cosa del pasado. El distanciamiento social, los barbijos, la higiene de manos serán la nueva norma, por lo menos por un buen tiempo. Cambiarán la forma de saludarnos y la distancia entre nosotros. Habrá que crear un lugar de trabajo seguro según los nuevos parámetros. Es probable que se repense la disposición de los puestos de trabajo, se realicen cambios a los comedores de empresa (o aun al hábito del almuerzo) y a las salas de reuniones; se deberá contemplar la posibilidad de crear turnos o alternar la presencia en la oficina con el trabajo remoto para reducir las aglomeraciones; se minimizarán las reuniones y los viajes. Aparecerán nuevos protocolos, reglas, hábitos y recomendaciones. ¿Cómo protegemos a nuestros colaboradores mayores? ¿Dónde trazaremos la línea entre lo conducente y lo que nos reclame la sociedad?

Probablemente muchas de nuestras libertades individuales se ofrenden en el altar de la salud colectiva. ¿Deberemos acostumbrarnos a registros de temperatura al ingresar al trabajo o a una oficina pública, al seguimiento cibernético, al chip, al pasaporte de salud para desplazarlos (como en el pasado fue el certificado de vacuna antivariólica) y a la cuarentena intermitente?

Como abogada, a veces no sé qué me asusta más, si el coronavirus o el riesgo del tiranovirus, que asoma en algunos países con casi igual virulencia y tasa de contagio, y excesivo beneplácito de la sociedad.

Artículos recibidos por convocatoria abierta

La responsabilidad internacional del Estado frente a las violaciones a los derechos humanos detrás de los obstáculos a la interrupción legal del embarazo

Marcelo López Alfonsín y Luciana Salerno***

Resumen¹

Este artículo tiene por objeto realizar un recorrido sobre el marco legal regulatorio de la interrupción legal del embarazo a la luz de los principales compromisos internacionales de derechos humanos asumidos por el Estado argentino y, en este marco, examinar cuál es la situación actual del país en la materia.

En particular, se hará hincapié en las observaciones que ha recibido nuestro país a nivel internacional en razón de los obstáculos que se presentan para acceder a este derecho en la actualidad, entendiendo que su negación constituye un acto de violencia contra las mujeres, adolescentes y

* Juez de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Doctor en Derecho, Área Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires). Magíster en Ambiente Humano (Universidad de Lomas de Zamora). Profesor de grado, de posgrado y de doctorado (UBA y UP); mlopezalfonsin@yahoo.com.ar.

** Abogada (Universidad de Buenos Aires). Especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Maestría de Facultad de Derecho de la UBA). Ayudante docente de la cátedra de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, UBA). Actualmente se desempeña laboralmente como Prosecretaria Coadyuvante del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 18 del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; salerno.luciana@gmail.com.

1. Aclaraciones necesarias: la inclusión de lenguaje no discriminatorio es presupuesto básico de este trabajo aunque no se haga uso de recursos como la “x”, la “e”, “os/as” para agilidad en la lectura y se acude a figuras neutras en la medida de lo posible.

niñas y una violación de derechos humanos que involucra la responsabilidad internacional del Estado.

Palabras clave: aborto, interrupción legal del embarazo, responsabilidad internacional, derechos humanos, derechos sexuales y reproductivos, violencia contra las mujeres, derechos de los niños, niñas y adolescentes.

The International Responsibility of the State for Human Rights Violations behind the Obstacles to the Legal Interruption of Pregnancy

Abstract

This article aims to go over the actual framework of the legal interruption of pregnancy under the main international human rights commitments assumed by Argentina and, in this context, examine the current situation of the country in this matter.

In particular, it will be emphasized the observations that our state has received from the international level because of the obstacles to access to this right nowadays, and mostly understand that its denial constitutes an act of violence against women, children and adolescents and a violation of human rights that involves the international responsibility of the State.

Keywords: Abortion, Legal Interruption of Pregnancy, International Responsibility, Human Rights, Sexual and Reproductive Rights, Violence against Women, Rights of Children and Adolescents.

I. Introducción

En un contexto en el que la despenalización del aborto y el proyecto para legalizar la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE) se encuentran en debate en Argentina,² adquirieron estado mediático diversos casos que

2. En 2018 se abrió por primera vez desde 1921 el debate legislativo sobre la ampliación del derecho al aborto en la Argentina que implicó la discusión sobre el cambio de modelo de regulación. Tras el intenso debate, en la mañana del 14 de junio de 2018 la Cámara de

dejaron a la vista los límites y obstáculos que se presentan para acceder a la Interrupción Legal del Embarazo (ILE) en nuestro país.³ Ello, pese a encontrarse previsto en el texto del Código Penal desde 1921 y a los grandes avances que podemos identificar en los últimos años en el ámbito judicial y en la esfera político-social, gracias al fuerte protagonismo que adquirió el movimiento de mujeres y otros colectivos por la diversidad sexual en la lucha por el reconocimiento de sus derechos sexuales y reproductivos.

En este marco general, a lo largo de este trabajo nos proponemos repasar brevemente el marco legal y los compromisos internacionales del Estado argentino en la materia e intentar correr el foco de los debates ideológicos y morales que el aborto invoca, con el objetivo de centrar la atención en el estado de situación actual en nuestro país que involucran la responsabilidad internacional en cabeza del Estado argentino.⁴

En este sentido, consideramos se trata de un tema de gran preocupación actualmente y, por ello, resulta de suma importancia que los impedimentos para ejercer el derecho a interrumpir legalmente el embarazo se entiendan como un acto de violencia contra las mujeres, adolescentes y niñas y, por ende, como una violación de derechos humanos que involucra la responsabilidad estatal.

Diputados aprobó con media sanción el proyecto de ley, y con ello, el proceso legislativo avanzó al Senado para su aprobación final. Desafortunadamente, el Senado rechazó el proyecto por 38 votos en contra de la legalización del aborto y 31 a favor. De esta manera, en nuestro país actualmente se mantiene el régimen de causales adoptado en 1921.

3. Podemos mencionar a modo ejemplificativo dos casos que tomaron estado público en 2019 al tratarse de niñas de 11 y 12 años que habían sido víctimas de violación, imponiendo dilaciones en el procedimiento para acceder a un aborto legal y forzándolas a tener una cesárea en Jujuy (disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/170284-arruinemos-las-dos-vidas>. Consulta: 03/09/2019) y en Tucumán (disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/177619-la-trama-urdida-para-dilatar-la-violacion-de-la-nina-tucuman>. Consulta: 03/09/2019).

4. Amnistía Internacional: “El estado de situación de la Interrupción Legal del Embarazo y las violaciones a los derechos humanos detrás de los obstáculos al aborto legal. Aportes al debate sobre derechos sexuales y reproductivos”. Disponible en: <https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2017/05/01-Informe-estado-ILE.pdf>. Consulta: 03/09/2019.

II. El marco legal de la interrupción legal del embarazo, los principios del caso “F.A.L.” de la CSJN y el estado de situación en todo el país

[...] el tribunal considera ineludible destacar que, a pesar de que el código penal argentino regula desde hace noventa años diferentes supuestos específicos de despenalización del aborto, como el traído a discusión ante este tribunal (artículo 86, inciso 2º), se sigue manteniendo una práctica *contra legem* [ilegal], fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales, que hace caso omiso de aquellos preceptos, exigiendo allí donde la ley nada reclama requisitos tales como la solicitud de una autorización para practicar la interrupción del embarazo producto de una violación lo que, como en el caso, termina adquiriendo características intolerables a la luz de garantías y principios constitucionales y convencionales que son ley suprema de la nación.⁵

En primer lugar, cabe recordar que en la interpretación actual del Código Penal Argentino el artículo 86 contempla tres casos en los que el aborto no es punible: en los casos de peligro para la vida de la mujer; en los casos de peligro para su salud y cuando el embarazo sea producto de una violación.

Cabe destacar que en el caso de los embarazos de niñas y adolescentes en particular caen dentro de la categoría de aborto legal, existiendo además una protección reforzada. Por un lado, la normativa establece presunciones que garantizan la legalidad de todos los abortos de las niñas hasta los trece años.⁶ Por otro lado, como veremos, las normas de protección de los dere-

5. CSJN, sentencia del 13/03/2012, “F.A.L. s/Medida Autosatisfactiva”, F259 XLVI, considerando 19.

6. El Código Penal considera que antes de los 13 años los/as niños, niñas y adolescentes no están, en general, en condiciones de prestar consentimiento sexual válido. Es decir, aunque en el caso concreto, el embarazo no se origine en un episodio de violencia sexual, sino del ejercicio de la sexualidad de la adolescente, de acuerdo con lo establecido en el CP, si la niña o adolescente es menor de 13 años y así lo solicita se tratará de un caso de un aborto no punible en los términos del artículo 86 y por tanto corresponderá la interrupción legal del embarazo.

chos de niñas, niños y adolescentes obligan a dar un trato prioritario en el acceso a políticas públicas y la atención sanitaria a esta población, teniendo siempre presente su interés superior.⁷

A pesar de que el derecho de niñas y adolescentes a acceder al aborto legal se encuentra claramente contemplado en las normas, el acceso a los servicios de interrupción legal del embarazo ha sido históricamente muy limitado y aún se presentan múltiples barreras a su ejercicio en todas las provincias.⁸

Ante tal situación y la reiteración de casos similares a lo largo de todo el país, en 2012 la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se expidió en un fallo histórico aclarando los estándares constitucionales de protección del derecho al aborto legal en la Argentina en el caso “F.A.L.”, siendo de suma importante esta decisión en tanto refleja la voluntad de saldar una disputa interpretativa y superar obstáculos de una práctica de violación de derechos y de sistemática denegación de acceso a los abortos permitidos desde 1921.

En primer lugar, consideró que el Estado, como garante del sistema de salud pública, debe asegurar las condiciones necesarias para que los abortos no punibles se lleven a cabo y extendió así su preocupación respecto del fenómeno de inaccesibilidad a todos los supuestos de aborto legal contemplados, y no únicamente al referido a la situación particular de la demandante.⁹

7. FUSA, *Abordaje en torno a los derechos sexuales y reproductivos. El aborto en el marco legal argentino y los derechos humanos de niñas, adolescentes y personas con discapacidad*, disponible en: <http://grupofusa.org/2017/06/12/hojasinformativas/>. Consulta: 03/09/2019.

8. Ministerio de Salud de la Nación, *Niñas y adolescentes menores de 15 años embarazadas. Abordajes institucionales desde los sistemas de salud, educación, justicia y protección de derechos de niñas niños y adolescentes en localidades seleccionadas de Salta, Jujuy, Catamarca, Santiago del Estero, Entre Ríos y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Informe de resultados de investigación*, disponible en: <http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000001079cnt-ninas-dolescentes-menores-15-anos-embarzadas.pdf>. Consulta: 03/09/2019.

9. En síntesis, el caso se inició cuando la madre de A.G., invocando el artículo 86 del Código Penal, solicitó a la justicia de la provincia de Chubut que dispusiera la interrupción del embarazo que cursaba su hija de 15 años, que era producto de una violación. En el caso se discutía si el Código Penal habilitaba únicamente el aborto cuando la víctima padecía una discapacidad intelectual/psicosocial (interpretación restrictiva), o si la opción estaba disponible para cualquier mujer víctima de abuso (interpretación amplia). Aunque el aborto

Además, cabe destacar que el tribunal dejó establecidos los siguientes estándares: 1) No corresponde pedir autorización judicial para realizar ningún aborto no punible; 2) Solo un profesional de la salud debe intervenir, no se requiere solicitar interconsultas o dictámenes adicionales; 3) No corresponde pedir denuncia, ni prueba o determinación judicial de la violación; solo se requiere la declaración jurada de la situación de violencia sexual; 4) Los abortos deben realizarse de forma rápida, accesible y segura; 5) Quienes ejerzan objeción de conciencia no pueden imponer derivaciones o demoras que comprometan la atención.¹⁰

De enorme relevancia fue a su vez que en el mismo fallo la Corte se pronunció sobre la responsabilidad de los profesionales^{11 12} y, además, en el ámbito internacional del Estado.¹³ En este marco, exhortó al Estado Nacional y a las jurisdicciones provinciales a que sancionen protocolos hospitalarios que garanticen el acceso de las mujeres a abortos no punibles y a los poderes judiciales a que no obstruyan el acceso a los servicios.¹⁴

Luego del fallo de la CSJN el Ministerio de Salud de la Nación, en junio de 2015, publicó el Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo. Este protocolo es la actua-

ya se había practicado, el caso llegó a conocimiento de la Corte Suprema y en su sentencia del 13/03/12, el Máximo Tribunal dejó en claro que la Constitución y los tratados de derechos humanos no solo impiden interpretar el supuesto legal en sentido restrictivo, sino que obligan a una interpretación amplia.

10. Amnistía Internacional, *supra* nota 4.

11. La CSJN dejó asentado que los profesionales de la salud podrán ser responsables penal, civil y/o administrativamente por el incumplimiento de sus obligaciones en el ejercicio de su profesión cuando, de forma injustificada, no constaten la existencia de alguna de las causales previstas en el Código Penal para la realización de una ILE, realicen maniobras dilatorias durante el proceso, suministren información falsa o cuando prevalezca en ellos una negativa injustificada a practicar el aborto (CSJN, *supra* nota 5, considerando 29).

12. Cabe destacar sobre este tema que la justicia provincial condenó a la provincia de Entre Ríos a indemnizar a una mujer a la que se le negó un aborto no punible. La noticia se encuentra disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/165593-condena-al-estado-por-negar-un-aborto>. Consulta: 03/09/2019.

13. La CSJN fundamentó su decisión de abrir su instancia haciendo referencia al riesgo de que no hacerlo podría comprometer al Estado argentino frente al orden jurídico supranacional (CSJN, *supra* nota 5, considerando 6).

14. CSJN, *supra* nota 5, considerando 29.

lización hecha en 2015 de la Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles, elaborada por el Ministerio de Salud de la Nación en 2007 y actualizada por primera vez en 2010, como una referencia de actuación en casos de aborto no punible, que aborda tanto los aspectos técnicos como legales, estableciendo como principios rectores: accesibilidad, no judicialización, confidencialidad, privacidad, celeridad y transparencia activa.

Al respecto, según el informe elaborado por Amnistía Internacional: apenas 8 de las 24 jurisdicciones de todo el país han adherido al Protocolo Nacional o cuentan con protocolos que se ajustan en buena medida a los criterios establecidos por la CSJN. Estas son Chaco, Chubut, Jujuy, La Rioja, Misiones, Santa Cruz, Santa Fe y Tierra del Fuego; otras 8 dictaron protocolos que incluyen requisitos que dificultan, en vez de facilitar, el acceso de mujeres a servicios de aborto seguro y a los cuales tienen derecho: Ciudad de Buenos Aires, Córdoba, Entre Ríos, La Pampa, Neuquén, Provincia de Buenos Aires, Río Negro y Salta. Las 8 jurisdicciones restantes – Catamarca, Corrientes, Formosa, Mendoza, San Juan, San Luis, Santiago del Estero y Tucumán– no cuentan con ningún tipo de norma local.¹⁵

Para ponerlo en términos concretos: la situación actual es tan arbitraria que en la práctica, en función de la jurisdicción en que le haya tocado nacer a una mujer, adolescente o niña, esta podrá ejercer su derecho de acceso al aborto o no, además de tener presente la existencia de grupos que buscan impedir la práctica y que han adquirido estado mediático en estos últimos años.¹⁶

Cabe destacar, sin perjuicio de lo expuesto y para que quede claro, que estos protocolos sanitarios brindan pautas de actuación para los servicios de

15. Amnistía Internacional, *supra* nota 4.

16. Uno de los casos emblemáticos fue el de grupo de personas que inició acciones legales y se apostó en la puerta del Hospital Rivadavia de la Ciudad de Buenos Aires para impedir que una mujer pudiera acceder al aborto legal (<https://amnistia.org.ar/organizaciones-llamaron-la-atencion-por-los-obstaculos-a-la-practica-de-un-aborto-legal-en-el-hospital-rivadavia/>. Consulta: 03/09/2019). A la vez, cabe hacer mención del grupo autodenominado “Rafaelinos por la vida” que presentó un proyecto de ordenanza para impedir que las mujeres puedan acceder a un aborto legal en Rafaela, Provincia de Santa Fe, que motivó el expreso repudio de organismos de la sociedad civil (<https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2019/01/CD-Rafaela-Dic-2018.pdf>. Consulta: 03/09/2019).

salud y son un instrumento de política sanitaria, pero no son jurídicamente necesarios para brindar atención a mujeres en situación de aborto, debido a que el permiso ya está dando por el artículo 86 del Código Penal y, por lo tanto, la falta de protocolo en una provincia no constituye una justificación legal para desatender las obligaciones que tienen autoridades sanitarias y profesionales de la salud.¹⁷ A ello cabe agregar los alcances de la “cláusula federal” establecida en el artículo 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos,¹⁸ mediante la cual los Estados con estructura federal tienen el deber de respeto y garantía del pleno ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención y además, la obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno pertinentes y necesarias para que los estados que conforman la “federación” (las provincias en el caso de Argentina) cumplan tales deberes.

En este marco, según los informes presentados ante el Comité de la CEDAW por organismos de la sociedad civil:

...son muchos y diversos los obstáculos que enfrentan mujeres y niñas para ejercer sus derechos: el uso abusivo de la objeción de conciencia de los efectores de salud; la excesiva judicialización de una práctica sanitaria para dilatar y obstaculizar los abortos; los requerimientos dilatorios previstos en protocolos dictados en

17. A. Ramón Michel y S. Ariza, “La legalidad del aborto en la Argentina”, Disponible en: <http://www.redaas.org.ar/archivos-actividades/129-LEGALIDAD%20DEL%20ABORTO%20-%20ARM%20y%20SA.pdf>. Consulta: 03/09/2019.

18. Convención Americana de Derechos Humanos, “Artículo 28. Cláusula Federal, 1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial; 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención; 3. Cuando dos o más Estados partes acuerden integrar entre sí una Federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención”.

cumplimiento de la exhortación de la CSJN, pero que no cumplen con los estándares de la Corte; los sistemas de salud discriminatorios que repelen a mujeres y niñas a través de comentarios reprochables del personal hospitalario; la mala fe de los proveedores de salud y funcionarios públicos; la violación de la garantía del secreto profesional; el hostigamiento y persecución a mujeres y niñas; la influencia de la Iglesia sobre los gobiernos nacional y locales; la falta de reconocimiento normativo expreso de las prestaciones sanitarias que demandan los casos de ANP como prácticas esenciales del servicio de salud. Todas estas son estrategias dilatorias que operan en contra del derecho al aborto legal y someten a las mujeres y niñas a situaciones de violencia institucional.¹⁹

A partir de lo expuesto, debe afirmarse que la práctica del aborto legal ha sido sistemáticamente inaccesible para miles de mujeres, adolescentes y niñas que habitan la Argentina,²⁰ pasándose por alto los principios sentados por la CSJN para los casos de aborto no punible según nuestra legislación vigente y los estándares básicos de derechos humanos.

Veremos a continuación las obligaciones internacionales en la materia y los derechos humanos involucrados y advertiremos que el Estado argentino ha sido justamente observado por diversos organismos del sistema de protección de derechos humanos, tanto en el ámbito interamericano como a nivel universal.

19. Informe sobre la situación del acceso al aborto en la República Argentina elaborado por diversos organismos de la sociedad civil para el cuarto informe periódico ante el Comité de la CEDAW, 65º período de sesiones, octubre de 2016. Disponible en: <https://www.defensorba.org.ar/micrositios/ovg/pdfs/Evaluacion-sobre-el-Cumplimiento-de-la-Convencion-para-la-Eliminacion-de-Todas-las-Formas-de-Discriminacion-contrala-Mujer-CEDAW.pdf>. Consulta: 03/09/2019.

20. “Cada año la Argentina es testigo de aproximadamente 3.000 partos en niñas y adolescentes menores de 15 años, lo que demuestra que aún no son suficientemente efectivas las políticas públicas orientadas a la prevención y al abordaje del embarazo en este tramo de edad que, sin duda, presenta características únicas diferentes a las de la adolescencia tardía” (Ministerio de Salud de la Nación, *supra* nota 8).

III. La violencia contra las mujeres, adolescentes y niñas en el acceso a los derechos sexuales y reproductivos: su abordaje desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

III. A. ¿Qué derechos humanos se encuentran involucrados en el acceso a la interrupción legal del embarazo?

En las últimas décadas los sistemas internacionales de protección de derechos humanos han abordado la problemática de la violencia contra las mujeres, adolescentes y niñas en sus diversas manifestaciones estableciendo un marco normativo protectorio para estos colectivos vulnerables.

Por un lado, el acceso a la interrupción legal del embarazo involucra el derecho a la vida digna,²¹ que está asociado a la autonomía o posibilidad de construir el proyecto de vida y, en este sentido, se sostiene que, en el caso de la violación sexual, se quebranta la dignidad de las mujeres y se invade una de las esferas más íntimas de su vida.²² Así las cosas, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y autodeterminación reproductiva es entendida como el reconocimiento a las mujeres el derecho a estar libres de todo tipo de interferencias en la toma de decisiones reproductivas, incluida la violencia física y psicológica, la coacción y la discriminación.²³ Por ello, se vulnera

21. Derecho a la vida digna: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (PIDCP Artículo 6.1). El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente (CADH Art 4.1.1.). Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. Convención de Belém do Pará Art. 4 (a): Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros, el derecho a que se respete su vida.

22. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), “Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica”, Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf> . Consulta: 03/09/2019.

23. N. Gherardi, C. Hoyos y C. Gebruers, “Violencia sexual en las relaciones de pareja: el derecho al aborto y la aplicación de estándares internacionales de derechos humanos”, Disponible en: http://www.redaas.org.ar/archivos-actividades/Doc1_ViolenciaSexual_issn.pdf . Consulta: 03/09/2019.

el derecho a la autodeterminación reproductiva cuando se presentan, por ejemplo, embarazos, esterilizaciones, abortos o métodos de anticoncepción forzados.²⁴

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sostuvo que el ejercicio del derecho a la vida privada presupone la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona, y por consiguiente la maternidad debe convertirse en un acto personal, libre, voluntario y consciente para las mujeres y no en un mandato.²⁵

En esta línea, el derecho a la integridad personal implica que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral y de allí se deriva la prohibición de tratos crueles inhumanos y degradantes y tortura.²⁶

Particularmente, conforme lo ha expresado el ex Relator contra la Tortura de la ONU y los Comités de la ONU, es posible aplicar la protección contra la tortura y malos tratos al ámbito de la salud²⁷ y, en particular, en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, que podría incluir las siguientes circunstancias: a) cuando se deniega el acceso a un aborto en condiciones seguras a las mujeres que han quedado embarazadas como consecuencia de una violación;²⁸ b) cuando se imponen requisitos frente a la

24. Comité CEDAW, “Recomendación General N°19: La violencia contra la mujer”, 1992, párr. 22; Comité CEDAW. “Recomendación General N°21: La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares”, 1994, párr. 22; Comité CEDAW, “Recomendación General N°24: La mujer y la salud”, 1999, párr. 22.

25. La Corte IDH entendió que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres y por tanto que la imposibilidad de las mujeres de tomar la decisión de ser o no madres es parte del derecho a la vida privada e incluye la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico (Corte IDH, sentencia del 24/02/2011 [Fondo y Reparaciones], *Gelman vs Uruguay*, párr. 97).

26. La CADH establece en el artículo 5: “Derecho a la Integridad Personal; 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

27. J. Méndez, “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, 01/02/2013, A/HRC/22/53, párr. 11.

28. Comité de Derechos Humanos, “Observación general N°28”, párr. 11.

decisión de la mujer a acceder a la esterilización o cuando se impone a los médicos la obligación de notificar los casos de abortos;²⁹ c) cuando no se garantiza el acceso al aborto conforme a lo previsto en las normas vigentes lo cual, puede causar un sufrimiento físico y moral contrario al artículo 7 del Pacto (en relación con la prohibición de la tortura);³⁰ d) cuando se niega la atención médica de emergencia, incluidos los cuidados posteriores al aborto, sumado al temor a recibir sanciones penales u otras represalias,³¹ y e) el condicionamiento de la atención médica a las mujeres cuya vida está en peligro por las complicaciones derivadas de abortos clandestinos, a que previamente proporcionen información sobre si se practicaron un aborto.³²

Por otra parte, cabe recordar que el derecho a la no discriminación se encuentra establecido en múltiples instrumentos internacionales que generan tanto obligaciones negativas como positivas³³ y, al respecto, el Comité de la CEDAW ha sostenido que la “negativa de un Estado a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva en condiciones legales resulta discriminatoria”³⁴ y particularmente que “negar la prestación de servicios de aborto cuando el embarazo es producto de una violación o cuando pone en riesgo la salud de la mujer constituye un acto discriminatorio”.³⁵

29. Comité Contra la Tortura, 32º período de sesiones, 3 a 21 de mayo de 2004, CAT/C/CR/32/5, párr. 7 m).

30. Comité de Derechos Humanos, “Observaciones Finales Argentina”, CCPR/CO.70/ARG, párr. 14.

31. J. Méndez, *supra* nota 27, párr. 46.

32. CIDH, “Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 61, 22 noviembre 2011, párr. 84.

33. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos, 2.1, 3, 26), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 3) Convención de los derechos del niño y la niña (artículo 2.2) Convención Americana de Derechos Humanos (1.1). En el caso específico de la discriminación hacia las mujeres la CEDAW establece como discriminación “toda distinción, expulsión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o 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”.

34. Comité de la CEDAW, “Recomendación General N°24”, párr. 11.

35. Comité de la CEDAW, “Recomendación General N°24”, párr. 31 (c).

Por último, consideramos oportuno agregar que el derecho a la información comprende una obligación positiva del Estado de brindar a la ciudadanía acceso a la información que está en su poder, y un derecho correlativo de las personas a acceder a la información en poder del Estado.³⁶ En este ámbito debe garantizarse este derecho, que implica: a) que las y los profesionales de la salud informen a las mujeres sobre su salud para que estas puedan adoptar decisiones libres, fundamentadas y responsables en materia de sexualidad y reproducción, que incluye el acceso a información sobre el aborto;³⁷ b) la provisión de información y educación para que las mujeres adopten decisiones libres, fundamentadas y responsables en materia de reproducción, incluyendo la planificación familiar;³⁸ c) garantizar la confidencialidad en el acceso a la información en materia reproductiva es crucial para garantizar que las mujeres busquen atención médica de forma oportuna.³⁹

En este marco general de protección de los derechos de las mujeres, debemos agregar la existencia de factores conexos que pueden agravar la situación de vulnerabilidad de muchas, recordando que se ha sostenido que la “vulnerabilidad es una condición acumulativa: los sujetos desprotegidos se ven inmersos en ocasiones en una ‘espiral de la vulnerabilidad’”, que se entiende como “la circunstancia en virtud de la cual a una condición de vulnerabilidad inicial (vejez, discapacidad, minoría de edad), se suma otra, debida a condiciones económicas de pobreza, o condiciones culturales de pertenencia a un grupo minoritario, tradicionalmente discriminado, lo que genera a su vez otras condiciones de vulnerabilidad”.⁴⁰

36. Este derecho surge de la declaración Universal de Derechos Humanos lo establece en su artículo 19, en el artículo 19.2 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, el artículo 4 de la Declaración Interamericana de Derechos Humanos y en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

37. CIDH, “Informe sobre acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69, 7 junio 2010, párrafo 105.3.

38. Convención de la CEDAW, artículo 10 inciso h).

39. Ello es particularmente relevante en algunos países en la región en donde existe una penalización completa de algunos servicios de salud y poca claridad respecto de la eventual obligación de los profesionales de salud de denunciar (CIDH, *supra* nota 32, párr. 7).

40. La utilización de este concepto puede verse en la sentencia de la Corte IDH, caso *Yean y Bosico vs. República Dominicana*, párr. 290.

En este orden de ideas, resulta necesario hacer mención, en relación con la infancia y la adolescencia, a la ratificación por parte de Argentina de la Convención de los Derechos del Niño (“CDN”), que significó el paso de un modelo tutelar, en que las personas menores de 18 años eran invisibilizadas y su voluntad sustituida por la de una persona adulta, a un modelo de respeto y garantía de derechos, conocido también como “modelo de protección integral de derechos”, que reconoce a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho, y por tanto ordena su participación dentro de las estructuras y procedimientos concernientes a sus asuntos, así como en las cuestiones de interés público.⁴¹

La CDN contempla pautas claras de respeto de los derechos de niños, niñas y adolescentes, a través de principios rectores, obligatorios en toda actuación en los casos que se encuentren involucrados. Estos principios son: a) Interés superior del niño (artículo 3 CDN); b) Autonomía progresiva (artículo 5 CDN); c) Participación sin mediaciones (artículo 12 CDN); d) No discriminación (artículo 2 CDN).

Por su parte, el Comité encargado de monitorear el cumplimiento de la CDN, en sus Observaciones generales N°4 y N°15, ha dejado en claro que los estados tienen la obligación de prestarles todos los servicios sanitarios legales en igualdad de condiciones con las personas adultas. En las observaciones se establecen para ello estándares de acceso a los servicios sanitarios, para garantizar el respeto del “interés superior del niño”.⁴²

41. M. Beloff, “Tomarse en serio a la infancia, a sus derechos y al Derecho. A propósito de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N°26.061”, en *Revista Derecho de Familia*, 2006, Ed. Lexis Nexis, N°33.

42. Estos estándares incluyen: a) El derecho a ser escuchados y participar en las decisiones relacionadas con su salud; b) El derecho a recibir información completa, clara y actualizada sobre su condición de salud y las alternativas terapéuticas, así como todo material que tenga por finalidad promover la mejoría de su salud. Dentro de este último se incluye toda la información relacionada con los servicios de salud sexual y reproductiva, como anticoncepción y aborto legal; c) La participación de los progenitores en las decisiones de salud como mecanismo para garantizar la efectividad de la atención y no para sustituir la voluntad o el consentimiento de las niñas, niños y adolescentes. Para ello, de aplicación a progenitores y cualquier persona que ejerza un rol de cuidado, estableció el deber de acompañamiento, orientación y de reconocimiento de las niñas, niños y adolescentes como titulares activos de su derecho a la salud; d) Reconocimiento del consentimiento sexual, de acuerdo con su autonomía progresiva; e) La posibilidad de tratamiento

En particular, debemos tener presente el concepto de “embarazo infantil forzado”, estableciendo que: “Se produce cuando una niña queda embarazada sin haberlo buscado o deseado y se le niega, dificulta o demora u obstaculiza la interrupción del embarazo”, situación que debe entenderse como un acto de violencia que genera responsabilidad del Estado.⁴³

III.B. ¿Cuáles son las obligaciones específicas del Estado frente al derecho de las mujeres a interrumpir voluntariamente el embarazo?

En este orden de ideas, cabe agregar que en el caso de Argentina, la reforma constitucional de 1994 trajo aparejada la adopción de un nuevo paradigma para interpretar y aplicar el derecho al incorporar los tratados internacionales de derechos humanos a la Constitución Nacional, e impuso la obligación genérica de tomar este marco como estándar mínimo de respeto, protección y garantía de los derechos humanos, existiendo además, un deber de diligencia reforzado en el caso de la violencia contra las mujeres.⁴⁴

Particularmente, con respecto al deber de debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar hechos de violencia contra las mujeres, nace de

médico sin intervención de los progenitores, con referencia a la autonomía progresiva y la capacidad de discernimiento propia de cada sujeto en el contexto en el que se desarrolla.; f) Respeto de la confidencialidad e intimidad de la consulta y la información relacionada con la salud de adolescentes.; g) Deber de garantía de la seguridad y accesibilidad de todas las prácticas sanitarias para adolescentes, sin acompañamiento obligatorio de un adulto/a. Se incluyen las prácticas relacionadas con la salud sexual y reproductiva como: consejería e información sobre sexualidad y reproducción, anticoncepción, aborto legal, atención y seguimiento del embarazo, el parto y el puerperio.

43. Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres (CLADEM), “Niñas madres. Embarazo y Maternidad Infantil en América Latina y el Caribe”. Disponible en: <https://cladem.org/pdf/nin%CC%83as-madres-balance-regional>, Consulta 03/09/2019.

44. El deber de debida diligencia hace referencia a la obligación de los Estados de recurrir a “todos los medios legales, políticos, administrativos y culturales para promover la protección de los derechos humanos y asegurar que toda violación sea considerada y tratada como un acto ilícito que puede dar lugar al castigo de los responsables y la obligación de indemnizar a las víctimas” (Informe de la Sra. Radhika Coomaraswhmy, ex Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, sobre la trata de mujeres, la migración de mujeres y la violencia contra la mujer, E/CN.4/2000/68, 29 de febrero de 2000, párr. 53).

las obligaciones específicas que impone la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”).⁴⁵ Al respecto, cabe destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha establecido que, en un contexto de violencia, subordinación y discriminación histórica contra las mujeres, los compromisos internacionales “imponen al Estado una responsabilidad reforzada”.⁴⁶

Por lo expuesto, partimos de la base de que los instrumentos internacionales que rigen la materia, a la luz de la interpretación que de ellos han ido haciendo los organismos internacionales, han construido un estándar superior del deber de debida diligencia para los casos de violencia contra las mujeres. En consecuencia, si se omite este deber y no se adoptan medidas razonables para protegerlas del daño, el Estado contribuye a crear un ambiente que facilita su ocurrencia y repetición al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado para sancionar esos actos.⁴⁷

En primer lugar, cabe dejar asentado que el derecho a interrumpir el embarazo producto de una violación debe ser entendido como un derecho (no) reproductivo que, como tal, encuadra dentro de los derechos humanos de las mujeres.⁴⁸

De este modo, resta entonces reseñar cuáles son las obligaciones que como consecuencia de este estándar se derivan para los Estados en el ase-

45. Cabe agregar que en Argentina se sancionó la Ley 26.485 de “Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que se Desarrollen sus Relaciones Interpersonales”, que define violencia como “toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, así como también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”.

46. Corte IDH, “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, párr. 283. Este criterio fue reiterado por la Corte en los casos “Velásquez Paiz y otro vs. Guatemala”, “Véliz Franco y otros vs. Guatemala”, “J. Vs. Perú”.

47. N. Gherardi, C. Hoyos y C. Gebruers, *supra* nota 23.

48. S. Deza, “Acceso al aborto no punible: ciudadanía plena y derechos humanos que responsabilizan al Estado”, en *La Ley*, 2012, AR/DOC/6221/2012.

guramiento de que estos derechos se puedan gozar y ejercer efectivamente, desde la mirada interdependiente e indivisible que demanda el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Recordemos que la Corte Suprema ha dicho al respecto:

...Que cuando el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto, es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurren las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura. Rápida, por cuanto debe tenerse en cuenta que en este tipo de intervenciones médicas cualquier demora puede epilogar en serios riesgos para la vida o la salud de la embarazada. Accesible y segura pues, aun cuando legal en tanto despenalizado, no deben existir obstáculos médico-burocráticos o judiciales para acceder a la mencionada prestación que pongan en riesgo la salud o la propia vida de quien la reclama.⁴⁹

En este marco general, cabe recordar que se suele esquematizar las obligaciones del Estado en relación a los derechos humanos en las obligaciones de respetar, de proteger y de garantizar y, también, de debida diligencia a los efectos de brindar protección integral a los derechos de las mujeres contra la violencia.

Por un lado, la obligación de respetar se presenta como una obligación negativa puesto que supone un límite del ejercicio del poder que pudiera amenazar el acceso a los servicios de salud reproductiva e implica no interferir en la decisión de las mujeres a acceder al aborto legal, como cuando se imponen requisitos adicionales a los establecidos legalmente o se cuestiona la credibilidad del testimonio de las mujeres bajo estereotipos y prácticas discriminatorias.⁵⁰

Por otra parte, las obligaciones de proteger y garantizar implican que el Estado debe organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las

49. CSJN, *supra* nota 5, considerando 25.

50. CIDH, *supra* nota 32, párr. 23.

estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.⁵¹ Esta obligación se traduciría no solo en la legislación concreta que posibilite el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, sino además en la implementación de políticas conducentes a dotar de accesibilidad a esos derechos de manera tal que sus efectos se irradian en forma igualitaria hacia la totalidad de la población, sobre todo aquellos sectores que precisan de la salud pública como factor determinante para su salud y se encuentran en situación de vulnerabilidad.⁵²

Al mismo tiempo, esta obligación de garantía demanda asimismo la previsión presupuestaria y financiamiento real para la ejecución factible de las acciones políticas que se precisen en la implementación efectiva de esas políticas de índole sexual y reproductiva.⁵³

Particularmente, sobre el deber de debida diligencia se entiende que incluye la obligación de investigar los incumplimientos que coadyuven a impedir el goce de los derechos sexuales y reproductivos y establecer diferentes niveles de responsabilidades estatales según se haya investigado o no, según se haya disipado o no las limitaciones detectadas y también, según se haya sancionado o no a los responsables de restringir derechos.⁵⁴ Por ejemplo, la judicialización de los casos de aborto no punibles o bien la falta de Protocolos en algunas provincias son realidades que conllevan como principal consecuencia impedir que un sector vulnerable de mujeres de la población ejerza un derecho humano básico o bien, entorpecer el acceso a una atención sanitaria que el Estado está obligado a garantizar.

Asimismo, se sostiene que la obligación de debida diligencia en el ámbito de salud consiste principalmente en la provisión de servicios de salud y atención médica de calidad que aporten al restablecimiento de la

51. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N°4, párrs. 64-66.

52. S. Deza, *supra* nota 48.

53. S. Deza, *Ibid.*

54. CIDH, *Caso Jessica Lenahan vs. Estados Unidos*, Informe 12626, 21 de julio de 2011, párr. 163; Corte Europea de Derechos Humanos, *Tysiac vs. Polonia*, sentencia del 20 de marzo de 2007, párr. 118.

salud de las víctimas.⁵⁵ Al respecto, la CEDAW establece el derecho de las mujeres a tomar decisiones sobre su vida reproductiva en condiciones de igualdad dentro del ámbito familiar y de la salud, así como la obligación del Estado de garantizar el acceso a servicios adecuados de atención médica, información, asesoramiento y educación en materia de planificación de la familia.⁵⁶

En síntesis, se entiende entonces que el Estado debe: a) suprimir todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva;⁵⁷ b) garantizar el consentimiento previo e informado de la mujer, respetando su dignidad y teniendo en cuenta sus necesidades y perspectivas con carácter confidencial;⁵⁸ c) eliminar las restricciones al acceso al aborto a las mujeres víctimas de violencia sexual, que obstaculizan la posibilidad de que los profesionales médicos detecten la violencia sexual u otras formas de violencia de género y se remita para adecuada atención dentro del sistema de salud y al sector justicia, en su caso.⁵⁹

En esta línea, la Corte IDH ha establecido a través de su jurisprudencia que se exige a los estados como parte del deber de debida diligencia que, a través de sus instituciones, deben: a) implementar políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias, que prevengan los factores de riesgo, y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer⁶⁰ y b) adoptar medidas positivas para garantizar el derecho a la integridad personal de las víctimas, tomando

55. N. Gherardi, C. Hoyos y C. Gebruers, *supra* nota 23.

56. Convención de la CEDAW, Arts. 10, 14 y 16; Declaración y Plataforma de Acción de Beijing 1995, párr. 94.

57. Comité DESC, “Observación General N°14”, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, 11 de agosto de 2000.

58. Comité de la CEDAW, “Recomendación general N°24, La mujer y la salud”, párr. 12 (d).

59. CIDH, *Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos*, párr. 50.

60. Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs. 286, 293.

en consideración la violencia sexual que causa inevitablemente afectaciones en la salud de las mujeres.⁶¹

Por otra parte, otra mirada de la problemática sostiene que el acceso al aborto se encuentra dentro de las medidas de rehabilitación del derecho a la reparación integral bajo las previsiones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁶² En estos casos, el derecho al aborto también se establece como una medida de satisfacción, contemplada dentro las medidas eficaces para que no continúe la violación de los derechos: continuar con un embarazo no deseado mantiene la vulneración de los derechos de las mujeres y por eso debe tenerse presente que el acceso al aborto legal en estas circunstancias se constituye como una medida de reparación de las mujeres víctimas en la búsqueda de transformar su proyecto de vida y de garantizar una vida libre de violencia.⁶³

En el caso particular de las niñas, cabe agregar que el embarazo en niñas o adolescentes muy jóvenes expresa una multiplicidad de vulneraciones y carencias en el respeto de los derechos humanos y en la vigencia de políticas públicas, en especial de salud y equidad de género, e implica una conjunción de serios riesgos psicosociales, en tanto puede considerarse uno de los problemas de salud pública más complejos y dramáticos que

61. Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú vs México*, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2010, párr. 125. Entre las medidas positivas la Corte estableció que incluye un tratamiento digno y humano del cual se deriva la atención inmediata y a largo plazo de la salud tanto física, como mental y social: apoyo emocional, tratar las condiciones generales de la violencia sexual y los cuidados médicos más específicos como anticoncepción de emergencia, profilaxis ETS, hepatitis, acceso interrupción voluntaria del embarazo, tomar las evidencias forenses, medidas de protección, tratamiento de rehabilitación y de salud mental, activación de redes de apoyo institucional.

62. En principio, el derecho a la reparación requiere, siempre que sea posible, la plena restitución, es decir, el restablecimiento de la situación anterior. Cuando esto no es posible, se determinará una serie de medidas para garantizar los derechos conculcados, la reparación de las consecuencias de tales infracciones y se establecerá el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados proporcionalmente a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido (ONU, "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves al derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", A/RES/60/147, marzo de 2006, párrs. 19-23).

63. N. Gherardi, C. Hoyos y C. Gebruers, *supra* nota 23.

reciben nula o mínima atención ya que esta problemática conjuga aspectos de salud, sociales, de género, justicia y derechos humanos y constituye un indicador de desarrollo y bienestar social trazador de situaciones de alta vulnerabilidad.⁶⁴

Por otra parte, con relación a los embarazos forzados de niñas, producto de violencia sexual, el MESECVI⁶⁵ manifiesta que:

La violencia sexual tiene consecuencias nefastas tanto sobre ellas como sobre el conjunto de la sociedad, afecta a su salud física y reproductiva, incrementa el riesgo de morbilidad y mortalidad materna e infantil y por transmisión de VIH, genera embarazos de alto riesgo y problemas relacionados con el embarazo, tales como los abortos inseguros, los partos prematuros, entre otras consecuencias. Además, los embarazos de niñas y adolescentes acarrearán aún mayores riesgos médicos y psicosociales y constituyen un problema mayor en cuanto a salud pública, justicia, educación y derechos humanos.⁶⁶

A partir de lo expuesto, es posible afirmar que asegurar el derecho al aborto legal implica una serie de obligaciones exigibles al Estado en todos

64. En 2015 se publicaron dos estudios focalizados en América latina que echan luz sobre esta problemática. Se trata del estudio *Vida Robadas: Un estudio multipaís sobre los efectos en la salud de las maternidades forzadas en niñas de 9-14 años* coordinado por Planned Parenthood Global junto con el O'Neill Institute for National and Global Health Law e Ibis Reproductive Health, <http://ninasnomadres.org/wp-content/uploads/2016/11/PPFA-Stolen-Lives-Spanish-april-2016.pdf>. Consulta: 03/09/2019. Además, el estudio *Niñas madres: embarazo y maternidad infantil forzada en América Latina y el Caribe*, realizado por CLADEM: <https://www.cladem.org/images/imgs-noticias/nin%CC%83as-madres-balance-regional.pdf>. Consulta: 03/09/2019.

65. El Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) analiza los avances en la implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” por sus Estados Parte, así como los desafíos persistentes en las respuestas Estatales ante la violencia contra las mujeres.

66. MESECVI, “Declaración sobre la violencia contra las mujeres, niñas y adolescentes y sus derechos sexuales y reproductivos”, OEA/Ser.L/II.7.10 MESECVI/CEVI/DEC.4/14, 19 de septiembre 2014.

sus niveles y, por ende, cuando se imponen barreras institucionales para que las mujeres accedan a la interrupción legal del embarazo en tales circunstancias, se vulneran múltiples derechos, entre ellos: la vida y la integridad física, la libertad, la salud, los derechos sexuales y reproductivos, y en especial, el derecho a una vida libre de violencia y de tratos crueles, inhumanos y degradantes y de tortura.⁶⁷

IV. Las observaciones al Estado argentino en la materia

“Los estándares son claros: las mujeres tienen el derecho y la autonomía de decidir sobre sus cuerpos y el Estado tiene que asegurar esos derechos a las mujeres, y en particular a las niñas y a las personas jóvenes [...] el Poder Ejecutivo tiene el deber de transmitirles a las y los legisladores las obligaciones internacionales de la Argentina”, dijo la presidenta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y relatora de los derechos de las mujeres, Margarete May Macaulay, en la audiencia pública sobre los derechos sexuales y reproductivos en Argentina.⁶⁸

Cabe agregar que en dicha audiencia se remarcó expresamente que la Argentina “...debe asegurar el acceso pleno y efectivo a los abortos que ya son legales e incorporar en la legislación los estándares e instrumentos internacionales ratificados por el país”.⁶⁹

En este marco, en el señalado fallo “F.A.L.” el máximo tribunal hizo varias referencias al compromiso de la responsabilidad internacional del Estado. En efecto, fundamentó su decisión de involucrarse en cuestiones de aplicación del artículo 86 del CPN no solo para esclarecer “la confusión reinante en lo que respecta a los abortos legales” sino también para “evitar frustraciones de derecho por parte de quienes peticionen acceder a ellos, de modo tal que se configuren supuestos de responsabilidad internacional”.⁷⁰

67. A. Ramón Michel y S. Ariza, *supra* nota 17.

68. CIDH, Audiencia “Derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres en Argentina”, 168º Período de Sesiones, 3 al 11 de mayo de 2018.

69. CIDH, *Ibid.*

70. CSJN, *supra* nota 5.

Por un lado, en el marco del Examen Periódico Universal se recomendó a la Argentina generar todos los esfuerzos tendientes a reducir la tasa de mortalidad materna procurando especialmente disminuir el número de defunciones a consecuencia de abortos practicados en condiciones peligrosas y a garantizar a la mujer el acceso a prestaciones y servicios de salud reproductiva.⁷¹

En esta línea, el Comité de la CEDAW en 2010 y 2016 evaluó al Estado argentino y observó “...que el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva sigue constituyendo un grave problema para las mujeres argentinas” y expresó su preocupación “...por la elevada tasa de embarazos entre las adolescentes y la elevada tasa de mortalidad materna, que en una tercera parte tiene como causa el aborto ilegal”. En tal sentido, el Comité CEDAW recomendó a la Argentina que el Estado nacional debe: (i) sancionar el proyecto de ley para la interrupción voluntaria del embarazo; (ii) asegurar que todas las provincias tengan protocolos para la atención de los abortos legales, en línea con el Protocolo del Ministerio de Salud de la Nación; (iii) Garantizar el acceso a abortos legales y seguros, y a servicios post aborto; (iv) Establecer requisitos estrictos para evitar el uso indiscriminado de la objeción de conciencia.⁷²

Cabe destacar que en su vista a Argentina, Dubravka Šimonović, Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre violencia contra la mujer, expresó: “...Respaldo las recomendaciones del comité de la CEDAW que insta a que las mujeres tengan acceso a un aborto legal y seguro y a la atención post aborto, definiendo y aplicando requisitos en cuanto a una justificación estricta para evitar el uso generalizado de la objeción de conciencia por parte de los médicos que se niegan a realizar abortos, considerando en particular la situación de embarazos recientes como resultado de la violación o el incesto que puede ser considerado como una tortura”.⁷³

71. Consejo de Derechos Humanos, “Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal sobre Argentina”, A/HRC/37/5, 37º período de sesiones, 22 de diciembre de 2017.

72. Comité de la CEDAW, “Observaciones finales sobre Argentina”, 16 de agosto de 2010, CEDAW/C/ARG/CO/6, párr. 37-38 y “Concluding observations on the seventh periodic report of Argentina, 18 de noviembre de 2016, CEDAW/C/ARG/CO/7, párrs. 33-35.

73. D. Šimonović, Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre violencia contra la mujer, Comunicado del 21 de noviembre de 2016 luego de su visita a la Argentina entre el

En esta línea, el Comité de Derechos del Niño expresó su preocupación “por la tasa constantemente elevada de mortalidad materna y neonatal, en particular en ciertas provincias” y “por el elevado porcentaje de mortalidad materna, especialmente de adolescentes, causada por un aborto (28,31% en 2005) y por los prolongados procedimientos de interrupción legal del embarazo resultante de una violación, prevista en el artículo 86 del Código Penal” y reclamó que los médicos “practiquen el aborto no punible especialmente en el caso de las niñas y mujeres víctimas de violación, sin intervención de los tribunales y a petición de ellas”.⁷⁴

Por su parte, al Comité de Derechos Humanos le preocupa “...la legislación restrictiva del aborto contenida en el artículo 86 del Código Penal, así como por la inconsistente interpretación por parte de los tribunales de las causales de no punibilidad contenidas en dicho artículo” y por ello, sostuvo que “...el Estado debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que estas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas. El Estado debe igualmente adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del artículo 86 del Código Penal”.⁷⁵

Con relación a Argentina cabe destacar que el Comité de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre un caso concreto⁷⁶ y consideró que la obstrucción y la dilación de los servicios de aborto previstos en el código penal, solicitados por una mujer menor de edad que padecía un retraso mental y había sido víctima de violación,⁷⁷ causaban un daño moral y

14 y 21 de noviembre de 2016. Disponible en: <https://ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20901&LangID=S>. Consulta: 03/09/2019.

74. Comité de Derechos del Niño, “Observaciones finales sobre Argentina”, 21 de junio de 2010, CRC/C/ARG/CO/3-4, párrs. 58-59.

75. Comité de Derechos Humanos, “Observaciones finales sobre Argentina”, 22 de marzo de 2010, CCPR/C/ARG/CO/4, párr. 13.

76. Comité de Derechos Humanos, “L.M.R. vs Argentina”, CCPR/C/101/D/1608/2007.

77. En la Provincia de Buenos Aires L. M. R., una mujer con discapacidad mental permanente quedó embarazada luego de haber sido violada. Su madre y representante solicitaron que se le practique un aborto, pero le fue negado y obstaculizado (aunque el aborto no fue admitido en el primer hospital al que L. M. R. acudió, después fue autorizado por tratarse de un “aborto no punible” [art. 86 del Cód. Penal]). A pesar de ello, una orden judicial que prohibía continuar con cualquier procedimiento abortivo y que iniciaba un proceso con el fin de impedir

físico que representa una violación del artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, el Comité encontró que habían sido vulnerados los artículos 17° y 2° del Pacto; y que la falta de mecanismos para permitir la interrupción legal del embarazo torna al Estado responsable por la violación al derecho a la garantía y respeto de los derechos prevista en el artículo 2 del Pacto en relación con los artículos 3°, 7° y 17°, vulneró el derecho a la vida privada y a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes de L. M. R., así como el derecho a un recurso efectivo en relación con los mencionados derechos vulnerados. Cabe destacar que el Comité también respondió al pedido de garantías de no repetición declarando: “El Estado tiene también la obligación de tomar medidas para evitar que se cometan violaciones similares en el futuro”, y le solicitó que en un plazo de 180 días informe al Comité sobre las medidas que haya adoptado para aplicar su dictamen.

V. Conclusiones: el deber de debida diligencia reforzado del Estado para garantizar el libre y pleno ejercicio al derecho a la interrupción legal del embarazo

Cada año, decenas de miles de niñas de América Latina y el Caribe quedan embarazadas contra su voluntad y son víctimas de violencia sexual: muchas de ellas son obligadas a continuar el embarazo debido a legislaciones restrictivas y se convierten en madres a una edad en que deberían estar jugando.⁷⁸

En nuestro país, cambian los nombres, edades y los lugares de residencia, pero hay una constante que cada vez se hace más notorio: hay niñas, adolescentes y mujeres a las que les niega u obstaculiza el derecho a realizarse un aborto no punible y, entre ellas, existe una alta cifra de mujeres que mueren por abortos clandestinos, ante la falta de respuesta institucional a esta problemática.

esta práctica fue notificada al personal de salud. Finalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires autorizó la práctica, sin embargo, L. M. R. y su madre fueron presionadas por los medios de comunicación y terceros para que no abortara. En ese contexto y pese a contar con la autorización de la Suprema Corte bonaerense, ningún establecimiento de salud le practicó el aborto, por lo que L. M. R. actuó de manera clandestina.

78. CLADEM, *supra* nota 43.

Sin embargo, los mecanismos que se ofertan desde el Estado no están todavía permeados por el respeto a los derechos humanos en juego en esta problemática.⁷⁹ Cabe recordar que la CSJN se pronunció en este sentido, expuso de forma clara los estándares aplicables y las obligaciones estatales en los distintos niveles y, además, el país ha sido objeto de críticas y recomendaciones de distintos organismos del sistema de protección de derechos humanos.

En las duras advertencias de los organismos internacionales de derechos humanos que siguen siendo desoídas por el Estado argentino un denominador común han sido las diferentes formas de violencia contra la mujer, entre ellas el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos y en particular los obstáculos que restringen la accesibilidad del aborto legal y, en este sentido, consideramos de relevancia visibilizar lo que el Estado no hace o, mejor dicho, lo que hace mal, que involucra su responsabilidad.

Señalaba Cançado Trindade: "...es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos quien clara y decididamente ha rescatado la posición central de las víctimas en el Derecho Internacional, por cuanto se encuentra orientado hacia la protección de la persona humana y a atender sus necesidades".⁸⁰ Por ello, de manera ideal, el sistema de protección de los derechos humanos opera dentro del Estado y esto no solo por la existencia de recursos efectivos para reparar posibles violaciones, sino que también por la existencia de una red preventiva de las violaciones constituida por todas las instituciones propias de un Estado de Derecho, tomándose en serio las obligaciones de debida diligencia.⁸¹

79. "La interrupción legal del embarazo, tanto bajo la causal salud como la causal violación, es aplicable en situaciones de embarazo en menores de 15 años. No obstante, se observa un enorme silencio y vacío respecto a esta opción por parte de los equipos de salud que por cuestiones individuales no lo contemplan como un elemento constitutivo del abordaje integral de estos casos. Aun en ese contexto, es posible identificar algunas iniciativas incipientes comprometidas con la práctica de ILE, con grados variables de institucionalidad, visibilidad y apoyo. Una barrera importante es la edad gestacional avanzada a la que se detectan los embarazos y los protocolos hospitalarios o ministeriales restrictivos que establecen el plazo máximo en las 12 semanas contradiciendo la normativa nacional" (Ministerio de Salud, *supra* nota 8).

80. Corte IDH, *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros vs. Guatemala)*, Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 26 de mayo de 2001, Voto Razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, párr. 16.

81. C. Medina, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos: manual de enseñanza";

Garantizar el derecho a la interrupción legal del embarazo es una medida indispensable para no incurrir en la violación a los derechos a la salud, a la autonomía reproductiva y a la prohibición de imponer tratos crueles inhumanos y degradantes a las mujeres, adolescentes y niñas. Consideramos que en las garantías de no repetición y prevención está en gran parte la respuesta, excediendo el ámbito individual y proyectándose de forma colectiva.⁸²

Sin lugar a dudas, el año 2018 generó mayores debates públicos y fuertes expectativas para avanzar en los cambios que se necesitan respecto de la interrupción voluntaria del embarazo, resultando inaceptable que se reaviven los debates vinculados a las causales establecidas legalmente y, menos aún, que se presenten obstáculos para el ejercicio de este derecho.

En palabras de Deza, “aunque se pretenda instalar el tema del aborto no punible como una cuestión de debate público, lo cierto es que siendo una posibilidad legal, los devaneos morales que despierte en ciertos sectores de nuestra comunidad no debieran tener la entidad de opacar un análisis que ya ha sido superado no solo por el Legislador Penal en ocasión de sancionarse el art. 86 sino además interpretado nuestra Corte Suprema en lo que a sus alcances, vigencia, aplicación y pleno ejercicio se refiere. Porque, dicho sea de paso, el derecho al aborto no punible es precisamente eso, un derecho. Y una mujer necesita estar libre de violencia a la hora de ejercerlo. Ese cuerpo violentado, no precisa más violencia”.⁸³

Por lo expuesto, en un contexto de mayor permeabilidad política y social en favor de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, no solo

Edit. Instituto Holandés de Derechos Humanos, Ámsterdam, p. 21.

82. “Tanto por sus causas como por sus consecuencias, el embarazo antes de los 15 años se debería eliminar o reducir al mínimo. Esto implica, por un lado, prevenir su ocurrencia y por otro, brindar respuestas adecuadas y oportunas cuando sucede. Su prevención abarca dos ejes principales: 1) La promoción de sexualidades seguras, responsables, informadas y consentidas en la adolescencia temprana; 2) La prevención del abuso sexual. Solo será posible si va de la mano de la transformación de un sistema de dominación patriarcal opresivo y violento con las mujeres. Ambos ejes son componentes nodales de la educación sexual integral tal como está definida y legislada en Argentina. Fortalecer el Programa Nacional de ESI e implementar sus contenidos y metodologías en todos los niveles de enseñanza y con todas sus audiencias objetivo (alumnos, docentes y familias) no solo es un deber del Estado y un derecho de niños/as y adolescentes, sino que es una urgencia cuya atención solo puede traer beneficios” (Ministerio de Salud, *supra* nota 8).

83. S. Deza, *supra* nota 48.

debe exigirse la no obstaculización del acceso al derecho al aborto legal, sino también hacer uso de estas condiciones favorables para visibilizar la problemática, sancionar a los responsables en sus distintos niveles y prevenir que estas conductas se repitan en el futuro a los efectos de garantizar el derecho accesible para toda niña, adolescente y mujer a acceder en forma segura a la atención sanitaria que concrete sin barreras ni obstáculos la interrupción legal del embarazo, en pleno respeto de sus derechos humanos, sin discriminación alguna y como medida de reparación al derecho individual y colectiva de toda mujer de vivir libre de violencia.

Bibliografía

- Amnistía Internacional: “El estado de situación de la Interrupción Legal del Embarazo y las violaciones a los derechos humanos detrás de los obstáculos al aborto legal. Aportes al debate sobre derechos sexuales y reproductivos”. Disponible en: <https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2017/05/01-Informe-estado-ILE.pdf>. Consulta: 03/09/2019.
- Beloff, Mary: “Tomarse en serio a la infancia, a sus derechos y al Derecho. A propósito de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N°26.061”, *Revista Derecho de Familia*, 2006, Ed. Lexis Nexis, Nro. 33.
- Comité Contra la Tortura: “Informe 32º período de sesiones”, 3 a 21 de mayo de 2004.
- Comité de la CEDAW: “Recomendación General N°19: La violencia contra la mujer”, 1992.
- “Recomendación General N°21: La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares”, 1994.
 - “Recomendación General N°24: La mujer y la salud”, 1999.
 - “Observaciones finales sobre Argentina”, CEDAW/C/ARG/CO/6, 16/08/2010.
 - “Concluding observations on the seventh periodic report of Argentina”, CEDAW/C/ARG/CO/, 18/11/2016.
- Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres (CLADEM): “Niñas madres. Embarazo y Maternidad Infantil en América Latina y el Caribe”, Disponible en: <https://cladem.org/pdf/nin%CC%83as-madres-balance-regional>. Consulta 03/09/2019.

- Comité DESC: “Observación General N°14,” “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, 11/08/2000.
- Comité de Derechos del Niño: “Observaciones finales sobre Argentina”, CR/C/C/ARG/CO/3-4 21/06/2010.
- Comité de Derechos Humanos: “Observación general N°28”; 2000.
- “Observaciones Finales Argentina”, CCPR/CO.70/ARG, 15/11/2000
 - “Observaciones finales Argentina”, CCPR/C/ARG/CO/4, 22/03/2010
 - “L.M.R. vs Argentina”, CCPR/C/101/D/1608/2007, 28/04/2011
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): “Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica”, 2011. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOA-MERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf> Consulta: 03/09/2019.
- “Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 61, 22/11/2011.
 - Audiencia “Derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres en Argentina”, 168° Período de Sesiones, 3 al 11 de mayo de 2018.
- Consejo de Derechos Humanos: “Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal sobre Argentina”, A/HRC/37/5, 37° período de sesiones, 22/12/2017.
- Coomaraswamy, Radhika: “Informe de la ex Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, sobre la trata de mujeres, la migración de mujeres y la violencia contra la mujer”, E/CN.4/2000/68, 29/02/2000.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH): *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Fondo, reparaciones y Costas, sentencia del 29/07/1988.
- *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 16/11/2009.
 - *Caso Rosendo Cantú vs México*, Fondo, reparaciones y Costas, sentencia del 31/08/2010.
 - *Gelman vs Uruguay*, Fondo y Reparaciones, sentencia del 24/02/2011.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN): sentencia del 13/03/2012, “F.A.L. s/Medida Autosatisfactiva”, F259 XLVI.
- Deza, Soledad: “Acceso al aborto no punible: ciudadanía plena y derechos humanos que responsabilizan al Estado”, *La Ley*, 2012, AR/DOC/6221/2012.
- FUSA: “Abordaje en torno a los derechos sexuales y reproductivos. El Aborto En El Marco Legal Argentino y Los Derechos Humanos De Niñas,

- Adolescentes y Personas Con Discapacidad”, Disponible en: <http://grupofusa.org/2017/06/12/hojasinformativas/>. Consulta: 03/09/2019
- Gherardi, Natalia, Hoyos, Caminal y Gebruers, Cecilia: “Violencia sexual en las relaciones de pareja: el derecho al aborto y la aplicación de estándares internacionales de derechos humanos”. Disponible en: http://www.redaas.org.ar/archivos-actividades/Doc1_ViolenciaSexual_issn.pdf. Consulta: 03/09/2019.
- Informe sobre la situación del acceso al aborto en la República Argentina elaborado por diversos organismos de la sociedad civil para el cuarto informe periódico ante el Comité de la CEDAW, 65° período de sesiones, octubre de 2016. Disponible en: <https://www.defensorba.org.ar/micrositios/ovg/pdfs/Evaluacion-sobre-el-Cumplimiento-de-la-Convencion-para-la-Eliminacion-de-Todas-las-Formas-de-Discriminacion-contra-la-Mujer-CEDAW.pdf>. Consulta: 03/09/2019.
- Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI): “Declaración sobre la violencia contra las mujeres, niñas y adolescentes y sus derechos sexuales y reproductivos”, OEA/Ser.L/II.7.10 MESECVI/CEVI/DEC.4/14, 19/09/2014.
- Medina, Cecilia: “Derecho Internacional de los Derechos Humanos: manual de enseñanza”, Edit. Instituto Holandés de Derechos Humanos, Ámsterdam.
- Méndez, Juan: “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, A/HRC/22/53, 01/02/2013.
- Ministerio de Salud de la Nación: *Niñas y adolescentes menores de 15 años embarazadas. Abordajes institucionales desde los sistemas de salud, educación, justicia y protección de derechos de niñas niños y adolescentes en localidades seleccionadas de Salta, Jujuy, Catamarca, Santiago del Estero, Entre Ríos y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Informe de resultados de investigación*. Disponible en: <http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000001079cent-ninas-do-lescentes-menores-15-anos-embarazadas.pdf>. Consulta: 03/09/2019.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU): “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves al derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, A/RES/60/147, 2006.
- Planned Parenthood Global - O’Neill Institute for National and Global Health Law e Ibis Reproductive Health: “Vida Robadas: Un estudio multi-

país sobre los efectos en la salud de las maternidades forzadas en niñas de 9-14 años”. Disponible en: <http://ninasnomadres.org/wp-content/uploads/2016/11/PPFA-Stolen-Lives-Spanish-april-2016.pdf>. Consulta: 03/09/2019.

Ramón Michel, Agustina y Ariza, Sonia: “La legalidad del aborto en la Argentina”. Disponible en: <http://www.redaas.org.ar/archivos-actividades/129-LEGALIDAD%20DEL%20ABORTO%20-%20ARM%20y%20SA.pdf>. Consulta: 03/09/2019.

Šimonović, Dubravka: Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre violencia contra la mujer, Comunicado del 21 de noviembre de 2016 luego de su visita a la Argentina entre el 14 y 21 de noviembre de 2016. Disponible en: <https://ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20901&LangID=S>. Consulta: 03/09/2019.

El delito de trata de personas. Un examen a la luz del caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del caso “Rantsev” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Puntos de acuerdo y divergencias

*María Fernanda García**

Resumen

El presente trabajo pretende realizar un análisis respecto de las consideraciones efectuadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo subsiguiente TEDH) relativas al fenómeno de la trata de personas con fines de explotación y su vínculo con aquella esfera central de derechos que conforman el *jus cogens*. Asimismo, se analizarán las implicancias que esto tiene en el tratamiento de casos y en los estándares protectorios de ambos sistemas regionales –latinoamericano y europeo– para los Estados parte.

* Abogada graduada en la Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Maestranda en Derechos Humanos (UNLP): defensa pública de tesis en espera: “Construcción de nuevos sentidos jurídicos en torno al consentimiento, la autonomía y los derechos humanos, a la luz de las reformas en el delito de trata de personas con fines de explotación sexual”. Especialista en Derecho Penal (Universidad de Salamanca). Miembro de la Unidad Fiscal Federal de Derechos Humanos –Procuración General de la Nación–. Integrante del Proyecto de Investigación “Doctrina Penal Feminista” (Facultad de Derecho, UBA). Docente adscripta de la asignatura Historia Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). mfernandagarciacampos@gmail.com.

Del examen de los argumentos vertidos a la hora de resolver los asuntos sometidos a su estudio se intentará deducir límites y avances en la construcción de dichos estándares protectorios, tanto en materia penal como en materia de derechos humanos.

Palabras clave: Trata de personas, esclavitud, Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Estándares Internacionales.

The Crime of Trafficking in Persons. An Examination in Light of the Case “Workers of the Hacienda Brazil Verde” of the Inter-American Court of Human Rights and of the Case “Rantsev” of the European Court of Human Rights. Points of agreement and Divergences

Abstract

This paper aims to make an analysis regarding the considerations made by the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights regarding the phenomenon of trafficking in persons for the purpose of exploitation and their connection with that central sphere of rights that make up *jus cogens*. Also, the implications that this has in the treatment of cases and in the protective standards of both regional systems (Latin American and European) for the States parties will be analyzed.

From the examination of the arguments made when solving the cases submitted to their study we will attempt to deduce limits and advances in the construction of these protective standards, both in criminal and human rights matters.

Keywords: Trafficking in Persons, Slavery, Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, European Court of Human Rights, International Standards.

I. Introducción

El presente trabajo consiste en un análisis en relación a las consideraciones vertidas por la CIDH y el TEDH a la hora de resolver los casos

“Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde” y “Rantsev”. Pasa revista por los desarrollos efectuados en torno al fenómeno de la trata de personas con fines de explotación y la consecuente fijación de estándares protectorios de cara a las futuras resoluciones de conflictos.

Se intentará delinear los límites y los avances que estas sentencias implican en dicha construcción de estándares en materia penal y en materia de derechos humanos en general. Se pondrá el énfasis en aquellos aspectos en los que ambos tribunales han ahorrado esfuerzos en la explicación de determinados ejes que a nuestro criterio contribuyen a dimensionar de forma cabal las consecuencias de las violaciones alegadas.

En dicha tónica se desarrollarán algunos interrogantes y se ensayarán posibles respuestas con la intención de ampliar el campo de discusión en lo atinente al fenómeno de la trata.

Como se anticipó, el punto de partida lo constituye, por un lado, el fallo dictado por la CIDH en “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil” (20 de octubre de 2016). Es la primera ocasión en que dicho organismo se pronuncia respecto del trabajo esclavo en tanto fenómeno conglobante del trabajo forzoso, el sometimiento a servidumbre y la trata de personas con fines laborales.

Se declaró al Estado de Brasil responsable de la violación del artículo 6.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención”), en relación a 84 trabajadores y una trabajadora de la Hacienda Brasil Verde. Para ello, la Corte acudió a la figura de crimen de lesa humanidad bajo la cual encuadró los graves delitos cometidos, aplicándole en consecuencia el instituto de la imprescriptibilidad y habilitando la posibilidad de su estudio y juzgamiento.

Por otro lado, en el ámbito del derecho europeo el mojón está dado por la sentencia del TEDH en el caso “Rantsev c. Chipre y Rusia” (7 de enero de 2010). Constituye el primer antecedente jurisprudencial en que se abordó la trata de personas como parte de la prohibición del artículo 4 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en lo próximo, “el Convenio”).

En este precedente se puso de resalto la responsabilidad del Estado de Chipre por la violación de los artículos 2, 3, 4, 5 del Convenio y la de Rusia por la violación del artículo 4, en vinculación a una mujer de nacionalidad rusa víctima del delito de trata con fines de explotación sexual en territorio de Chipre.

En ambos casos las condenas coinciden en el análisis de la responsabilidad de estos Estados como principales obligados de velar por el efectivo goce de derechos y garantías por parte de las personas sujetas a su jurisdicción. Asimismo, coinciden en la gravedad y complejidad de los delitos involucrados, los cuales afectan normas de jus cogens.

Finalmente, cabe precisar la importancia de su estudio teniendo presente que no son sentencias recientes.¹ La misma radica en que ambos precedentes constituyen la primera ocasión en que tanto la CIDH como el TEDH se pronunciaron respecto del fenómeno de la trata. En el caso del organismo interamericano lo hizo abordándolo junto con el concepto de trabajo esclavo. Por su parte, el Tribunal Europeo por primera vez extendió el alcance de la prohibición del trabajo forzoso, la esclavitud y la servidumbre del artículo 4 a la trata de personas.

Pese a las limitaciones con que cuentan ambos resolutorios, las que en el transcurso del presente artículo se irán poniendo de resalto, lo cierto es que constituyen un mojón histórico en la interpretación del alcance de las obligaciones positivas de los Estados parte en ambos tratados internacionales. En ello reside el valor de su examen.

II. Primeras aproximaciones al concepto desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y desde una perspectiva de género

Definir la trata de personas con fines de explotación no resulta tarea sencilla debido a los múltiples derechos y garantías que lesiona, el gran número de actores que en la mayoría de los casos intervienen y la variada normativa internacional y local que regula el fenómeno.

La trata de personas como un proceso de dimensiones complejas es caracterizado, tanto en la esfera internacional como en la de numerosos países, como un delito que afecta diversos bienes jurídicos: la vida, la libertad personal, la integridad o la libertad sexual, entre otros.

1. El TEDH con posterioridad ha resuelto otros casos por violación al artículo 4 de la Convención. Algunos de ellos son “C.N. y V. c. Francia” (2012); “L.E. c. Grecia” (2016) y “C. y otros c. Grecia” (2017). La CIDH ha resuelto el caso “Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala” (2018) relativo a lo adopción ilegal de niños.

La socióloga española Ana María López Sala² ha ensayado una definición precisando que se trata de un proceso que se compone de tres elementos importantes:

- 1) Los actos criminales hacia las personas: reclutar o captar; transportar o trasladar; traspasar; alojar, guardar o acoger; recibir o adquirir.
- 2) Los medios empleados para cometer dichos actos: amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción; secuestro o rapto; fraude o engaños; abuso de poder o de una posición de vulnerabilidad; pagar u ofrecer beneficios a una persona que tiene el control o autoridad sobre otra persona.
- 3) Los objetivos (el propósito de la explotación y las diversas formas que adopta): explotar la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual; trabajos o servicios forzados; esclavitud o prácticas similares a la esclavitud; servidumbre; extracción de órganos.

Respecto a este último elemento, la autora menciona que si bien el Protocolo de Palermo³ realiza una enumeración de cinco formas en que puede presentarse la trata, la Oficina Europea de Policía (Europol) sostiene en un informe presentado a la Comisión Europea en el año 2007⁴ que las mismas pueden englobarse en tan solo dos tipos:

- a) La trata con fines de explotación sexual.
- b) Los trabajos forzosos.

El caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde” se incluye dentro del primer tipo, mientras que “Rantsev” constituye un precedente del segundo.

2. A. M. López-Sala, “Poblaciones-mercancía. Tráfico y trata de personas en España”, en *Colección Contra la Violencia de Género. Documentos*. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad de España, 2011, 13.

3. Nombre con el que se conoce al Protocolo Anexo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000 y que tiene el objeto de prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

4. Europol, “Trafficking in Human Beings in the European Union: an assessment manual”, Brussels, European Commission, 2007.

A su tiempo, Iglesias Skulj nos habla de “un proceso en que a la persona le es negada sistemáticamente su condición de tal” e intenta brindar una aproximación al concepto de trata: “el delito de trata busca impedir que la persona pueda ser cosificada. Desde un punto de vista positivo la dignidad, que queda comprometida cuando una persona es convertida en objeto, se completa conectándola tanto a la integridad –física, moral, sexual–, a la libertad individual, a la igualdad formal”.

Sostiene que “precisamente, porque el delito supone la vulneración de la esencia de la persona, la negación de su humanidad, debe reclamarse que la dignidad sea el bien jurídico protegido por este delito”.⁵

Más allá de las definiciones que puedan ensayarse queda de resalto que, lejos de ser una cuestión simple de abordar, se trata de un proceso que amerita un análisis coordinado desde las perspectivas de la dogmática penal, de derechos humanos y de género, a fin de intentar alcanzar un entendimiento lo más completo posible de este fenómeno.

El entrecruzamiento de estas perspectivas implica realizar un estudio de los comportamientos que configuran el tipo penal y del fin último de explotación, incluyendo las variables de género, clase, edad, nacionalidad y etnia. Asimismo, permite analizar las situaciones discriminatorias y de subordinación-dominación que afectan de forma exponencial a determinados sectores de la sociedad y que se traducen en el binomio de poder sujeto (tratante)-objeto (víctima de la trata). Sobre esto volveremos más adelante.

II.A. Regulación en el ámbito internacional

En el ámbito de Naciones Unidas contamos con numerosos instrumentos que abordan desde diversos enfoques la trata de personas con fines de explotación y que intentan brindar herramientas para un correcto tratamiento por parte de los Estados.

A los fines de avanzar con el desarrollo del presente trabajo solo se mencionará la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000 y su Protocolo Anexo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños

5. A. Iglesias Skulj, *La trata de mujeres con fines de explotación sexual*, Buenos Aires, Ediciones Didot (2014), pp. 287-288.

(Protocolo de Palermo). Ambos son los principales documentos de la actualidad que se encargan de la fijación de estándares protectorios en la materia. Su importancia a nivel internacional resulta indiscutida, siendo los primeros instrumentos internacionales vinculantes para los Estados parte, modelos de regulación en numerosos países.

El primero de ellos proclama como su principal objetivo –conforme el artículo 1– el promover la cooperación para prevenir y combatir de forma más eficaz la delincuencia organizada transnacional. Por su parte, el segundo de dichos documentos en su artículo 2 declara de forma más específica que su finalidad principal se encuentra constituida por los siguientes tres ejes:

- a) La prevención de la trata de personas, cuyas líneas de acción deben prestar especial atención a las mujeres y los niños.
- b) La protección, ayuda y asistencia a las víctimas de la trata, focalizando en el respeto y garantía de sus derechos humanos fundamentales.
- c) La promoción de la cooperación entre los Estados parte para lograr los fines antes expuestos.

A estos instrumentos específicos deben sumarse aquellos tratados y convenciones más generales que contribuyen a reforzar el arco protectorio. A modo de ejemplo se pueden señalar: la Declaración Universal de Derechos Humanos –artículo 4–; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –artículo 8.1–; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –artículos 6 y 7–; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) –artículo 6–; la Convención sobre los Derechos del Niño –artículos 34 y 35.

II.B. Ámbito europeo

En el año 1950 el Consejo de Europa sancionó el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950) cuyo objetivo central es concretar la unión entre sus miembros a través de la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

En lo atinente a la problemática aquí abordada en Europa existe la Convención sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos del año 2005 dictada por el Consejo de Europa (Convención de Varsovia). Este documento,

central en materia de protección frente a la trata, afirma que la misma es una violación de la dignidad e integridad humana al tiempo que reclama una mayor protección para las víctimas.

Asimismo, en el marco de la Unión Europea se han sancionado los siguientes documentos: la Acción común 96/700/JAI (1996) y la Acción conjunta 97/154/JAI (1997) destinadas a prevenir y combatir la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños y niñas; la Decisión Marco 2002/629/JAI (2002) que buscó contribuir a la cooperación judicial y policial entre los Estados y a una mayor coordinación en sus legislaciones; la Directiva 2011/36/UE (2011) que sustituyó a la anterior y colocó el foco en la atención de las víctimas y en la esfera de la prevención, con una marcada perspectiva de género; la Directiva 2004/81/CE (2004) relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata y cooperen con las autoridades competentes; el Plan de acción DO C 311/1 (2005) sobre las mejores prácticas, normas y procedimientos para combatir y prevenir la trata.

II.C. Ámbito latinoamericano

En América Latina y el Caribe no existe un tratado específico en la materia, como sí sucede en Europa con la Convención de Varsovia.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) viene a suplir dicho vacío normativo. Dispone en el artículo 6.1: “Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto estas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas”. Asimismo, en el inciso 2 dispone: “Nadie puede ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio”.

En lo atinente a este artículo, dicha norma debe leerse en conjunto con las prescripciones de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), instrumento regional específico en derechos de las mujeres. En su artículo 2.2 establece: “Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica [...] que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar”.

Finalmente, otro instrumento interamericano de relevancia en el presente es la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de

Menores que persigue la prevención y sanción del tráfico internacional de niños, niñas y adolescentes, teniendo como principio rector el interés superior del niño.

III. Breves comentarios sobre los hechos sometidos a estudio de ambos tribunales

III.A. Caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde”

En este caso se sometió a consideración de la Corte la situación de decenas de trabajadores que permanecieron en la Hacienda Brasil Verde en condiciones inhumanas y degradantes.⁶

En dicha hacienda ubicada al norte de Brasil, en el Estado de Pará, eran acogidas personas que habían sido captadas en estados vecinos (Maranhão, Tocantins, Piauí) y transportadas durante varios días en camiones, buses y trenes para ser afectadas a la junta de *juquira* (vegetación autóctona del lugar).

Las condiciones en que permanecieron allí fueron conocidas con exactitud a raíz de las sucesivas visitas a la hacienda realizadas durante los años 1988 a 2002 por representantes estatales. Asimismo, por los testimonios brindados por dos trabajadores que lograron escapar ante la Policía Federal y el Ministerio de Trabajo.

Se tomó conocimiento de que los trabajadores no tenían posesión de sus cédulas de trabajo (las habían entregado al gerente al llegar al lugar),

6. Cabe mencionar que junto con la situación de esclavitud de dichos trabajadores se sometió a consideración de la Corte la desaparición forzada de dos personas (Iron Canuto da Silva y Luis Ferreira da Cruz), quienes trabajaban en la hacienda. Si bien el objeto de este trabajo se circunscribe al análisis de lo resuelto en vinculación a las figuras de esclavitud, servidumbre y trata de personas, cabe aquí mencionar la conclusión de la Corte en este punto central en la denuncia. La CIDH concluyó que “el Estado no es responsable por las alegadas violaciones a los derechos a la personalidad jurídica, vida, integridad y libertad personal, contemplados en los artículos 3, 4, 5 y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los derechos del niño, establecidos en el artículo 19 del mismo instrumento, en perjuicio de Iron Canuto da Silva y Luis Ferreira da Cruz, ni de la violación de los artículos 8 y 25 del mismo instrumento en perjuicio de sus familiares” (párr. 434).

vivían en ranchos de madera con techo de lona, sin luz eléctrica y agua corriente, dormían hacinados en hamacas; los sanitarios se encontraban en muy mal estado entre la vegetación de lugar, la alimentación era escasa y de mala calidad, el agua que bebían no era apta para consumo humano, debían trabajar durante jornadas de doce horas con tan solo un descanso de media hora para almorzar, eran conducidos hasta el lugar de trabajo y recogidos al finalizar la jornada, las tareas eran efectuadas bajo amenazas de los encargados del lugar quienes portaban armas de fuego, en caso de enfermedad no recibían atención médica y se les descontaban los medicamentos de sus jornales.

Estas cuestiones dieron lugar a una primera denuncia realizada ante la Policía Federal en diciembre de 1988 por la Comisión Pastoral de la Tierra y la Diócesis de Conceição de Araguaia (organismos anexos a la Conferencia Episcopal Brasileña con amplio trabajo social en la zona) junto con familiares de dos trabajadores desaparecidos.

Luego de una segunda denuncia ante el Ministerio de Justicia en enero de 1989, en el mes de marzo de 1992 la Procuraduría General de la República decidió dar apertura a un proceso administrativo para investigar los hechos denunciados.

En el año 1997 se inició un proceso penal contra el empleador de trabajadores rurales por los delitos de trabajo esclavo, atentado contra la libertad del trabajo y tráfico de trabajadores, contra el gerente de la hacienda por los dos primeros de dichos delitos, y contra el propietario del establecimiento por frustración de derechos laborales. El proceso fue suspendido respecto del último de ellos en virtud de la baja pena en expectativa que estipula el Código Penal brasileño para el delito endilgado.

Luego de sucesivas declaraciones de incompetencias entre la justicia federal y la estadual, que llevaron a la dilación del proceso por casi siete años, en el 2007 el Superior Tribunal de Justicia indicó que el fuero federal era el pertinente para entender en el asunto. En el año 2008 el Ministerio Fiscal solicitó que se declarara extinta la acción penal por efecto de la prescripción, criterio receptado por el órgano de justicia que puso fin al proceso en dicho sentido.

III.A.1. Actuaciones ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el año 1998 la Comisión Pastoral de la Tierra y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Ce.J.I.L., siglas en inglés) presentaron el caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la “Comisión”).

Las conclusiones de la Comisión fueron rotundas: el Estado era responsable internacionalmente por la violación de los derechos contemplados en los artículos 5 (derecho a la integridad física), 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre), 7 (derecho a la libertad personal), 22 (derecho de circulación y residencia), 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 (obligación de los Estados de respetar derechos y libertades), en perjuicio de aquellos trabajadores de la hacienda hallados durante las sucesivas visitas. Asimismo, señaló que la aplicación de la prescripción al presente resultó lesiva del principio de acceso eficaz a la justicia ante casos de violaciones de derechos fundamentales (artículos 8.1 y 25.1) en vinculación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 (deber de los Estados de adoptar medidas positivas de derecho interno).

Asimismo, formuló recomendaciones específicas: concretar procesos de investigación relativos a las prácticas de trabajo esclavo de forma imparcial, efectiva y en plazos razonables, implementar políticas públicas (legislativas, judiciales, administrativas) para erradicar el trabajo esclavo en Brasil, velar por el cumplimiento de aquella normativa laboral que prescribe límites temporales a las jornadas laborales y el pago de salarios sobre la estricta base de la igualdad, adoptar medidas tendientes a erradicar la discriminación de índole estructural que conlleva el sometimiento a esclavitud y servidumbre, entre otras.

Luego de la ausencia de respuestas por parte de Brasil, la Comisión sometió el caso a estudio de la Corte para que considerara sus acciones y omisiones. Como fue adelantado, por primera vez resolvió dentro de sus facultades contenciosas aplicando el artículo 6.1 de la Convención. Sobre los alcances de esta sentencia volveremos más adelante.

III.B. Caso “Rantsev c. Chipre y Rusia”

Se originó con la demanda presentada el 26 de mayo de 2004 por el ciudadano ruso N. M. R. (padre de la víctima O. R.) ante el Tribunal Europeo, contra la República de Chipre y la Federación de Rusia, por imperio del artículo 34 del Convenio Europeo.

El demandante sostuvo que el Estado de Chipre debía ser responsabilizado por la violación de los artículos 2, 3, 4 y 5 de dicho convenio debido a la falta de investigación sobre las circunstancias de la muerte de su hija, la ausencia de castigo de los responsables y de protección adecuada a su hija mientras estaba viva. Asimismo, responsabilizó a Rusia por la violación del artículo 4 en virtud del fracaso de sus autoridades en el cuidado de su hija frente al riesgo de ser tratada y en la investigación de los hechos que concluyeron en su fallecimiento.

La cronología de los hechos fue la siguiente: O. R. viajó a Chipre a principios de marzo de 2001 para trabajar en un cabaret en Limmssol. Previo a ello, el dueño del establecimiento (el señor X. A.) solicitó una visa de “artista” y un permiso de trabajo para O. R. (otorgado por el Estado a mediados de marzo). Al llegar fue alojada en un departamento de X. A.

Días más tarde O. R. abandonó el departamento y el cabaret. En virtud de ello M. A. (hermano de X. A. y gerente del cabaret) informó lo sucedido a la Oficina de Migraciones con el fin de que la víctima fuera arrestada, deportada y él pudiera usar su visa con otra mujer. Pese a ello no se inició una búsqueda oficial de paradero.

A fines de marzo M. A. logró encontrar a O. R. y la condujo a una estación de policía para que fuese detenida, argumentando que se encontraba en condiciones de ilegalidad. Luego de que la Policía de Extranjería y Servicio de Inmigración sostuviera que la víctima no estaba infringiendo ninguna norma se procedió a entregarla en custodia a M. A., quien la condujo hasta el domicilio de una pareja de amigos. Horas más tarde O. R. fue hallada muerta en la vereda de dicho domicilio con signos de haber intentado escapar por el balcón.

Luego de iniciarse una investigación para dilucidar lo que había ocurrido, la Corte de Chipre en diciembre de 2001 declaró que O. R. había muerto en “circunstancias parecidas a un accidente, en el intento de escapar del apartamento en el que ella era una invitada. No hay evidencia presentada ante mí, que sugiera una responsabilidad criminal o una tercera persona involucrada en su muerte” (cf. pto. 41).

De forma paralela, al haber sido trasladado el cuerpo de O. R. a Rusia, se practicó una nueva autopsia a pedido del padre. Esta precisó que los “moretones, rupturas y heridas, así como [...] hemorragias, [...] indican, sin ninguna duda, que los traumas sucedieron mientras ella estaba viva, así como el hecho de que sucedieron no mucho antes de su muerte” (cf. pto. 44). De tal modo, el gobierno de la Federación Rusa instó a Chipre para “que los procedimientos penales fueran institucionalizados” con respecto a la muerte de O. R. y que “el demandante sea considerado como una víctima en los procedimientos” (cf. pto. 52).

El gobierno chipriota respondió que “sus propias conclusiones eran suficientes y que ninguna información suplementaria era requerida” (cf. pto. 67), lo cual fue avalado por el Ministerio de Justicia, que confirmó que la investigación se encontraba completa y que la misma había conducido a la conclusión de que la muerte fue resultado de un accidente (cf. pto. 78).

En la resolución del caso el TEDH tuvo en cuenta lo expuesto por el Defensor del Pueblo en un informe sobre el régimen de entradas al país de Chipre y el empleo como “artistas” de mujeres extranjeras (2003). Allí precisó que desde la década de 1970 se registra el ingreso de miles de mujeres jóvenes provenientes de contextos socio-económicos pobres con el fin de trabajar como artistas pero que en la realidad lo hacen como prostitutas. De negarse, sus explotadores las obligan a presentarse ante el Servicio de Extranjeros y la Subdivisión de Inmigración Distrital para rescindir la autorización laboral para permanecer en el país, operando un fácil reemplazo de mujeres a la vista de la esfera estatal. Identificó que desde Chipre son enviadas al Líbano, Siria, Grecia o Alemania (cf. pto. 86).

Dicho informe concluyó que “en las últimas dos décadas Chipre no ha sido el país de destino, sino un país de tránsito donde las mujeres son sistemáticamente promovidas al mercado de la prostitución. De ello se deduce también que esto se debe también en gran medida a la tolerancia por parte de las autoridades de inmigración” (cf. pto. 89).

En sintonía, el Informe del Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo Europeo de marzo del 2006 destacó que “aproximadamente 4.000 permisos (de artistas) son emitidos cada año, con 1.200 mujeres que trabajan en un momento dado y la mayoría de las mujeres proceden de Europa del Este” (cf. pto. 96).

III.B.1. Resolución del Tribunal

El TEDH ha considerado al Estado de Chipre responsable por la violación de los artículos 2 (derecho a la vida); 3 (prohibición de la tortura); 4 (prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado) y 5 (libertad y seguridad personales). Respecto de Rusia ha considerado que violó el artículo 4 a raíz del incumplimiento de sus obligaciones procesales para investigar supuestos de tráfico de personas para ser explotadas en otros países.

En lo atinente a la violación del artículo 2 consideró que se perfeccionó con la infracción del deber de investigar de forma eficaz la muerte de la víctima y no por la violación del derecho a la vida en sí mismo. Sobre ello volveremos más adelante.

Lo novedoso de la sentencia surge con el análisis de la responsabilidad de los Estados por la violación del artículo 4. El TEDH sostuvo que debe considerarse incluida a la trata de personas pese a que no se encuentra expresamente en el texto de la norma (cf. pto. 272), en el entendimiento de que el Convenio “es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales” (cf. pto. 277).

IV. Cuestiones relativas a la obligación de los Estados de garantizar el efectivo goce de derechos

Merece la pena detenernos en la obligación que pesa sobre los Estados en general, y sobre los vinculados en los casos analizados en particular, de garantizar el efectivo goce y ejercicio de los derechos de las personas bajo su jurisdicción.

En ambos precedentes se ha puesto de resalto dicha obligación y su incumplimiento por parte de Brasil, Chipre y Rusia. El deber de garantizar el efectivo goce de derechos aparece como un marco de contención general, es decir, como un punto de partida para analizar las alegadas violaciones.

La CIDH tuvo por probado que los hechos fueron cometidos en un contexto local de desigualdad estructural en el que miles de personas son sometidas a prácticas de trabajo esclavo, servidumbre y trata con fines de explotación a lo largo de todo el país, pero por sobre todo en la región norte. Esta situación generalizada, que trasciende los límites del propio asunto, fue el conducto para analizar la responsabilidad del Estado en tanto principal garante del efectivo goce de derechos. Respecto a la noción de desigualdad

estructural y los alcances del desarrollo efectuado por la Corte volveremos más adelante.

La actitud pasiva asumida desde el Estado fue lo que puso de resalto su responsabilidad internacional ya que, como ha dicho la CIDH en innumerables casos, no basta con la mera abstención de violar un derecho siendo imperiosa la adopción de medidas positivas tendientes a prevenir y subsanar violaciones de derechos que se suscitan en su territorio.⁷ Dentro de esta obligación de garante el Estado debe impedir que sus agentes, pero también terceros particulares, atenten contra los derechos y garantías fundamentales protegidas en las constituciones locales y en tratados internacionales de derechos humanos.

El artículo 1.1 del Pacto de San José constituye un compromiso de carácter general por medio del cual los Estados se obligan a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y a garantizar su libre y pleno ejercicio por parte de toda persona sin discriminación alguna. Esto último es lo que compele al Estado brasileño a adoptar medidas apropiadas y efectivas para erradicar estas prácticas de explotación, es decir, asumir una postura proactiva en los casos concretos en los que deba conocer, pero también de forma preventiva anticipándose a las violaciones, máxime cuando existe un probado contexto que hace prever futuras transgresiones.

Son estas obligaciones de prevención y garantía de ejercicio y goce de derechos las que permitieron a la Corte entrar a analizar la cuestión, sin importar que en el mismo hayan actuado terceros particulares. Lo que interesó a esa Corte es que el Estado con su falta de diligencia de algún modo generó las condiciones para que los hechos se sucedieran, para que el sometimiento a trabajo esclavo se produjera y reprodujera a lo largo del tiempo –recordemos que las primeras denuncias datan del año 1988.

Insistió en un concepto que ya había esbozado en otras oportunidades:⁸ la obligación general de los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos implica el adecuar su derecho y sus prácticas

7. Casos “Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia” (2006); “Gomes Lund y otros (Guerrilha Do Araguaia) vs. Brasil” (2010); “Wong Ho Wing vs. Perú” (2015), entre otros.

8. Casos “Velásquez Rodríguez vs. Honduras” (1988) –párr. 166 y 167–; “González y otras vs. México” (2009) –párr. 236–; “Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala” (2009) –párr. 234–; “Fernández Ortega y otros vs. México” (2011) –párr. 191–; “Rosendo Cantú y otra vs. México” (2011) –párr. 175–; entre otros.

internas a las disposiciones de la misma, conforme la manda de artículo 2 de la Convención. Ello implica que las medidas adoptadas en el ámbito local –sean legislativas, judiciales o ejecutivas– deben ser efectivas –principio del *effet utile*.

En el caso “Rantsev” el TEDH retomó sus propios argumentos vertidos en la sentencia “Siliadin c. Francia”.⁹ En aquel precedente confirmó que el artículo 4 implica una obligación positiva de los Estados miembros de sancionar y perseguir de manera efectiva cualquier acto destinado a mantener a una persona en situación de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso. Sin embargo, omitió expedirse respecto de otra grave problemática que afecta a grandes sectores de la sociedad: la trata con fines de explotación.

En el caso aquí analizado el Tribunal asumió dicha tarea, para lo cual utilizó como herramientas principales el Protocolo de Palermo y la Convención de Varsovia, los que “se refieren a la necesidad de un enfoque global de lucha contra esta, que incluya medidas para prevenirla y proteger a las víctimas, además de medidas para castigar a los traficantes” (cf. pto. 285). En este sentido, el Tribunal consideró que “además de las medidas penales para castigar a los tratantes, el artículo 4 exige a los Estados Miembro poner en práctica medidas adecuadas de regulación de las empresas que utilizan a menudo como una tapadera para el tráfico de personas” (pto. 284).

Más allá de dicha obligación local, y a diferencia del tribunal latinoamericano, resaltó otra obligación de carácter transfronteriza: el deber de cooperación entre distintos Estados frente a situaciones de trata internacional. Ello resulta necesario si se pretende adoptar un enfoque amplio frente a la trata, conforme las propuestas esgrimidas en el Preámbulo del Protocolo de Palermo (cf. pto. 289).

En analogía con el anterior caso, el Tribunal insistió en el conocimiento estatal de las violaciones de derechos que de forma sistemática se produjeron en su territorio. Sostuvo que “no cabe duda de que las autoridades chipriotas eran conscientes de que un número considerable de mujeres extranjeras, en particular de la ex-URSS, fueron objeto de trata a Chipre en los visados de artistas y a su llegada estaban siendo explotadas sexualmente por los propietarios y gestores de cabaret” (cf. pto. 294). Recordemos los informes del Defensor del Pueblo y del Comisionado para los Derechos Humanos

9. Caso “Siliadin c. Francia” (2005)

que dan cuenta de una problemática estructural que reconoce sus orígenes en prácticas arraigadas en el tiempo.

La inacción estatal en la toma de decisiones vinculadas a la prevención y a la persecución y castigo frente a las violaciones aludidas coloca al Estado ante una situación de clara responsabilidad internacional. Conforme el criterio del TEDH dicha responsabilidad encuentra su límite en el efectivo conocimiento que tengan los Estados de tales violaciones. “El Tribunal debe encontrar una violación de la obligación positiva de proteger la vida, hay que comprobar que las autoridades sabían o deberían haber sabido en el momento de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo [...] y que no tomó medidas en el ámbito de sus competencias que, a juzgar de manera razonable, se podría haber esperado para evitar ese riesgo” (cf. pto. 219). En el caso se tuvo por probado tal conocimiento.

V. Progresos en la materia

En el presente acápite se enunciarán puntos centrales de ambas sentencias que, a la luz de la normativa internacional ya citada, denotan un claro avance en la fijación de estándares protectorios en materia de derechos humanos en general y de trata de personas con fines de explotación en particular.

1. En ambos casos se trató de la primera condena por violación a la normativa internacional que protege a los seres humanos ante el flagelo de la trata con fines de explotación y de la esclavitud. En el primero se consideró la violación del artículo 6 de la Convención Americana, mientras que en el segundo se puso de resalto la violación al artículo 4 del Convenio Europeo.

Los precedentes determinaron que se encontraban en juego normas propias del llamado *jus cogens*.

El caso americano. Al ser la primera sentencia en que la CIDH resolvió dentro sus facultades contenciosas un asunto de trata de personas aplicando el artículo 6 de la Convención, utilizó dicha oportunidad para realizar un interesante desarrollo del mismo y fijar una novedosa jurisprudencia: caracterizó como norma de *jus cogens*¹⁰ la prohibición de la esclavitud y

10. Retoma el concepto de *jus cogens* de la Convención de Viena del año 1969 que en su artículo 53 lo define como norma o principio del derecho derivado del consenso general

como crímenes de lesa humanidad las graves violaciones a los derechos de los trabajadores de la hacienda.

Para ello retomó la letra del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional (2002) que en su artículo 7 prescribe aquellas conductas que se entienden como constitutivas de crímenes de lesa humanidad, entre las cuales se encuentra la esclavitud.

Entendió que la prohibición de la esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzoso y las prácticas análogas a la esclavitud son conceptos en permanente evolución: “Este concepto ha evolucionado y ya no se limita a la propiedad sobre la persona. Al respecto, la Corte considera que los dos elementos fundamentales para definir una situación como esclavitud son: i) el estado o condición de un individuo y ii) el ejercicio de alguno de los atributos del derecho de propiedad, es decir, que el esclavizador ejerza poder o control sobre la persona esclavizada al punto de anular la personalidad de la víctima” (párr. 269).

Esta base convencional habilitó el tratamiento de los hechos como parte de la esfera de graves crímenes contra la humanidad por la afectación de derechos fundamentales: personalidad jurídica del ser humano, integridad personal, libertad personal, dignidad, entre otras (cf. párr. 273).¹¹ Como consecuencia el tribunal declaró su imprescriptibilidad.

El caso europeo. “Rantsev” constituyó la primera ocasión en el sistema europeo en la que el Tribunal de Derechos Humanos resolvió aplicando el artículo 4 del Convenio para una situación de trata de personas con fines de explotación sexual, pese a que este no la contempla de forma expresa.

En el entendimiento de las implicancias que tendría dicho fallo, el TEDH insistió en una idea central: “Sus sentencias no solo sirven para decidir los casos presentados ante ella” sino que tienen vocación de “dilucidar, salvaguardar y desarrollar las normas instituidas por la Convención, contribuyendo así a la observancia por los Estados de los compromisos contraí-

de los Estados y de consecuente cumplimiento obligatorio por parte de ellos. Integrante de una categoría privilegiada que no admite excepción ni acuerdo en contrario.

11. En el apartado 306 de la sentencia, la Corte resaltó el carácter de pluriofensivo de este tipo de delito, inclinándose por la subsunción de todas estas afectaciones a diversos derechos en la figura del artículo 6 de la Convención.

dos por ellos como Partes Contratantes”. Continuó: “Aunque el propósito principal del sistema de la Convención es proporcionar ayuda individual, su misión es también determinar cuestiones por razones de orden público en el interés común, la elevación del nivel general de protección de los derechos humanos y ampliar la jurisprudencia en derechos humanos en toda la comunidad del Convenio” (cf. pto. 197).

De este modo, el Tribunal prestó especial atención al caso que debía resolver comprendiendo que se trataba de una manifestación clara de una problemática social, cultural y política arraigada a través de los años y que, a través de su resolución, tendría la oportunidad de esbozar principios de acción para poder llevar a cabo un concreto plan de lucha contra el flagelo de la trata.

Pese a que Rusia alegó que la demanda debía ser rechazada *ratione materiae* en virtud de que los hechos no encuadraban en la definición de trabajo forzado, servidumbre o esclavitud del artículo 4, el Tribunal acudió a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y a la Declaración Universal de los Derechos Humanos para poder sostener lo contrario. Con el argumento de que la Convención “es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales” (cf. pto. 277). De esta manera, produjo una ampliación de los alcances de la prohibición del artículo que actualizó el concepto de esclavitud de siglos atrás.

Concluyó que la trata “en el sentido del artículo 3 (a) del Protocolo de Palermo y en el artículo 4 (a) de la Convención de Lucha contra la Trata de Personas, está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4 de la Convención”.

La caracterización de crímenes de lesa humanidad que realizaron ambas cortes amerita efectuar algunas precisiones.

Como su nombre lo indica, son aquellos que afectan graves intereses de la humanidad en su totalidad. Entrañan las más graves violaciones de derechos humanos que, por su meridiana importancia, encuentran protección en la gran amalgama de tratados y convenciones internacionales de derechos humanos. En este sentido, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso “Prosecutor v. Drazen Erdemovic” sostuvo que “los crímenes contra la humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su

extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes contra la humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen contra la humanidad es el concepto de la humanidad como víctima”.¹²

En línea con ello, el Estatuto de Roma brinda una definición de crimen de lesa humanidad para lo cual prevé una serie de conductas que lo constituyen. Dentro de las mismas incluye la esclavitud: “El ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños” (conforme artículo 7).

Teniendo como Norte que la esclavitud es constitutiva de un crimen de lesa humanidad, resta mencionar aquellos indicadores que permiten detectarla. La lectura del Estatuto en conjunto con la enumeración de conductas efectuada en una primera instancia por el referido Tribunal para la ex Yugoslavia y luego por el Protocolo de Palermo pueden constituir una guía muy útil.

Dicho de otro modo, verificadas en los hechos las flagrantes violaciones a derechos personalísimos (restricción o control de la autonomía individual, la libertad de elección o la libertad de movimiento de una persona; ausencia de consentimiento o de libre albedrío de la víctima, o su imposibilidad o irrelevancia debido a la amenaza de uso de la violencia u otras formas de coerción, el miedo de violencia, el engaño o las falsas promesas, abuso de poder, la posición de vulnerabilidad de la víctima, explotación, exacción de trabajo o servicios forzosos u obligatorios), esta base convencional habilita el tratamiento de las mismas como parte de la esfera de graves crímenes contra la humanidad (cf. lo que sostuvo la CIDH en “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde”, párr. 273).¹³

La principal consecuencia de tipo “procedimental” que se deriva de esta categorización es la posibilidad de que los tribunales entiendan en el

12. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Caso “Prosecutor vs. Drazen Erdemovic”, Sentencia de 29 de noviembre de 1996, párr. 28.

13. En el apartado 306 del fallo, la Corte resaltó el carácter de pluriofensivo del delito de esclavitud, inclinándose por la subsunción de todas estas afectaciones a diversos derechos en la figura del artículo 6 de la Convención.

asunto más allá del tiempo transcurrido desde que se cometieron los hechos. La imprescriptibilidad de los crímenes cobra virtualidad.

En el caso analizado la CIDH insistió: “La esclavitud es considerada un delito de derecho internacional cuya prohibición tiene estatus de *jus cogens*”, motivo por el cual “la prescripción de la acción penal es inadmisibles” (párr. 412).¹⁴

2. Núcleo inderogable de derechos

Otra de las cuestiones más sobresalientes de ambos fallos analizados y que se desprende del anterior punto es la caracterización de inderogables –aun en caso de estado de urgencia/emergencia pública– de aquellos derechos y garantías protegidos por los artículos mencionados.

El caso americano. La CIDH realizó un análisis del artículo 27.2 de la Convención relativo al núcleo de derechos y garantías respecto de los cuales no rige la suspensión contemplada en el inciso 1. Ubicó la prohibición de la esclavitud del artículo 6 dentro de la esfera de los derechos esenciales a la condición humana que no pueden ser derogados.

En esa oportunidad la CIDH puso en práctica lo que ya venía desarrollando desde tiempo antes. En la Opinión Consultiva N°6 sostuvo que se trata de derechos que “no se pueden suspender, lo que es indicativo de la fuerza que ellos tienen en dicho sistema” (en alusión al sistema interamericano de derechos humanos). De igual modo lo hizo más tarde en la Opinión Consultiva N°9.

El caso europeo. El TEDH conceptualizó el delito de trata de personas como un crimen que afecta derechos y garantías fundamentales y que amerita especial atención por parte de los Estados y de la comunidad internacional en su totalidad. Sostuvo que el artículo 4 “consagra uno de los valores básicos de las sociedades democráticas que integran el Consejo de Europa. A diferencia de la mayoría de las cláusulas sustantivas de la Convención, el artículo 4 no establece excepciones y no obstante lo dispuesto es admisible con arreglo al

14. Para un mayor desarrollo al respecto remitió a lo resuelto con anterioridad en “Barrios Altos vs. Perú” (2001); “Almonacid Arellano vs. Chile” (2006); “Trujillo Oroza vs. Bolivia” (2002) y “Albán Cornejo y otros vs. Ecuador” (2007). En aquellas oportunidades se expidió en el sentido de no admitir figuras procesales como la prescripción para evadir la obligación de investigar y sancionar esta clase de delitos tan graves.

artículo 15.2, aun en el caso de una emergencia pública que amenace la vida de la nación” (cf. pto. 283). El mencionado artículo 15 del Convenio es el que legisla las derogaciones de derechos y garantías en ante un estado de urgencia.

En relación al núcleo duro se dice que otorga cierto realismo al conjunto de derechos humanos, ya que se trata de derechos que no son percibidos como privilegios concedidos por los Estados a las personas sino más bien como “demandas éticas de carácter pre legislativo derivadas de lo que se ha denominado ‘dignidad inherente de la persona humana’”.¹⁵ Es decir, constituyen prerrogativas que emanan de la condición humana en sí misma, independientemente de la actividad de los Estados. Esta nota de distinción los vuelve intangibles aun en casos de excepción.

La idea central que ambos tribunales recogieron al desarrollar los argumentos de las sentencias retomó estas nociones. La esclavitud, el trabajo forzoso, la trata de personas aparecen como conductas violatorias de un cúmulo de derechos que per se implican el deber de respeto más absoluto en cabeza de cada Estado.

3. La trata de personas como producto de la desigualdad estructural

El caso americano. Otra cuestión a resaltar es la caracterización que la Corte Interamericana efectuó en relación al entorno en el que se encontraban las personas sometidas a explotación. Consideró que se trataba de un contexto de desigualdad histórica y estructural que como tal aumentaba de forma exponencial las condiciones de vulnerabilidad y, en consecuencia, las posibilidades de quedar sujetos a dichas prácticas abusivas.

Por vez primera consideró la pobreza como parte de la prohibición de discriminación por la posición económica elevando notoriamente el estándar de protección en la materia. Consideró los complejos fenómenos de la esclavitud, el trabajo forzoso y la trata de personas como productos de un contexto de desigualdad estructural en el que la ausencia de políticas estatales resulta el factor determinante a la hora de su permanencia y profundización a lo largo del tiempo.

15. C. J. Zelada, “Algunas consideraciones a propósito del núcleo duro de los derechos humanos”, en *Revista de Derecho Themis*, 2004, 49, p. 266.

La propia Corte ha dicho que, conforme el estadio actual de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, el principio fundamental de igualdad y no discriminación se encuentra incluido en la órbita del *jus cogens* (cf. párr. 416).

Párrafo aparte merece el voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot. Al ser la primera vez que se consideró la pobreza como un componente de la prohibición de discriminación por posición económica y habiendo precisado que en el caso se trataba de una discriminación de tipo estructural-histórica, dicho magistrado consideró oportuno expedirse en la materia, sentando las bases para el futuro.

En primer lugar, al reconocer que los hechos discriminatorios fueron consecuencia de la posición económica de las víctimas, la Corte amplió el espectro de protección de los derechos reconocidos en la Convención introduciendo una nueva forma de entender el fenómeno de la pobreza, esto es, como parte de una categoría de protección especial.

Para ello, y en virtud de que la Convención Americana no brinda en su articulado una definición del concepto de discriminación, utilizó los lineamientos trazados por la propia Corte en jurisprudencia antecedente. Precisó que este concepto “se relaciona con: toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen 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 propiedad, 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”.¹⁶

Tomando esto como punto de partida, el magistrado sostuvo que la discriminación analizada en el presente caso cuenta con las características de sistemática e histórica porque reconoce sus raíces en la propia historia del país que, a través de leyes, políticas públicas y prácticas culturales generó desventajas comparativas para algunos grupos sociales al tiempo que otorgó privilegios para otros (cf. párr. 19 del voto razonado).

La pobreza leída como una condición estructural profundiza la noción de desigualdad. “Se caracteriza por la privación continua o crónica de los

16. Casos “Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador” (2015), párr. 253 y “Atala Riffo y niñas vs. Chile” (2012), párr. 81.

recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales”.¹⁷

Leer la discriminación de ciertos sectores sociales en virtud de la posición económica que ocupan abre paso al tratamiento de responsabilidades estatales por crear, propiciar y perpetuar acciones y omisiones que colocan a las víctimas en dicho lugar.

Otro punto interesante del voto es el desarrollo respecto de la interseccionalidad que caracteriza a la discriminación cuando además de la situación de pobreza media otra categoría como el género, la etnia, la raza. Confluyen de manera simultánea múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo que generan una forma específica de discriminación, que no puede ser explicada por la particularidad y especificidad del daño causado si se la estudia de forma aislada.

Con anterioridad la Corte ha dicho que “la interseccionalidad evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación. Ello activado visibiliza una discriminación que solo se produce cuando se combinan dichos motivos”.¹⁸ En otras palabras, las consecuencias sufridas por las víctimas en estos casos se agravan por ese *plus* en la condición de vulnerabilidad que padecen grupos históricamente discriminados por más de uno de los motivos prohibidos en la Convención Americana.¹⁹

Para concluir, el voto bajo análisis introdujo la distinción entre discriminación directa e indirecta, entendiéndolo que la segunda es aquella que se evidencia en los hechos cuando al aplicar normas o prácticas formalmente neutras se obtiene como resultado un impacto desproporcionado o desventajoso para cierto grupo poblacional en relación con otros (cf. párr. 78). Fe-

17. Definición adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en “Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: la pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, 2001, párr. 8. En idéntico sentido se expidió la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente las mujeres y niños en su Informe de 2014, párr. 12.

18. Caso “Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador” (2015), párr. 10.

19. En este sentido, la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, en su Informe de 2014 ha sostenido que las personas que se encuentran en situación de pobreza son más propensas a sufrir trata de personas. Párr. 12 y 17. f.

rrer Mac-Gregor Poisot entendió que la prohibición general de no discriminación debe contemplar este tipo de distinciones *de facto*, lo que conlleva a analizar si nos encontramos frente a personas en situación de discriminación estructural, más allá de que en el plexo normativo del Estado existan normas que reconozcan y garanticen sus derechos.

El caso europeo. Pese a que el TEDH no efectuó un desarrollo tan profundo en la materia, sí entendió que el exponencial crecimiento del fenómeno que incluye la trata de personas “ha sido facilitado por el colapso de antiguos bloques comunistas” (cf. pto. 278). De este modo, asumió que las condiciones de posibilidad de fenómenos que entrañan tan graves violaciones a derechos humanos –para el caso, la trata con fines de explotación– son el producto de desequilibrios sociales, políticos y económicos que no solo facilitan su existencia, sino que hasta pueden llegar a promoverlos.

Lo atendible en este punto es que ambos tribunales se encargaron de referirse a la situación de desigualdad estructural que atraviesan determinados sectores sociales desde antaño y que conlleva de manera indefectible graves situaciones de marginación y discriminación en razón de su posición socio-económica.

Esta noción que se desarrolla en el presente acápite se vincula con la mencionada obligación general de los Estados de garantizar la existencia de condiciones de vida dignas. Un deber estatal tan amplio puede manifestarse a través del dictado de políticas legislativas y judiciales tendientes a que se investiguen, juzguen y sancionen estos graves crímenes. Pero también puede ponerse en marcha a través de la implementación de políticas públicas integrales de carácter preventivo que conduzcan a erradicar la desigualdad estructural existente y a reducir las posibilidades de que determinados sectores queden atrapados en complejos entramados de abusos.

Siguiendo al jurista Roberto Saba, por igualdad estructural se entiende aquella que incorpora en su análisis datos históricos y sociales que dan cuenta del sometimiento y exclusión sistemática que padecen amplios sectores de la sociedad. A raíz de la presencia de estas variables los derechos enunciados en pactos internacionales se vuelven meras proclamas, “no como consecuencia de la ‘desigualdad de hecho’, sino como resultado de una situación de exclusión social o de sometimiento de estos grupos por otros que, en forma sistemática y debido a complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias, desplazan a mujeres, discapacitados,

indígenas u otros grupos de personas de ámbitos en los que ellos se desarrollan o controlan”.²⁰

Esta noción estructural considera relevante la situación de una persona particular en tanto integrante de un grupo sistemáticamente excluido y sojuzgado –visión sociológica–, por contraposición a aquella de raíz individualista que solo contempla una visión descontextualizada de la situación de cada individuo. Pone énfasis en aquellas prácticas que de forma directa e indirecta segregan y consolidan el *statu quo* de marginación.

El principio de no discriminación contemplado en el artículo 1 de la Convención Americana y el artículo 14 del Convenio Europeo tiene por objeto impedir que las decisiones estatales, pero también decisiones de terceros particulares, se realicen sobre la base de tratos arbitrarios fundados en prejuicios y estigmas de grupos de personas, imposibilitando que se profundice la segregación antes aludida.

Conforme lo desarrollado por Saba, nos encontramos ante dos conceptos de igualdad que se debaten: la igualdad como no discriminación y la igualdad como no sometimiento. No se pretende tachar de errónea e imprecisa a la primera de ellas, pero sí lograr ver sus limitaciones a la hora de abordar casos como el presente e intentar articularla con aquellas premisas que puntualizan en las estructuras trascendentes de lo individual.

En ambos precedentes ha quedado de resalto lo desproporcional de la afectación de los derechos de una parte de la población que se encontraba sometida a una situación de pobreza económica y a la ausencia de recursos simbólicos y materiales de los cuales valerse para poder salir de dicho lugar.

VI. Interrogantes que surgen del estudio de ambas sentencias. Consideraciones finales

Si bien la resolución de ambos casos redundó en la ampliación del espectro protectorio por parte de ambos tribunales conforme los alcances expuestos, lo cierto es que del análisis de ambos precedentes surgieron cuestiones interesantes de atender en miras a contribuir a un mayor desarrollo de dicho paraguas de protección.

20. R. Saba, “(Des)igualdad estructural”, en *Revista Derecho y Humanidades*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2005, 11, p. 126.

1. “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde”, por tratarse de un caso de explotación laboral, constituyó una clara condición de oportunidad para que la CIDH se expidiera respecto de los alcances y limitaciones del artículo 26 relativo a los derechos económicos, sociales y culturales. Si bien numerosos derechos de los considerados “civiles” se encontraban en franca vulneración, no por eso deben pasarse por alto las violaciones a numerosos derechos mencionados por la Convención en el artículo 26. El delito de trata de personas y el de sometimiento a esclavitud entrañan –tal como se expuso al inicio del presente artículo– la afectación de un universo de bienes e intereses personalísimos que también abarcan a los derechos económicos, sociales y culturales.

La CIDH se ha pronunciado sobre el carácter jurídico y obligatorio de las obligaciones impuestas por dicho artículo en el caso “Cinco Pensionistas vs. Perú” del año 2003, pero en aquella ocasión no falló por la violación autónoma de dicha norma. Asimismo, desestimó los argumentos de la Comisión Interamericana relativos a la violación del artículo 26 en el entendimiento de que las mismas ocurrirían solo cuando un acto estatal de alcance general afecta a la totalidad de la población o cuando las víctimas son representativas de la situación general del goce de los DESC dentro de un Estado.

Pese a contar con una herramienta importantísima como lo es el Protocolo de San Salvador –instrumento regional específico en materia de DESC existente desde el año 1988–, la CIDH recién en el año 2017 dictó la primera sentencia²¹ declarando la violación directa de un derecho social. Hasta entonces los había considerado justiciables tan solo de manera indirecta o por conexidad con ciertos derechos civiles y políticos protegidos en la Convención. Inauguró la justiciabilidad directa del artículo 26 en la jurisprudencia de la Corte.

En el año 2018 enriqueció aún más el desarrollo efectuado hasta ese momento en ocasión de resolver los casos “Poblete Vilches y otros vs. Chile” y “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”. En el último de ellos declaró por primera vez la violación a la obligación de progresividad del artículo en relación al derecho a la salud.

El estado de la cuestión que plantean estos precedentes hace prever que en el futuro la CIDH pueda avanzar hacia el establecimiento de estándar

21. Se trató de la sentencia “Lagos del Campo vs. Perú”.

dares novedosos en materia de trata y se pronuncie de manera autónoma sobre el contenido de determinados DESC cuyas violaciones se vinculan de manera estrecha con la problemática.

2. Otro interrogante es el relativo a la oportunidad de resolver el caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde” también en vinculación con la manda del artículo 24 de la Convención que contempla el principio de igualdad ante la ley. La Corte en el apartado 334, luego de remarcar que los representantes en su escrito de alegatos no habían fundado de manera debida la inclusión de dicho artículo, discriminó entre las implicancias del artículo 1.1 y el artículo 24 para concluir que no debía aplicarlo.

En lo atinente al primero de ellos dijo “si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1 punto 1 y el derecho sustantivo en cuestión”. Mientras que para el segundo sostuvo: “Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención”.

Teniendo en cuenta ello, y a la luz del concepto de discriminación estructural mencionado, cabría preguntarnos por la oportunidad de aplicar el artículo al presente caso a fin de robustecer el marco de protección ante situaciones de graves violaciones a derechos humanos como las aquí analizadas.

La conclusión del tribunal respecto de que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación han ingresado en el dominio del *jus cogens* (cf. párr. 416) lleva a sostener que ante una situación de transgresión de normas tan trascendentales debe tenderse a la ampliación del espectro protectorio. Habilitar la lectura del caso a la luz de las prescripciones de los artículos 1, 6 y 24 de la Convención permite dimensionar de forma adecuada las consecuencias de las violaciones alegadas y las consecuentes obligaciones estatales.

3. Finalmente, en lo atinente a la sentencia de la CIDH, resulta llamativa la ausencia de un análisis con perspectiva de género, máxime cuando una de las víctimas fue una mujer. A la luz de las prescripciones de la Convención de Belém do Pará –redactada en el año 1994 en territorio del propio Brasil– resulta evidente el impacto diferencial de las graves violaciones

analizadas en las mujeres y sus subjetividades. Omitir la referencia a ello implica efectuar un examen del caso no ajustado a la realidad que viven las mujeres a lo largo de todo el mundo.

Resultan ilustrativas las conclusiones a las que arribó la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el informe “Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. Tendencias 2018”. Conforme este documento, a nivel mundial las mujeres tienen menos probabilidades de participar en el mercado de trabajo, sufriendo un déficit de participación de más de 26 puntos porcentuales respecto de los hombres.²²

Pero si nos abocamos al objeto de la presente investigación podemos mencionar el reporte global de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (U.N.O.D.C., siglas en inglés) sobre tráfico de personas para el año 2018. Dicho organismo concluyó que, de la totalidad de personas traficadas con fines de explotación, el 49% fueron mujeres, el 23% niñas, el 7% niños y el 21% varones.²³

Llama la atención dicha omisión si se observa el amplio desarrollo que ha concretado la CIDH en materia de derechos de las mujeres. El primer caso internacional sobre violencia de género que resolvió fue “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú” (2006). Allí interpretó la Convención a la luz de las prescripciones de Belém do Pará otorgándole plena jurisdicción sobre las violaciones llevadas a su estudio e inauguró la posibilidad de que otras mujeres víctimas de violencias puedan ejercitar sus derechos frente a la Corte bajo la protección de la mencionada convención.

Continuó avanzando en esa dirección en “González y otras vs. México (Campo Algodonero)” y “Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala”, ambos del año 2009, y en “Rosendo Cantú y otra vs. México” del 2010.

En la paradigmática sentencia de Campo Algodonero se refirió a la obligación de tipo reforzada que tienen los Estados a la hora de intervenir en casos de violencia de género: “Ante un acto de violencia contra una mujer, resulta en particular importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuen-

22. Organización Internacional del Trabajo, “Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. Tendencias 2018”, 2018, p. 25.

23. Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, “Reporte global sobre tráfico de personas”, 2018, p. 25.

ta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección” (párr. 193). Más adelante afirmó que “los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres [...] Todo esto debe tomar en cuenta que, en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará” (párr. 258).

Luego de un extenso tratamiento, llegó a una conclusión que puede explicar la insistencia del presente trabajo en imprimir una perspectiva de género a la resolución del caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde”: “La impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia” (párr. 400).

4. En “Rantsev” la falta de abordaje particularizado de la violación del artículo 2 de la Convención relativo al derecho a la vida es otro punto llamativo. En dicha oportunidad se consideró su transgresión en vinculación con la infracción del deber de investigar de manera eficaz por parte de un Estado y no por la violación del derecho a la vida en sí mismo.

Identificó la finalidad de la investigación con la de asegurar la efectiva aplicación de las leyes internas que protegen el derecho a la vida (cf. pto. 232). El no haber llevado a cabo una pesquisa de los hechos con celeridad, imparcialidad y eficacia hizo que por vía indirecta Chipre sea responsable por la violación del derecho comprendido en el artículo 2. En otras palabras, el TEDH condenó al Estado por la violación de la norma en su faz procesal y rechazó el planteo en relación a su ámbito material.

Argumentó su posición de la siguiente forma: “Aunque no se discute que las víctimas de la trata y la explotación son a menudo obligadas a vivir y trabajar en condiciones crueles y pueden sufrir violencia y malos tratos a manos de sus empleadores, en ausencia de indicios concretos en el caso particular, el riesgo general de los malos tratos y la violencia no puede constituir un riesgo real e inmediato para la vida” (pto. 222). Más allá de eso, sí constató la concurrencia de una violación de procedimiento relativa al fra-

caso de las autoridades chipriotas a realizar una investigación efectiva sobre la muerte (pto. 242).

En asuntos posteriores donde halló responsabilidad estatal por la violación del artículo 2 en su aspecto material, el Tribunal profundizó el análisis respecto de los alcances del mismo. En la sentencia “İlbeyi Kemaloğlu y Meriye Kemaloğlu c. Turquía” del año 2012 sostuvo que el artículo 2.1 exige al Estado no solo abstenerse de quitar la vida de forma intencional e ilícita de las personas dentro de su jurisdicción, sino también tomar medidas apropiadas para salvaguardarla (pto. 32). “Así, por ejemplo, y en lo que respecta a la policía, el Tribunal ha señalado que las autoridades tienen el deber de proteger la vida de un individuo cuando se sabe, o debiera haberse sabido dadas las circunstancias, que estaba en peligro real e inmediato por los actos delictivos de un tercero” (pto. 33).

Para el Tribunal no todo riesgo a dicho bien supone que las autoridades deban tomar medidas operativas para prevenir la materialización de una violación conforme el Convenio. Para que se origine una obligación positiva debe poder establecerse que las autoridades tenían conocimiento o debieron conocer la existencia de un peligro real e inmediato para el mismo y pese a ello no tomaron medidas en el marco de sus competencias.

En “Selahattin Demirtaş v. Turquía” (2015) el Tribunal agregó a dichos argumentos que, conforme el carácter de fundamental del derecho protegido por el artículo 2, “basta con que el demandante demuestre que las autoridades no hicieron todo lo que de modo razonable podía esperarse para evitar un riesgo real e inmediato para la vida que conocían o debían haber conocido” (pto. 9).

Apartarse de estos argumentos y no considerar en particular la violación del valor vida en casos como el presente donde surge notoria la inacción de autoridades chipriotas frente a los padecimientos sufridos por la víctima que culminaron en el resultado muerte, es demostrativo de un análisis fragmentado de la realidad. Inclinarsse por soluciones similares a las posteriores sentencias del TEDH contribuye a ampliar el espectro protectorio del que hablábamos a comienzos de este acápite.

5. Como consecuencia de considerar que el Estado de Chipre no violó el artículo 2 de la Convención en su faz material, el TEDH consideró que Rusia tampoco lo había hecho. Asimismo, eximió de responsabilidad a este último Estado en relación con la violación del derecho a la vida en su ver-

tiente procesal, es decir, el deber de llevar a cabo una investigación efectiva sobre las circunstancias de la muerte de la víctima.

Pese a que el TEDH otorga carácter de transfronteriza a la obligación de cooperación entre distintos Estados frente a la trata internacional (cf. pto. 289), no ocurrió lo mismo con la obligación de garantizar una investigación oficial efectiva ante la violación del artículo 2. En este sentido sostuvo “[...] el Tribunal no considera que el artículo 2 establece que las leyes penales de Estados miembros establezcan la jurisdicción universal en casos relacionados con la muerte de uno de sus nacionales” (cf. pto. 244).

Lo que merece la atención es que se sostuvo esa ausencia de responsabilidad aun en un asunto como el presente en el que se consideró que la violación a dicho artículo estaba vinculada de manera intrínseca con la infracción al deber de investigar de forma eficaz por parte de un Estado, pasando por alto que el padre de la víctima solicitó en varias oportunidades que las autoridades rusas tomaran testimonio a dos mujeres de esa nacionalidad que –conforme el peticionante– tenían la posibilidad de aportar pruebas y estas le respondieron que previo a ello necesitaban una autorización por parte de Chipre (cf. pto. 69).

6. Idéntica crítica corresponde hacer respecto de la negativa de realizar un análisis autónomo de la violación al artículo 3 relativo al derecho que tiene toda persona a no ser sometida a torturas. En este punto el Tribunal efectuó un razonamiento un tanto complejo. Por un lado, sostuvo que no existieron pruebas en el caso que dieran cuenta de que la víctima fue sometida a maltratos antes de su muerte, mientras que por otro lado afirmó: “Sin embargo, es claro que el uso de la violencia y el maltrato de las víctimas son características comunes de la trata [...]. El Tribunal considera que, en la ausencia de denuncias concretas de maltratos, todo trato inhumano o degradante sufrido por la Srta. R. antes de su muerte estaba relacionado de forma intrínseca con el supuesto tráfico y la explotación”.

La complejidad del razonamiento residió en que, pese a que resaltó el carácter intrínsecamente abusivo y violento de la trata de personas, terminó concluyendo que “no es necesario examinar por separado el artículo 3 de la denuncia y se ocupará de las cuestiones generales planteadas en el contexto de su examen de la reclamación del demandante en virtud del artículo 4 de la Convención” (cf. pto. 252).

Hubiera resultado interesante que el TEDH se expidiera en los términos en que lo hizo con posterioridad al tratar el asunto “El-Masri c. Ex-República

Yugoslava de Macedonia” (2012). Allí refirió que el artículo 3 “consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas. No prevé excepciones, en lo que contrasta con la mayoría de cláusulas normativas del Convenio, y según el artículo 15.2 no se presta a derogaciones, ni siquiera en caso de peligro público que amenace la vida de la nación” (pto. 195). En el presente solo hizo mención a la excepción del artículo 15.2 en vinculación al artículo 4, omitiendo brindar igual tratamiento al artículo 3.

En consonancia con lo antes expuesto se refirió a la esfera de prevención: “En relación con el artículo 3, la obligación que el artículo 1 del Convenio impone a las Altas Partes Contratantes de garantizar, a toda persona dependiente de su jurisdicción, los derechos y las libertades consagrados por el Convenio, exige de ellos que adopten medidas para impedir que tales personas sean sometidas a torturas o tratos inhumanos o degradantes, incluso los infligidos por particulares. Se compromete la responsabilidad del Estado cuando las autoridades no adoptan las medidas necesarias para impedir la materialización de un riesgo de malos tratos que conocían o tenían que haber conocido” (pto. 198).

En el caso bajo estudio operó de nuevo una pérdida de oportunidad del Tribunal de expedirse respecto con los alcances e implicancias del complejo fenómeno de la trata. Nombrar los hechos conforme su naturaleza puede contribuir a la fijación de estándares que faciliten la detección de graves violaciones a derechos humanos para la persecución y castigo de sus responsables, pero también para la prevención y reducción de los riesgos de que acontezcan en un futuro.

7. Para finalizar, si bien queda claro que se trató de una sentencia paradigmática conforme los alcances ya explicados, el TEDH omitió realizar un desarrollo pormenorizado del tipo de trata de personas. En este punto se limitó a señalar: “A la luz de la proliferación de la trata y de las medidas adoptadas para combatirla, la Corte considera conveniente en el presente caso, para examinar la medida en que la trata en sí puede ser considerada contraria al espíritu y la finalidad del artículo 4 de la Convención, que entre dentro del ámbito de aplicación de las garantías ofrecidas por dicho artículo, sin la necesidad de evaluar cuál de los tres tipos de comportamientos prohibidos sea” (cf. pto. 279).

Continuó: “El Tribunal considera que la trata de seres humanos, por su propia naturaleza y finalidad de la explotación, se basa en el ejercicio de las

competencias de los atributos del derecho de propiedad. Se trata a los seres humanos como mercancías que se compran y se venden y son sometidos a trabajos forzosos, no solo se les paga poco o nada en la industria del sexo, sino también en otros lugares. Esto implica una estrecha vigilancia de las actividades de las víctimas, cuyos movimientos son a menudo limitados. Esto implica el uso de la violencia y las amenazas contra las víctimas, que viven y trabajan en malas condiciones” (pto. 281).

Aquí reiteramos la crítica efectuada a la CIDH en relación a lo estratégico de confeccionar un análisis del artículo 26 de la Convención Americana en el caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde”. Al ser la primera ocasión en la que el Tribunal Europeo se expidió respecto del delito de trata de personas en los términos del artículo 4, hubiera resultado interesante que realizara una explicación más extensa de dicha problemática, sus alcances, implicancias y consecuencias, sentando criterios para la resolución de futuras contiendas.

Por ser un precedente de trata de mujeres con fines sexuales hubiera enriquecido el cuerpo de la sentencia el hecho de que concrete un desarrollo de las particularidades y diferencias de la trata con dichos fines y la trata con fines laborales. Si bien ambas confluyen en la idea central del ejercicio de atributos del derecho de propiedad sobre una tercera persona –lo cual fue remarcado en el fallo–, lo cierto es que los tipos de explotación difieren de manera significativa en sus alcances materiales y simbólicos. Caben las reflexiones de la Corte Interamericana relativas a la evolución del concepto que ya no se limita al ejercicio del derecho de propiedad sobre una persona siendo necesario prestar atención a otros elementos contextuales presentes en cada caso (cf. párr. 269).

El delito de trata de personas contempla un elemento subjetivo especial consistente en la finalidad de explotación. Cuando esta se produce con fines sexuales se asocia de forma indefectible al concepto de sexualidad de las personas y en particular de mujeres y niñas, quienes en una amplia mayoría conforman el universo de víctimas de esta clase de delitos. En el mencionado informe de la U.N.O.D.C. del año 2018 se constató que el 87% de las víctimas mujeres fueron tratadas con fines de explotación sexual, porcentaje que se reduce de manera exponencial en el caso de varones: un 10% del total de víctimas de esta clase fue tratado con fines de explotación sexual.²⁴

24. Organización Internacional del Trabajo, “Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. Tendencias 2018”, 2018, p. 35.

Esto último se entrelaza con aquella deficiencia en la inclusión de un análisis de género en el desarrollo del fallo. Un estudio pormenorizado de este tipo hubiera permitido resaltar las situaciones discriminatorias y de subordinación-dominación que afectan de forma exponencial a las mujeres conforme se expuso en relación a la sentencia de la CIDH. Puede resultar de suma utilidad en esta tarea acudir a las herramientas que brinda la CEDAW, instrumento específico en materia de garantías y derechos frente a las violencias contra las mujeres,²⁵ así como a las recomendaciones efectuadas por su Comité.

En oportunidad de la Recomendación General N°33 el Comité sostuvo que “la discriminación contra la mujer, sobre la base de los estereotipos de género, la estigmatización, las normas culturales dañinas y patriarcales y la violencia basada en el género, que afectan particularmente a las mujeres, tienen efectos adversos sobre la capacidad de estas para obtener acceso a la justicia en pie de igualdad con los hombres. Además, la discriminación contra la mujer se ve agravada por factores interseccionales que afectan a algunas mujeres en diferente grado o de diferente forma que a los hombres y otras mujeres. Las causas de la discriminación interseccional o compuesta pueden incluir la etnia y la raza, la condición de minoría o indígena, el color, la situación socioeconómica y/o las castas, el idioma, la religión o las creencias, la opinión política, el origen nacional, el estado civil y/o maternal, la localización urbana o rural, el estado de salud, la discapacidad, la propiedad de los bienes y el hecho de ser mujeres lesbianas, bisexuales, intersexuales. Estos factores interseccionales dificultan a las mujeres pertenecientes a esos grupos el acceso a la justicia”.²⁶

Continuó con una idea de plena aplicabilidad al caso “Rantsev” y que podría haber sido útil para que el TEDH resolviera en los términos aquí sugeridos: “El Comité ha documentado muchos ejemplos de los efectos negativos de las formas interseccionales de discriminación sobre el acceso a la justicia, incluidos los recursos ineficaces, para grupos específicos de mujeres. Las mujeres que pertenecen a esos grupos suelen no denunciar la violación de sus derechos a las autoridades por temor a ser humilladas, estigmatizadas, arrestadas, deportadas, torturadas o sometidas a otras formas de violencia contra ellas, incluso

25. Es de notar que ambos Estados adhirieron a la misma en los años 1981 (Rusia) y 1985 (Chipre).

26. Comité CEDAW, “Recomendación General N°33 sobre Acceso a la Justicia”, 2015, párr. 8.

por los oficiales encargados de hacer cumplir la ley. El Comité ha observado también que, cuando las mujeres de esos subgrupos plantean reclamaciones, las autoridades con frecuencia no actúan con la debida diligencia para investigar, enjuiciar y castigar a los perpetradores y/o aplicar medidas correctivas”.²⁷

Finalmente, en la Recomendación General N°19 el Comité efectuó precisiones específicas en materia de trata. En dicha ocasión insistió en que la pobreza y el desempleo aumentan las oportunidades para el tráfico de mujeres y remarcó que el mismo es incompatible con la igualdad de derechos y con el respeto a la dignidad de las mujeres ya que las coloca en situaciones especiales de riesgo de sufrir violencia y malos tratos.²⁸

Intentar incorporar todas estas herramientas implica adoptar una perspectiva aguda por parte del TEDH a la hora de resolver casos como el aquí analizado, lo que llevará a comprender el carácter diferencial de las violaciones alegadas en cabeza de mujeres.

8. A manera de conclusión, cabe agregar que las consideraciones e interrogantes aquí planteados fueron elaborados en el entendimiento de que resulta indispensable realizar una lectura de las consecuencias de las violaciones alegadas en ambos casos vis à vis con las obligaciones estatales que surgen de la Convención Americana y del Convenio Europeo. De este modo, es necesario que quienes tienen la responsabilidad de fijar parámetros de protección de derechos fundamentales, lo hagan bajo el estricto apego al respeto del ideal de justicia social que lleva intrínseco el concepto de dignidad humana.

Bibliografía

Libros

Bourdieu, P.: *La dominación masculina*, Barcelona, Editorial Anagrama S.A (2000 e. o., 1998).

Despentes, V.: *Teoría King Kong*, Santa Cruz de Tenerife, Editorial Melusina S.L. (2007, e. o.: 2006).

27. *Ibid.*, p. 10.

28. Comité CEDAW, “Recomendación General N°19 sobre la violencia contra la mujer”, 1992, párr. 15.

- Federici, S.: *Cáliban y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*, Buenos Aires, Tinta Limón (2^a ed., 2015, e. o.: 2004).
- Foucault, M.: *Historia de la Sexualidad. El uso de los placeres*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores. (2^a ed., 2016 e. o.: 1984).
- Iglesias Skulj, A.: *La trata de mujeres con fines de explotación sexual*, Buenos Aires, Ediciones Didot (2014).
- Jeffreys, S.: *La industria de la vagina. La economía política de la comercialización global del sexo*. Buenos Aires, Paidós (2011, e. o.: 2009).
- Nino, C. S.: *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea (2^a ed., 2017, e. o.: 1984).

Artículos

- Abramson, K.: “Más allá del consentimiento, hacia la salvaguarda de los derechos humanos: la implementación del Protocolo contra la Trata de Personas de la Organización de las Naciones Unidas”, en Di Corleto, Julieta (comp.), *Justicia, género y violencia*, 2010.
- Bernstein, E.: “What’s Wrong with Prostitution? What’s Right with Sex Work? Comparing Markets in Female Sexual Labor”, en *Hastings Women’s L. R.*, 1999, 10.
- Chuang, J. A.: “Rescuing Trafficking from Ideological Capture: Prostitution Reform and Anti-Trafficking Law and Policy”, en *University of Pennsylvania Law Review*, 2010, 158.
- Daich, D.: “¿Abolicionismo o reglamentarismo? Aportes de la antropología feminista para el debate local sobre la prostitución”, en *RUNA FFyL - UBA*, 2012, 23.
- Dworkin, A.: “Why Men like Pornography & Prostitution so Much”, International Trafficking Conference, Nueva York, 1989.
- Heim, D.: “La prostitución a debate: el abolicionismo desde la perspectiva de la defensa de los derechos de las trabajadoras sexuales”, 2006.
- Iglesias Skulj, A.: “Prostitución y explotación sexual: la política criminal del control del cuerpo femenino en el contexto de las migraciones contemporáneas (el caso de España)”, en *Investigaciones. Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 2012, 16.
- Larrandart, L.: “Control social, derecho penal y género”, en Haydée Birgin (comp.), *El género del derecho penal: las trampas del poder punitivo*, 2000.

- López-Sala, A. M.: “Poblaciones - mercancía. Tráfico y trata de personas en España”, en *Colección Contra la Violencia de Género. Documentos*. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad de España, 2011, 13.
- Mackinnon, C. A.: “Conferencia Tráfico, Prostitución y Desigualdad”. Bihar, India, 2009.
- “Rape redefined”, en *Nordiskt Forum*. Malmö, Suecia, 2014.
- Ortner, S.: “¿Es la mujer con respecto al hombre lo que la naturaleza con respecto a la cultura?”, en Harris y Young (comps.), *Antropología y feminismo*, 1979.
- Pérez Hernández, Y.: “Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género”, en *Revista Mexicana de Sociología*, 2016, 78.
- Rodríguez, M. V.: “Tramas de la prostitución y la trata con fines de explotación sexual”, en *Investigaciones. Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 2012, 84.
- Saba, R.: “(Des)igualdad estructural”, en *Revista Derecho y Humanidades*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2005, 11.
- Satz, D.: “Markets in Women’s sexual labor”, en *Ethics the University of Chicago Press*, 1995, 106.
- Sotelo, F.: “La explotación económica de la sexualidad: sus problemas y cómo combatirlos. Una crítica luego de una década de políticas abolicionistas”, en Di Corleto, Julieta (comp.), *Género y justicia penal*, 2017.
- Zelada, C. J.: “Algunas consideraciones a propósito del núcleo duro de los derechos humanos”, en *Revista de Derecho Themis*, 2004, 49.

Jurisprudencia

- Cabe aclarar que las sentencias que aquí se detallan son aquellas respecto de las cuales se ha utilizado algún fragmento expreso, no abarcando las que únicamente fueron mencionadas a lo largo del presente trabajo.
- CIDH: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 20 de octubre de 2016, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, Serie C N°318.
- CIDH: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 16 de noviembre de 2009, *Caso González y otras vs. México (“Campo Algodonero”)*, Serie C N°205.
- TEDH: Sentencia de Juzgamiento, Sentencia del 07 de enero de 2010, *Caso Rantsev c. Chipre y Rusia*, Demanda N°25965/04.

TEDH: Sentencia de Juzgamiento, Sentencia del 10 de abril de 2012, *Caso İlbeyi Kemaloğlu y Meriye Kemaloğlu c. Turquía*, Demanda N°19986/06.

TEDH: Sentencia de Juzgamiento, Sentencia del 23 de junio de 2015, *Caso Selahattin Demirtaş v. Turquía*, Demanda N°15028/09.

TEDH: Sentencia de Juzgamiento, Sentencia del 13 de diciembre de 2012, *Caso El-Masri c. Ex-República Yugoslava de Macedonia*, Demanda N°39630/09.

Informes

Comité CEDAW: “Recomendación General N°19 sobre la violencia contra la mujer”, 1992.

— “Recomendación General N°33 sobre Acceso a la Justicia”, 2015.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: la pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, 2001.

Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad: “Observación General N°3 sobre Mujeres y niñas con discapacidad”, 2016.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Opinión Consultiva N°6 sobre la expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, 1986.

— “Opinión Consultiva N°9 sobre garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, 1987.

Europol: “Trafficking in Human Beings in the European Union: an assessment manual”, Brussels: European Commission, 2007.

Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito: “Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos”, 2008.

— “Reporte global sobre tráfico de personas”, 2018.

OIT: “Informe Combatendo o trabalho Escravo Contemporâneo: o exemplo do Brasil”, 2010.

— “Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. Tendencias 2018”, 2018.

Relatoría Especial sobre la Trata de Personas especialmente Mujeres y Niños: “Informe Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género”, 2006.

— Informe para la Asamblea General de Naciones Unidas, 2014.

Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCAs. El camino de la justiciabilidad directa: de “Lagos del Campo” a “Asociación Lhaka Honhat”

*Julieta Rossi**

Resumen

Este trabajo tiene por propósito analizar la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. En particular, se propone revisar la evolución de la jurisprudencia contenciosa en este campo. Para ello se identificarán y analizarán distintas etapas de este camino hasta llegar a la justiciabilidad directa de los DESCAs, que comienza en el caso “Lagos del Campo c. Perú” y continúa hasta el caso “Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”. En estos casos, la Corte IDH, en un giro respecto de su jurisprudencia anterior, declaró violado de forma autónoma el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. A su vez, se plantearán ciertos desafíos que surgen en el camino interpretativo adoptado por la Corte teniendo principalmente en cuenta las dimensiones normativas de estos avances, pero también aspectos fácticos y políticos vinculados a la situación del continente americano. Esperamos que

* Abogada argentina por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho por la Universidad de Nueva York. Doctoranda en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa). Directora de la Maestría en Derechos Humanos de la UNLa y profesora investigadora de la misma universidad. Profesora Adjunta de la Facultad de Derecho de la UBA en la materia Derecho Internacional de los Derechos Humanos (CPO); julietarossio@gmail.com.

estos avances significarán un paso adelante para las condiciones de posibilidad del acceso efectivo de muchas personas, en particular en América Latina, al conjunto de derechos sociales fundamentales que son la precondition de una vida autónoma, en libertad, dignidad e igualdad.

Palabras clave: DESCA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Justiciabilidad directa. Artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Turning Point in the Jurisprudence on Economic, Social, Cultural and Environmental Rights of the Interamerican Court on Human Rights. The Path of Direct Justiciability: from “Lagos del Campo” to “Asociación Lhaka Honhat”

Abstract

This article has the aim of analyzing the performance of the Interamerican Court on Human Rights in the protection of economic, social, cultural and environmental rights. In particular, it will revise the evolution of its contentious jurisprudence in this field. For that, different phases in this path towards direct justiciability will be identified and examined: from the case “Lagos del Campo c. Perú” to “Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”. In these cases, the Court in a change of direction regarding its previous case law, declared the autonomous violation of article 26 of the American Convention on Human Rights. At the same time, we will assess the normative challenges of this evolution as well as factual and political challenges related to the economic and social situation of the American continent. We hope this turning point will improve access for victims, particularly in Latin America, to fundamental social rights that are a precondition of an autonomous life in freedom, dignity and equality.

Keywords: Economic, Social, Cultural and Environmental Rights, Interamerican Court on Human Rights, Direct Justiciability, Article 26 of the American Convention on Human Rights.

I. Introducción

En épocas recientes ha habido grandes avances en el campo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (derechos sociales o DESCAs) en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), tanto por parte de la Corte Interamericana (Corte IDH) como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).¹ Son desarrollos para aplaudir ya que permiten augurar una mayor protección a las víctimas del continente americano (en particular en América Latina) que se encuentran severamente privadas del goce de derechos sociales básicos e imposibilitadas de llevar adelante una vida autónoma en condiciones de libertad e igualdad. Ello, además, en una región que demanda urgentemente un enfoque de derechos a cuestiones de pobreza, exclusión social y discriminaciones profundas por sexo, género, edad, etnia, ubicación geográfica, condición socioeconómica, entre los motivos más relevantes.

Al cierre de este artículo, el mundo atraviesa una de las pandemias más extendidas de los últimos tiempos y la garantía de los derechos humanos, y de los derechos sociales en especial, se encuentra en el centro de esta situación de gravedad inusitada. No estamos únicamente ante una crisis sanitaria sino que el mundo experimenta una severa crisis de derechos humanos; se

1. En este sentido, recientemente se creó la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (RED-DESCA) y se puso en marcha el sistema de monitoreo del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) por parte del Grupo de trabajo creado al efecto. En su labor de monitoreo, este Grupo ha sentado las bases para su trabajo a través del desarrollo de indicadores de progreso de los derechos sociales contenidos en el Protocolo. En este sentido, véase Grupo de Trabajo para el Análisis de los Informes Anuales previstos en el Protocolo de San Salvador, *Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador"*, segunda edición, Washington, Organización de los Estados Americanos, 2015. Sobre el tema en general, véase Pautassi, Laura, "Indicadores de Progreso para Medir Derechos Sociales: un nuevo escenario para las políticas públicas en América Latina", en Muñoz-Pogossian, B. y A. Barrantes (eds.), *Más derechos para más gente. Equidad e inclusión social: superando desigualdades hacia sociedades más inclusivas*. Organización de Estados Americanos, Desarrollo e inclusión social. Washington, DC, 2016.

hallan en juego los derechos a la salud, al trabajo y a disponer de un ingreso que permita condiciones dignas de existencia, el derecho a un hábitat digno y a una vivienda adecuada, el derecho de circulación y residencia, las libertades individuales, el derecho a vivir una vida libre de violencias, con impactos diferenciales y más perjudiciales en grupos en situación de vulnerabilidad, como las personas adultas mayores, las personas con discapacidad, las personas privadas de libertad, las personas migrantes y refugiadas, las personas en situación de pobreza, las mujeres, las personas LGBTI, la niñez y las poblaciones afrodescendientes y comunidades indígenas, entre otros.

La pandemia ha desnudado la fragilidad de un mundo cuya matriz de funcionamiento necesita ser urgentemente reestructurada, poniendo a las personas y sus derechos fundamentales en el centro de las preocupaciones y acciones.

América Latina es la región más desigual del mundo, con muy elevados niveles de pobreza y de pobreza extrema, que según los datos más actuales de la CEPAL rondan en un 30% y en un 10% respectivamente para el año 2018 y con proyecciones en aumento para el año 2019,² y donde los niveles de pobreza son mayores entre las mujeres, los niños y jóvenes, las personas adultas mayores, los pueblos indígenas, los afrodescendientes y las personas con discapacidad. A su vez, según el mismo organismo, las perspectivas para los años venideros en los países en desarrollo y en América Latina en particular son extremadamente negativas.³

En este contexto, los órganos del SIDH y en general, los órganos y procedimientos de derechos humanos deberán estar a la altura de las circunstancias. La Corte IDH abordó las consecuencias de la pandemia por Covid-19 en los derechos humanos en la Declaración 1/20: Covid-19 y Derechos Humanos donde postula que los problemas y desafíos producidos por la pandemia deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales.⁴ En sentido similar la Comisión Interamericana

2. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Panorama Social de América Latina 2019, diciembre de 2019, disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44969/5/S1901133_es.pdf.

3. CEPAL, América Latina y el Caribe ante la pandemia del Covid-19: efectos económicos y sociales, abril de 2020, disponible en <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45337-america-latina-caribe-la-pandemia-covid-19-efectos-economicos-sociales>

4. Declaración disponible en http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf

na de Derechos Humanos emitió la resolución 1/2020, Pandemia y Derechos Humanos en las Américas⁵ con una serie de recomendaciones donde los DESCAs y los grupos en situación de vulnerabilidad tienen un lugar destacado.

Cabe resaltar que los avances en esta materia ocurridos en el SIDH durante los últimos años resultan propicios para dar una respuesta pertinente para afrontar la crisis de gravedad inusitada en materia de derechos humanos, y en particular de derechos sociales básicos que se cierne sobre la región, a raíz de las consecuencias profundamente negativas de la pandemia en las condiciones económicas, sociales y en algunos países, en la situación política también.

En este contexto convulsionado e incierto, se abordará la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH en el campo de los DESCAs en el entendimiento de que el giro de la Corte hacia la justiciabilidad directa podrá significar un paso adelante para las condiciones de posibilidad del acceso efectivo de muchas personas, en particular en América Latina, al conjunto de derechos sociales fundamentales que son la precondition de una vida autónoma, en libertad, dignidad e igualdad.

Los desarrollos recientes protagonizados por la Corte IDH y la CIDH constituyen, además, un mensaje potente hacia las víctimas y organizaciones de la región, así como para los otros órganos del sistema, incluso para la OEA en el sentido de que a partir de ahora los DESCAs serán objeto de atención prioritaria y adquirirán un lugar de centralidad en su agenda de promoción y protección.

Para ello se identifican y analizan distintas etapas en esta evolución hasta llegar a la justiciabilidad directa de los DESCAs. A su vez, se plantean ciertos desafíos que surgen en el camino interpretativo adoptado por la Corte teniendo principalmente en cuenta las dimensiones normativas de estos avances, pero también aspectos fácticos y políticos vinculados a la situación de severa desigualdad y exclusión social que presenta el continente americano.

II. Breve panorama. De “Lagos del Campo vs. Perú” a “Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”

Si tuviéramos que sintetizar la actuación de la Corte en materia de protección de DESCAs desde su creación hace cuarenta años, podemos afirmar

5. Adoptada el 10 de abril de 2020 y disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

que ha sido limitada, si tomamos en cuenta en particular, la utilización directa de la normativa del sistema que recoge estos derechos en el SIDH.⁶ Pero, además, la garantía de los derechos sociales de los habitantes del continente no ha estado en el centro de la agenda de los órganos del sistema.

En los últimos diez años este proceso comienza a revertirse y de modo más central desde el año 2017, a partir de la sentencia dictada en el caso “Lagos del Campo”,⁷ donde por primera vez la Corte IDH responsabilizó a un Estado por la vulneración del artículo 26 de la CADH de manera autónoma, en relación con derechos laborales y reiteró su competencia para conocer y resolver controversias al respecto.⁸

La doctrina de este caso fue luego continuada en casos posteriores: “Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú” (2017),⁹ “San Miguel Sosa vs. Venezuela” (2018),¹⁰ “Poblete Vilches vs. Chile” (2018),¹¹ “Muelles Flores vs. Perú” (2019),¹² “Hernández vs. Argentina”,¹³ “Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú”¹⁴ y muy recientemente en

6. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana sobre Derechos Humanos y Protocolo de San Salvador.

7. Corte IDH, “Lagos del Campo vs. Perú”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017.

8. Sobre el caso “Lagos del Campo”, véase E. Ferrer Mac-Gregor; M. Morales Antoniazzi; R. Flores Pantoja, *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018.

9. Corte IDH, “Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú”. Sentencia de 23 de noviembre de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

10. Corte IDH, “San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela”. Sentencia de 8 de febrero de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas).

11. Corte IDH, “Poblete Vilches y otros vs. Chile”. Sentencia de 8 de marzo de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

12. Corte IDH, “Muelles Flores vs. Perú”, Sentencia del 6 de marzo de 2019 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

13. Corte IDH, “Hernández vs. Argentina”. Sentencia de 22 de noviembre de 2019 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

14. Corte IDH, “Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú”. Sentencia de 21 de

el caso “Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”.¹⁵ También avanzó importantes consideraciones en esta materia en la Opinión Consultiva 23/2017 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos.¹⁶ Si bien las discusiones sobre la vía jurídica para abordar las vulneraciones a derechos sociales continúan en el seno de la Corte IDH, lo cierto es que la doctrina de la justiciabilidad directa parece no admitir vuelta atrás. En la actual integración, los jueces Vio Grossi, Sierra Porto y Pérez Manrique¹⁷ mantienen que la CADH no ofrece plafón para la justiciabilidad directa a través de la aplicación de su artículo 26. No obstante, razones de seguridad jurídica de cara a las víctimas como de legitimidad de la propia Corte IDH deberían impedir que una nueva mayoría circunstancial cambie la postura y tire por la borda progresos que se han demorado décadas.

En estos casos la Corte abordó vulneraciones a distintos derechos sociales: derechos laborales (“Lagos del Campo”, “Trabajadores Cesados de Petroperú y otros”,¹⁸ “San Miguel Sosa”),¹⁹ derecho a la salud (“Poblete Vilches”, “Cuscul Pivaral”, “Hernández”), derecho a la seguridad social (“Muelles Flores”) y derechos al ambiente, al agua, a la alimentación adecuada y

noviembre de 2019 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

15. Corte IDH, *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, Sentencia del 6 de febrero de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas).

16. Corte IDH, Opinión consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 23, Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

17. Corte IDH, “Asociación Lhaka Honhat”, cit., voto parcialmente disidente del juez Pérez Manrique, párrs. 2 y 3. Allí el juez reconoce explícitamente el debate existente en el seno de la Corte acerca de la vía normativa para abordar violaciones a los derechos sociales.

18. En el caso la Corte la responsabilidad del Estado por la violación del derecho al trabajo (artículo 26 de la Convención) en relación con el derecho de acceso a la justicia.

19. En el caso la Corte responsabilizó al Estado por la violación del derecho al trabajo (artículo 26 de la Convención) en relación con los derechos a la participación política, a la libertad de expresión y de acceso a la justicia, así como con el principio de no discriminación.

a la identidad cultural como componente del derecho a la participación en la vida cultural (“Lhaka Honhat”). También en el caso “Poblete Vilches” la Corte IDH se pronunció por primera vez sobre el derecho a la salud de las personas adultas mayores en relación con la obligación de igualdad y no discriminación en su faceta sustantiva²⁰ y en el caso “Cuscul Pivaral” aborda y aplica el concepto de discriminación interseccional, noción que incorpora en el caso “Gonzáles Lluy vs. Ecuador” (2015).²¹

Sin embargo, no sería correcto afirmar que el tribunal no tuvo actuación alguna a través de otras vías y dispositivos jurídicos hasta tomar el camino de la justiciabilidad autónoma. En efecto, la Corte optó por ingresar al análisis de denuncias de vulneraciones a derechos sociales a través de la vía de la conexidad con los derechos civiles y políticos, en muchos casos realizando una interpretación en clave social, igualitaria y extensiva de estos derechos, por ejemplo del derecho a la propiedad privada para el caso de los pueblos indígenas, o abordando violaciones a derechos sociales por vías indirectas, por ejemplo a través del derecho a la tutela judicial efectiva, la igualdad y no discriminación y el acceso a la información o por vía de conexidad con los derechos a la integridad personal y a la vida.²² Si bien ciertas

20. Para un análisis en detalle de este caso, véase M. Aldao y M. L. Clérico, “El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos. El caso Poblete Vilches y el examen de (in) cumplimiento de las obligaciones impostergables y no ponderables” y L. Ronconi, “Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH y llegaron, ¿para quedarse?” en M. Morales Antoniazzi y M. L. Clérico (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, Instituto de Estudios Comparados del Estado de Querétaro, Querétaro, 2019.

21. Corte IDH, caso “Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador”, Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

22. En este sentido y entre los más recientes, cabe citar; caso “Suárez Peralta vs. Ecuador”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de mayo de 2013; caso “Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de septiembre de 2015; caso “I.V. vs. Bolivia”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2016. Sobre el uso de esta vía indirecta de protección de derechos sociales por la Corte IDH, véase O. Parra Vera, *Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ante el Sistema Interamericano*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011 y C. Courtis, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en C. Cour-

dimensiones de los derechos sociales fueron protegidas en casos específicos y en algunos casos en forma vigorosa como el derecho a la propiedad comunitaria de la tierra y a los recursos naturales de los pueblos indígenas (a través del derecho a la propiedad privada, artículo 21, CADH), lo cierto es que esta vía no ha resultado suficiente, en particular en el marco de un continente fuertemente desigual y con altísimos niveles de pobreza y de pobreza extrema.

Aunque no es el objeto de esta sección desentrañar las razones de este comportamiento, puede afirmarse brevemente que se conjugaron múltiples factores, como el contexto histórico de la evolución del SIDH, el tipo de denuncias efectuadas en el sistema en las primeras décadas de su existencia vinculadas a violaciones graves y masivas de derechos civiles y políticos ocurridas en el continente que demandaban respuestas prioritarias así como el tratamiento desigualitario y degradado que los derechos sociales recibieron en el sistema internacional de protección de derechos humanos en general (sistema universal, sistema europeo, sistema interamericano), entre otros. Adicionalmente, un motivo indudable de relevancia que explica el comportamiento del sistema en general y de la Corte IDH en particular, es el panorama normativo deficiente, ambiguo y desbalanceado si se lo compara con el de los derechos civiles y políticos, que presenta tanto la CADH, como el Protocolo de SS en materia de DESC y ambos en conjunto.

En efecto, la CADH presenta solo una norma aislada, el artículo 26 (frente a los artículos 3 al 25 que protegen derechos civiles y políticos); al igual que en PIDESC en el ámbito universal, el artículo 26 prevé deberes amplios y ambiguos como la obligación de los Estados de adoptar medidas de manera progresiva y de acuerdo con los recursos disponibles en cada Estado para lograr la plena efectividad de los derechos, a través de la cooperación y asistencia internacionales.

Por otro lado, con relación a qué derechos protege, el artículo 26 no ofrece un catálogo preciso y definido sino que refiere a aquellos que “se derivan de

tis, D. Hauser y G. Rodríguez Huerta (comps.), *Protección internacional de los derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005. Sobre casos sobre derecho a la salud resueltos por la Corte IDH por conexidad con otros derechos, véase O. Parra Vera, “La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en L. Clérico, L. Ronconi y M. Aldao (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

los normas económicas y sociales y en materia de educación ciencia y cultura de la Carta de la OEA”. Adicionalmente, cabe resaltar que aun cuando el Protocolo de San Salvador es más explicativo y desarrollado en términos de los derechos que protege, presenta limitaciones respecto del sistema de denuncias individuales, en tanto lo habilita solo para dos derechos (educación y derechos sindicales). Por último, cabe mencionar que el Protocolo de San Salvador tiene un menor nivel de ratificación si se lo compara con el de la CADH.²³

III. El camino hacia la justiciabilidad directa de los DESCAs: las tres etapas de la jurisprudencia de la Corte IDH

El recorrido emprendido por la Corte IDH hacia la justiciabilidad directa a partir del uso de la normativa específica sobre DESCAs ha sido fuertemente impulsado desde la academia y el activismo de la región.

En este camino podemos identificar distintas etapas: 1) una primera etapa donde la Corte IDH despliega una interpretación errónea del artículo 26 de la CADH, que de todas formas no tiene efectos concretos en tanto queda como una hermenéutica a nivel teórico sin aplicación práctica; 2) una segunda etapa en la que la Corte supera y rectifica esa interpretación equivocada del artículo 26 y reencauza correctamente su línea hermenéutica y; 3) una tercera etapa, reciente, donde la Corte finalmente asume el camino de la justiciabilidad directa de los derechos sociales a partir de una interpretación expansiva de las posibilidades de la norma del artículo 26, aunque esta vía no implica limitar la aplicación simultánea de derechos civiles y políticos, cuando ello corresponda.

1. Primera etapa: errónea interpretación y aplicación dubitativa del artículo 26 (2003-2009)

En la primera etapa, se puede identificar una aplicación errónea y dubitativa, poco clara, sin suficiente respaldo argumental ni doctrinario del artículo 26 de la CADH.²⁴ Al desarrollar su posición, la Corte tampoco tuvo

23. Información disponible en <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos4a.htm>

24. Véase C. Courtis, “Capítulo III, Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 26. Desarrollo Progresivo”, en Steiner, Christian, y Uribe, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

en cuenta los desarrollos producidos hasta ese momento en el sistema universal, en particular la labor del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC), órgano de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), quien para esa fecha había producido y sentado las bases de la interpretación de las obligaciones centrales del pacto, similares a las contenidas en la CADH.

El caso “Cinco Pensionistas vs. Perú” (2003)²⁵ ejemplifica esta primera etapa. Allí se alegaba que Perú había adoptado medidas de carácter regresivo con relación al derecho a la seguridad social, así como la violación del derecho a la propiedad y a la tutela judicial efectiva, en tanto el Estado había modificado arbitrariamente el monto de las pensiones de las víctimas y luego no dio cumplimiento a los pagos ordenados en las sentencias judiciales de las acciones de garantía interpuestas por aquellas. Allí la CIDH incluyó un reclamo específico en base al artículo 26. La Corte analizó el caso a partir de los derechos a la propiedad y a la protección judicial y abordó la alegación respecto de la violación del artículo 26 de la CADH sobre la obligación de progresividad y no regresividad, pero la desestimó.

En una hermenéutica muy cuestionada, determinó que el deber de desarrollo progresivo y no regresivo solo podía medirse con relación a la totalidad de la población y no solo respecto de un grupo de personas que consideró “no representativo” de la situación general.²⁶ La mayoría de la Corte sostuvo allí que la progresividad “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, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativo de la situación general prevalecte”.²⁷

25. Corte IDH, “Cinco Pensionistas vs. Perú”. Sentencia del 28 de febrero de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas).

26. Corte IDH, “Cinco Pensionistas vs. Perú”; cit., párr. 147; véase al respecto, C. Christian, “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los ‘Cinco Pensionistas’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Mexicana de Derecho Público* N°6, ITAM, Departamento de Derecho, 2004. Sobre la obligación de progresividad en general, véase C. Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto-CEDAL-CELS, Buenos Aires, 2006.

27. Corte IDH, Caso “Cinco Pensionistas vs. Perú”, cit., párr. 147.

Este criterio parecía reducir las posibilidades de justiciabilidad de los derechos sociales únicamente a situaciones de carácter general y resultó ampliamente criticada.²⁸

En contraposición a esta postura, los jueces Roux Rengifo y Sergio Ramírez emitieron votos particulares. Las críticas se resumen en que esta postura reduce las posibilidades de justiciabilidad de los DESCAs a vulneraciones de carácter general, a afectaciones comprensivas de la mayoría de la población, cuando el sistema de denuncias se halla habilitado para reclamos individuales o grupales. En suma, tal como lo expresó el voto razonado del juez Roux Rengifo: si el análisis de violaciones a los derechos sociales se subordina a una escala nacional, la justiciabilidad es vía muerta porque la Corte no tiene competencia para llevar a cabo análisis generales de este tipo.²⁹

Otro caso de esta etapa es “Yean y Bosico v. República Dominicana” (2005)³⁰ donde la condición de descendientes de personas haitianas había privado a las niñas víctimas del acceso a la nacionalidad, al nombre y a la personalidad jurídica en violación al deber de no discriminación y esta situación, además, había privado a una de ellas del derecho a la educación. La Corte reconoce explícitamente en sus consideraciones la privación que sufrió Violeta Bosico de su derecho a la educación³¹ y lo deriva del deber del

28. Cfr. C. Courtis, “Luces y Sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia del caso ‘Cinco Pensionistas’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Mexicana de Derecho Público* N°6, ITAM, Departamento de Derecho, 2006.

29. Expresó el juez: “...el razonamiento según el cual solo sería procedente someter al test del artículo 26 las actuaciones de los Estados que afectan al conjunto de la población, no parece tener asidero en la Convención, entre otras razones porque la Corte Interamericana no puede ejercer -a diferencia de lo que ocurre con la Comisión- una labor de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos, ya sean los civiles y políticos, ya sean los económicos, sociales y culturales. El Tribunal solo puede actuar frente a casos de violación de derechos humanos de personas determinadas, sin que la Convención exija que estas tengan que alcanzar determinado número”.

30. Corte IDH, “Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”, sentencia de 8 de septiembre de 2005.

31. Corte IDH, “Niñas Yean y Bosico”, cit. Allí el tribunal Corte considera que “la vulnerabilidad a que fueron expuestas las niñas, como consecuencia de la carencia de nacionalidad y personalidad jurídica, para la niña Violeta Bosico también se reflejó en que se le impidió estudiar durante el período escolar 1998-1999 en la tanda diurna de la Escuela

Estado de adoptar medidas de protección especial establecido en el artículo 19 de la CADH, interpretado en función de la Convención sobre Derechos del Niño y del Protocolo de San Salvador, en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención.³²

La Corte cita el Protocolo para interpretar el deber de protección especial, pero de modo inconsistente omite declarar la violación al derecho a la educación (ni de modo directo ni tampoco a través del derecho a medidas especiales de protección); solo tiene en cuenta el estado de vulneración de este derecho en el momento de ordenar reparaciones.³³ En su interpretación, la Corte demuestra displicencia en el tratamiento de este derecho, como si portara una jerarquía degradada con relación a los otros derechos tratados en el caso.

En esta misma etapa, donde el artículo 26 era reducido a escasas posibilidades de resultar efectivo, coexistieron casos en donde la Corte IDH abordaba las alegaciones sobre derechos sociales por vías indirectas o por vía de conexidad con los derechos civiles y políticos. En esta etapa la Corte decidió diversos casos por esta senda.

Así utilizó el concepto de vida digna; el derecho a la tutela judicial efectiva y garantías de debido proceso legal en relación con derechos sociales;

de Palavé. Precisamente por no contar con el acta de nacimiento, se vio forzada a estudiar durante ese período en la escuela nocturna, para mayores de 18 años. Este hecho a la vez agravó su situación de vulnerabilidad, ya que ella no recibió la protección especial a que era acreedora como niña, de estudiar en el horario que le sería adecuado, en compañía de niños de su edad, y no con personas adultas...” (párr. 185).

32. La Corte dijo textualmente: “Cabe resaltar que de acuerdo al deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, interpretado a la luz de la Convención para los Derechos del Niño y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual” (párr. 185).

33. La Corte IDH establece como medida de satisfacción y medida de no repetición: “...d) Sobre la educación. El Estado debe cumplir su obligación de garantizar el acceso a la educación primaria y gratuita de todos los niños, independientemente de su ascendencia u origen, que se deriva de la especial protección que se debe brindar a los niños” (párr. 244). Además, contabiliza esta situación para determinar los daños inmateriales sufridos por Violeta Bosico.

el deber de protección especificado en el deber de garantizar la inspección, vigilancia y control de la prestación de servicios públicos que involucran derechos sociales; el principio de no discriminación en el acceso a derechos sociales; el derecho de asociación y el acceso a la información y el derecho a la propiedad privada en relación con la propiedad comunitaria de la tierra de los pueblos indígenas.³⁴

Del tratamiento indirecto de los derechos sociales o por vía de conexidad podemos mencionar (entre otros) los casos “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala” (1999),³⁵ “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”³⁶ (2004), Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005),³⁷ donde la Corte amplía el concepto del derecho a la vida e incorpora las condiciones dignas de existencia.

2. Segunda etapa: Barajar y dar de nuevo. El caso “Acevedo Buendía c. Perú” y más allá (2009-2017)

A partir del caso “Acevedo Buendía c. Perú” (2009),³⁸ la Corte revierte su jurisprudencia poco promisorio del caso “Cinco pensionistas”, desanda sus pasos, supera y rectifica estándares anteriores. El tribunal parece adoptar un nuevo punto de partida para analizar las afectaciones planteadas en

34. Véase al respecto, O. Parra Vera, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*, cit., y C. Courtis, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, cit.

35. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre 1999, Fondo.

36. Corte IDH, “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

37. Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas.

38. Corte IDH, “Acevedo Buendía y otros (Cesantes y jubilados de la Contraloría) vs. Perú”, Sentencia del 1 de julio de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas). Véase C. Christian, “Capítulo III - Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Artículo 26. Desarrollo Progresivo” en Christian Steiner / Patricia Uribe (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario*, Fundación Konrad Adenauer, Bolivia, 2014.

términos del artículo 26 de la CADH.³⁹ En este caso también se alegaba la falta de pago y reducción del monto de las pensiones a las víctimas.

En lo sustancial y más relevante, la Corte determinó que el artículo 26 consagra obligaciones legales en materia de derechos sociales y por ello, y como contracara, que estos derechos son exigibles. Estableció que ella es competente para entender en alegadas violaciones al artículo 26⁴⁰ y que los DESCA no están solo sujetos a la obligación de progresividad sino también a las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 (respeto, garantía, no discriminación y adopción de medidas). Para así decidir, la Corte tuvo en cuenta los trabajos preparatorios de la Convención Americana, en particular, las intervenciones efectuadas en 1968 por parte de las delegaciones de Guatemala, Brasil, Uruguay y Chile.⁴¹

Agregó que de la obligación de progresividad se desprende el deber de no regresividad y que, en función de los criterios interpretativos del Comité DESC, toda medida regresiva requiere de una justificación estricta. Además, tal deber es justiciable, es decir, susceptible de control por mecanismos jurisdiccionales.

Es importante destacar que la Corte IDH tiene en cuenta y cita en su decisión el caso “Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras vs. Perú”⁴² de la CIDH (de los pocos en los que la Comisión interpreta y aplica el artículo 26), donde consideró justiciable la

39. Véase O. Parra Vera, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*, cit.

40. En su voto razonado, el juez Sergio García Ramírez expresa que “la Corte entiende que es reclamable o exigible la observancia del artículo 26 –norma imperiosa, no solo sugerencia política– ante instancias llamadas a pronunciarse sobre ese extremo, en el marco del Derecho interno o en el ámbito externo, conforme a las decisiones constitucionales y a los compromisos internacionales adquiridos por el Estado. La valoración tiene dos dimensiones: la observancia de la progresividad, atenta al máximo esfuerzo para conseguirla, y la negación de la regresividad, que contraría los postulados y el espíritu del corpus juris de los derechos humanos y que también debe ser valorada por las jurisdicciones correspondientes” (párr. 21).

41. Corte IDH, “Acevedo Buendía”, cit., párr. 99.

42. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 12.670 “Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras vs. Perú”, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 38/09, 27 de marzo de 2009.

obligación de no regresividad y evalúa su aplicación a la situación de un grupo de jubilados a los que se les había reducido su pensión. Tomando como base criterios establecidos por el Comité DESC, la CIDH desarrolla parámetros estrictos para analizar medidas regresivas en casos concretos,⁴³ ligados a la capacidad redistributiva de tales acciones y a la consecución de un mayor nivel de igualdad entre las personas beneficiarias el sistema pensionario.

A su vez, la Corte considera, aunque de forma implícita ya que no hay un desarrollo sobre el punto, que el derecho a la seguridad social eventualmente podía extraerse del artículo 26 de la CADH. A pesar de estos desarrollos, la Corte IDH no entiende aplicable el artículo 26 al caso concreto en tanto pondera que no se encuentra bajo análisis alguna providencia adoptada por el Estado que haya impedido el desarrollo progresivo del derecho a una pensión, sino más bien el incumplimiento estatal del pago ordenado por sus órganos. Por lo tanto, estima afectados los derechos protegidos en los artículos 25 (protección judicial) y 21 (derecho a la propiedad) de la Convención y no encuentra motivo para declarar adicionalmente el incumplimiento del artículo 26 de dicho instrumento.⁴⁴

Resulta criticable el hecho de que la Corte no se haya pronunciado sobre la vulneración del derecho a la seguridad social con relación a las obligaciones de respeto y garantía, que, según la propia Corte advirtió, serían de aplicación a los derechos sociales protegidos en el artículo 26. No se observan en la decisión de la Corte elementos suficientes que permitan justificar la omisión de aplicar el artículo 26 y de considerar violado también el derecho a la seguridad social, que es, en definitiva, el derecho principalmente en juego en el caso. De igual modo resulta deficiente la decisión en cuanto no fijó postura explícita sobre si el derecho a la seguridad social podía derivarse del artículo 26.

Paradójicamente este nuevo y más promisorio punto de partida trazado a partir del caso “Acevedo Buendía” coexiste con casos sobre afectaciones a derechos sociales que son abordados por la vía de la conexidad con derechos civiles y políticos o de forma indirecta a través de ellos, tal como ya

43. En el caso, la Comisión Interamericana consideró que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso” (párrafos 140 a 147).

44. Cfr. Corte IDH, “Acevedo Buendía”, párr. 106.

referimos. De esta etapa destacan tres casos: “Suárez Peralta vs. Ecuador” (2013),⁴⁵ “González Lluy vs. Ecuador” (2015)⁴⁶ e “I.V. vs. Bolivia” (2016)⁴⁷ donde las afectaciones denunciadas se centraban en el derecho a la salud y el derecho a la salud sexual y reproductiva. El primero trata sobre una mala praxis médica que generó una afectación grave a la salud de una mujer joven y madre de tres hijos; el segundo refiere al caso de una niña que, a partir de una transfusión de sangre, se contagió de HIV/SIDA y a partir de su condición sufrió severas situaciones de discriminación, en particular en el acceso a la educación; el tercer caso trata sobre una mujer a quien se le practicó una ligadura de las trompas sin que ella hubiera prestado previo y debido consentimiento, es decir, se la sometió a una esterilización forzada.

En estos casos, la Corte IDH, a pesar de su jurisprudencia del caso “Acevedo Buendía” a favor de la aplicación del artículo 26 de la CADH y de su consideración de que los derechos sociales se encuentran sujetos a las obligaciones generales, decide de modo incoherente con esta postura y subsume nuevamente y en forma excluyente el derecho a la salud en los derechos a la integridad física y a la vida. Al mismo tiempo utiliza varios de los estándares elaborados por el Comité DESC en sus Observaciones Generales 14 y 22 sobre Derecho a la Salud y Derecho a la Salud Sexual y reproductiva, respectivamente.

En estos tres casos, el juez Ferrer Mac-Gregor (presidente de la Corte IDH desde 2018) desarrolla un voto concurrente de particular importancia, abogando por la justiciabilidad directa y autónoma del derecho a la salud por aplicación del artículo 26. En el primer caso donde sostiene esta postura, “Suárez Peralta”, el magistrado elabora una fundamentación extensa, robusta y sólida sobre la necesidad, conveniencia y exigencia normativa de que la Corte utilice la normativa de DESC del SIDH. Adopta una argumentación similar en los otros dos casos.

Desde su perspectiva el caso ponía centralmente de manifiesto una vulneración del derecho a la salud y demandaba entonces su abordaje autónomo y con plenitud, analizando todas las implicancias de la afectación en juego, con independencia o en todo caso, en adición de las vulneracio-

45. Corte IDH, caso “Suárez Peralta vs. Ecuador”, cit.

46. Corte IDH, caso “González Lluy y otros vs. Ecuador”, cit.

47. Corte IDH, caso “IV vs. Bolivia”, cit.

nes al derecho a la integridad física.⁴⁸ En su voto, el juez esgrime varios argumentos en apoyo de su postura, que luego serán retomados por la mayoría de la Corte IDH en la jurisprudencia en la que adopta su postura a favor de la justiciabilidad directa de los derechos sociales, en particular en el caso “Cuscul Pivaral”, según analizaremos más adelante. Este caso también cuenta con el voto razonado del juez Pérez Pérez, quien defiende e insiste con la postura contraria a la justiciabilidad directa de los derechos sociales en el sistema.⁴⁹

En el caso “González Lluy”, la Corte IDH adopta igual abordaje que en el caso “Suárez Peralta”. El juez Ferrer Mac-Gregor en su voto concurrente reitera su postura mientras que los jueces Pérez Pérez y Sierra Porto se pronuncian explícitamente por el abordaje indirecto de las afectaciones a derechos sociales. Sintéticamente, Pérez Pérez entiende que el derecho a la salud no es un derecho incluido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino en el Protocolo de San Salvador, y que, por lo tanto, no es uno de los dos derechos que el artículo 19 de dicho Protocolo incluye en el régimen de protección específico, es decir el sistema de denuncias individuales.⁵⁰ Expresa además que el artículo 26 no consagra derechos económicos, sociales y culturales.⁵¹ Por su parte, Sie-

48. Corte IDH, caso “Suárez Peralta vs. Ecuador”, voto concurrente del juez Ferrer-Mac Gregor, párrafos 3, 4 y 5.

49. Allí el juez expresó: “La finalidad del presente voto razonado es exclusivamente dejar en claro que las referencias al derecho a la salud contenidas en la sentencia no significan que se esté asumiendo competencia en relación con ese derecho en particular, o con los derechos económicos, sociales y culturales en general. La competencia contenciosa de la Corte está fijada en el artículo 62 de la Convención Americana y en el artículo 19, párrafo 6, del Protocolo de San Salvador, sin perjuicio de las disposiciones pertinentes de otras convenciones interamericanas sobre derechos humanos” (párr. 1).

50. Cfr. Corte IDH, caso “González Lluy y otros vs. Ecuador”, cit., voto concurrente del juez Pérez Pérez, párr. 1.

51. Dice el juez: “La lectura del artículo 26, único del Capítulo III de la Parte I (Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y titulado “Desarrollo Progresivo” demuestra que en ese artículo no se reconocen o consagran los derechos económicos, sociales y culturales, sino que establece algo muy distinto: el compromiso de los Estados de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales que derivan de las normas pertinentes de la Carta de la Organización de los Estados Americanos “en la medida de los recursos disponibles”. El texto del artículo es absolutamente claro, y

rra Porto considera que este derecho no puede derivarse de la Carta de la OEA.

Este caso destaca, además, por ser el primero de la jurisprudencia de la Corte IDH donde aplica el Protocolo de San Salvador, específicamente declara violado el derecho a la educación en relación con la obligación de igualdad y no discriminación.

3. Tercera etapa: Justiciabilidad directa y autónoma de los DESCAs a través del artículo 26 (desde 2017 en adelante)

Finalmente, en el año 2017, la Corte IDH emprende el camino de la justiciabilidad directa y autónoma de los DESCAs a partir del caso “Lagos del Campo vs. Perú”, que aborda vulneraciones a derechos laborales (derecho a la estabilidad laboral y libertad de expresión en el ámbito del trabajo). Al ser el primer caso de esta nueva doctrina, la expectativa era contar con una sentencia explicativa, fundamentada extensamente, que aportara un desarrollo exhaustivo de argumentos y que diera cuenta del cambio de postura. Sin embargo, la Corte expidió una motivación extremadamente escueta.⁵²

No obstante, como mencionamos anteriormente y retomamos aquí, “Lagos del Campo” fue seguido por una serie de casos donde la Corte IDH reafirma su doctrina y en la que refina su argumentación. En estos casos la Corte aborda distintos derechos sociales: derechos laborales (“Lagos del Campo”, “Trabajadores Cesados de Petroperú y otros”, “San Miguel Sosa”), derecho a la salud (“Poblete Vilches”, “Cuscul Pivaral”, “Hernández”), dere-

también lo es su contexto. Esta interpretación es corroborada por los acuerdos ulteriores entre las partes y por la conducta ulterior de estas Asimismo, los antecedentes de la disposición la confirman plenamente” (párr. 9).

52. Véase en este sentido, O. Parra Vera, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo”, en E. Ferrer Mac-Gregor, M. Morales Antoniazzi, R. Flores Pantoja (coords.), *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Colección Constitución y Derechos, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018 y D. Cerqueira, “Sobre la necesidad de llenar los vacíos argumentativos de la sentencia Lagos del Campo vs. Perú”, en Blog Justicia en las Américas de la Fundación Debido Proceso, disponible en <https://dplfblog.com/2018/05/29/la-justiciabilidad-de-los-desca-bajo-la-convencion-americana/>

cho a la seguridad social (“Muelles Flores”) y derechos al ambiente, al agua, a la alimentación adecuada y participación en la vida cultural (“Lhaka Honhat”). También avanzó importantes consideraciones en esta materia en la Opinión Consultiva 23/2017 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos.

La Corte suple la falta de fundamentación del caso “Lagos del Campo” con la motivación más extensa que vuelca en el caso “Cuscul Pivaral vs. Guatemala” que, a mi juicio, es el más sólido. La Corte de algún modo reconoce que en los casos previos no había ofrecido una fundamentación exhaustiva y por ello explicita la necesidad de desarrollarla en este caso. Dice la Corte: “... debido a la importancia que esta cuestión tiene para la seguridad jurídica en el Sistema Interamericano, la Corte considera pertinente precisar el cambio jurisprudencial en la materia a través de una interpretación del artículo 26 de la Convención y de su relación con los artículos 1.1, 2, 62 y 63 del mismo instrumento”.⁵³

En efecto, en “Cuscul Pivaral” la Corte da respuesta más acabada a su nueva doctrina a favor de la justiciabilidad directa de los DESCAs, recogiendo argumentos que se venían planteando en votos concurrentes en casos anteriores como “González Lluy” y “Suárez Peralta” así como en trabajos de doctrina. Ofrece una fundamentación más extensa, precisa y sistemática, haciendo un esfuerzo más consciente y consistente por dar respuestas comprensivas.

El tribunal considera que el principal problema jurídico planteado en el caso se relaciona con los alcances del derecho a la salud entendido como un derecho autónomo que deriva del artículo 26 de la Convención Americana, y con su competencia para pronunciarse por violaciones a este derecho sobre la base de los artículos 62 y 63 de la Convención.⁵⁴ El caso trata sobre la falta de atención médica integral a pacientes viviendo con HIV/SIDA, situación que había provocado el agravamiento de la enfermedad y, en algunos casos, la muerte de las víctimas.

En este caso la Corte aborda tres cuestiones centrales para argumentar el cambio jurisprudencial producido con relación a la justiciabilidad de los derechos en el sistema:

53. Corte IDH, “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, cit., párrs. 73 y 74.

54. Corte IDH, “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, cit., párr. 73.

1. Si el artículo 26 reconoce derechos o establece meros objetivos programáticos.
2. Si las obligaciones genéricas del 1.1. y del 2 de la CADH se aplican a los DESCA.
3. Si la Corte tiene competencia para analizar violaciones a los derechos establecidos en el artículo 26 de la CADH y como juega la limitación del artículo 19.6 del Protocolo de SS (derechos sindicales y derecho a la educación).
Además, el tribunal aborda otras cuestiones relevantes para la protección directa y autónoma de los DESCA en la serie de casos nuevos mencionados, a saber:
4. ¿Qué derechos protege el artículo 26 de la CADH? Metodología para derivar derechos sociales de la Carta de la OEA.
5. Desarrollo del alcance y contenido de los derechos en particular.

Al tratar estas cuestiones, sobre todo las tres primeras, la Corte IDH utiliza los métodos de interpretación estipulados en artículos 31 y 32 de la Convención de Viena y el artículo 29 de la CADH.⁵⁵ Apela a métodos de interpretación literal, sistemática y teleológica, así como a métodos de interpretación complementarios. Veamos el modo en que aborda estas cuestiones:

1. Si el artículo 26 protege “derechos” o establece meros objetivos programáticos

La Corte sostuvo que, de acuerdo con la interpretación literal (principio de la primacía del texto, criterios objetivos de interpretación), el sentido

55. Apunta la Corte que, en el abordaje de las cuestiones señaladas, “recurrirá a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [...], la cual recoge la regla general y consuetudinaria de interpretación de los tratados internacionales, que implica la aplicación simultánea y conjunta de la buena fe, el sentido corriente de los términos empleados en el tratado de que se trate, el objeto de estos y el objeto y fin de aquel. Por ello, como es su jurisprudencia constante, la Corte hará uso de los métodos de interpretación estipulados en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena para llevar a cabo dicha interpretación. Asimismo, la Corte utilizará, en lo pertinente, las normas de interpretación que se desprenden del artículo 29 de la Convención Americana” (párr. 75).

corriente que ha de atribuirse a la norma prevista en el artículo 26 de la CADH es que los Estados se comprometieron a hacer efectivos “derechos” que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultural contenidas en la Carta de la OEA. Si bien la Carta de la OEA consagra “principios” y “metas” tendientes al desarrollo integral, también se refiere a ciertos derechos, tanto de manera explícita como implícita.⁵⁶

Por otra parte, la formulación del artículo 26 sobre el deber de los Estados de “adoptar providencias” para “lograr progresivamente la plena efectividad” de los derechos que se derivan de la Carta de la OEA debe ser entendida como una formulación acerca de la naturaleza de la obligación, pero no pone en duda la existencia de obligaciones jurídicas exigibles. Existen otras fórmulas similares en la CADH como la establecida en el artículo 2, que reconoce el compromiso programático de los Estados de “adoptar medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos”.⁵⁷ La progresividad solo modula la obligación en cuanto a plazo y modalidad de cumplimiento, pero no quita el carácter de obligación jurídica exigible y es objeto de rendición de cuentas y reclamo ante instancias de derechos humanos.⁵⁸

Adicionalmente, cabe resaltar que la Corte IDH coincide con la interpretación del Comité DESC sobre el artículo 2.1. del PIDESC (en su Observación General 3) en el sentido de que, si bien esta norma prevé la

56. Afirma la Corte: “...de una interpretación literal del texto del artículo 26 es posible afirmar que se refiere precisamente al deber de los Estados de lograr la efectividad de los ‘derechos’ que sea posible derivar de la Carta de la OEA. El texto de la norma debe ser interpretado de forma tal que sus términos adquieran sentido y un significado específico, lo que en el caso del artículo 26 implica entender que los Estados acordaron adoptar medidas con el objetivo de dar plena efectividad a los ‘derechos’ reconocidos en la Carta de la OEA” (párr. 78). Véase al respecto, J. Rossi y V. Abramovich, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en C. Martín, D. Rodríguez-Pinzón; J. A. Guevara B. (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Fontamara-American University-Universidad Iberoamericana, México, 2004.

57. El tribunal refiere que ha evaluado el cumplimiento de esta obligación en los casos “La última tentación de Cristo vs. Chile” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 90, y en caso Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú, sentencia de 15 de octubre de 2014, párr. 169 (cfr. párr. 79).

58. Cfr. Corte IDH, “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, cit., párrs. 79 y 80.

adopción de medidas de carácter progresivo, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. El hecho de que la plena efectividad se prevea a lo largo del tiempo no implica privar a la obligación de todo contenido significativo.⁵⁹

Además, desarrolla otros argumentos vinculados a una interpretación teleológica del artículo 26 de la Convención Americana, es decir, analiza el propósito de las normas involucradas, en este caso, el objeto y fin del tratado mismo y los propósitos del sistema regional de protección; en particular considera que el objeto y fin de tratado es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”.⁶⁰ Esta interpretación confirma la conclusión a la que se arribó por los otros medios en el sentido de que el artículo 26 reconoce la existencia de “derechos” y que estos son justiciables. Por último, apela a los métodos complementarios de interpretación y retomando lo ya sostenido en el caso “Acevedo Buendía” apela a los trabajos preparatorios de la CADH, para reafirmar el sentido resultante de la interpretación realizada de conformidad con los métodos principales señalados anteriormente.⁶¹

59. Cfr. Corte IDH, “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, cit., párr. 81.

60. Cfr. Corte IDH, “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, cit., párrs. 90 y 93.

61. La Corte IDH señala que el contenido del artículo 26 de la Convención fue objeto de un intenso debate en los trabajos preparatorios de esta, nacido del interés de los Estados por consignar una “mención directa” a los “derechos” económicos, sociales y culturales; “una disposición que establezca cierta obligatoriedad jurídica [...] en su cumplimiento y aplicación”; así como “los respectivos mecanismos para su promoción y protección”, ya que el Anteproyecto de tratado elaborado por la Comisión Interamericana hacía referencia a aquellos en dos artículos que, de acuerdo con algunos Estados, solo “recogían en un texto meramente declarativo, conclusiones establecidas en la Conferencia de Buenos Aires” (párr. 95). A su vez, menciona que la revisión de dichos trabajos preparatorios de la Convención demuestra también que las principales observaciones sobre la base de las cuales esta fue aprobada pusieron especial énfasis en “dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos”. Así, como parte del debate en los trabajos preparatorios, también se propuso “hacer posible la ejecución de dichos derechos mediante la acción de los tribunales” (párr. 96).

2. Si las obligaciones genéricas del 1.1. y del 2 de la CADH se aplican a los DESC

La Corte IDH ratifica el criterio del caso “Acevedo Buendía” en el sentido de que las obligaciones generales de los artículos 1.1. y 2 de la CADH son aplicables a los DESC. Allí explica que, si bien el artículo 26 está en un capítulo aparte, el capítulo III de la CADH que lleva por título derechos económicos, sociales y culturales, a su vez, está dentro de la Parte I de la CADH “Deberes de los Estados y Deberes Protegidos” y por ende está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1. y 2 del capítulo I titulado “Enumeración de Deberes”, así como lo están los artículos 3 al 25 previstos en el capítulo II (titulado “Derechos Civiles y Políticos”).

Explicita que las obligaciones de respeto y garantía juntamente con la de adecuación del artículo 2 de la CADH, aplican a todos los derechos, civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales. Esta conclusión, según la Corte IDH, también se fundamenta en la interdependencia e indivisibilidad recíproca entre todos los derechos que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos sin jerarquías entre sí y exigibles por igual.⁶²

3. Si la Corte tiene competencia para analizar violaciones a los derechos establecidos en el artículo 26 de la CADH y como juega la limitación del art. 19.6 del Protocolo de SS (derechos sindicales y derecho a la educación)

Ante todo recordemos la tensión que existe en relación con la competencia amplia y general de la Corte para conocer sobre violaciones a los derechos derivados de la Carta de la OEA, a través de la aplicación de los artículos 26, 1.1, 2, 62 y 63 de la Convención, y la competencia que reconoce el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador, solo limitada a los derechos a la educación y a la libertad sindical (artículo 8.a y artículo 13 del Protocolo). Una interpretación restrictiva de los derechos de la CADH y del Protocolo podría entender que el Protocolo limita la competencia de la Corte IDH para conocer de violaciones solo de los derechos a la educación y derechos sindicales, como de hecho sostienen algunos jueces.

62. Cfr. Corte IDH, “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, cit., párrs. 83, 84 y 85.

En este punto, la Corte IDH establece que esta tensión debe ser tomada seriamente. Destaca que, una interpretación sistemática y de buena fe, lleva a la conclusión de que al no existir una restricción expresa en el Protocolo que limite la competencia de la Corte para conocer sobre violaciones a la Convención, esta limitación no debe ser asumida por la Corte. Expresa que no hay elementos para considerar que los Estados quisieron limitar la competencia de la Corte IDH para conocer vulneraciones al artículo 26 de la CADH. No hay acto expreso posterior de los Estados que implique una modificación de la CADH y la interpretación debe ser la más favorable y menos restrictiva. Agrega que la CADH prevé un procedimiento de enmienda que requiere 2/3 partes de los Estados parte de la Convención (art. 76). En cambio, la adopción de un protocolo no requiere tal consenso. Por lo tanto, no se puede interpretar que vía adopción de Protocolo que requiere un consenso menor que la enmienda, se pueda modificar la CADH.⁶³

Concluye que, en función de los términos amplios en los que está redactada la CADH, la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones y tiene competencia para analizar vulneraciones a todos los derechos de la CADH, incluyendo el artículo 26 en función de artículos 62 y 63 de la CADH. Recuerda además que tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (compétence de la compétence).⁶⁴

Cerrando las tres cuestiones anteriormente planteadas, la Corte concluye que “una interpretación literal, sistemática y teleológica permite concluir que el artículo 26 de la Convención Americana protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Los alcances de estos derechos deben ser entendidos en relación con el resto de las demás cláusulas de la Convención Americana, por lo que están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención y pueden ser sujetos de supervisión por parte de este Tribunal en términos de los artículos 62 y 63 del mismo instrumento. Esta conclusión se fundamenta no solo en cuestiones formales, sino que resulta de la interdependencia e indivisibilidad de los

63. Cfr. Corte IDH, “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, cit., párrs. 87, 88 y 89.

64. Cfr. Corte IDH, “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, cit., párr. 86.

derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, así como de su compatibilidad con el objeto y fin de la Convención, que es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. Corresponderá, en cada caso concreto que requiera un análisis de DESCAs, determinar si de la Carta de la OEA se deriva explícita o implícitamente un derecho humano protegido por el artículo 26 de la Convención Americana, así como los alcances de dicha protección”.⁶⁵

4. ¿Qué derechos protege el artículo 26 de la CADH? Metodología para derivar derechos sociales de la Carta de la OEA

En el caso “Cuscul Pivaral” que hemos tomado como referencia, pero también en el resto de los casos decididos desde “Lagos del Campo”, la Corte ha desarrollado cierta metodología para identificar los derechos sociales protegidos por el artículo 26 de la CADH. Recordemos que los derechos protegidos por el artículo 26 son aquellos “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 materia de derecho a la salud, la Corte IDH desarrolla esta metodología en los casos “Poblete Vilches” y “Cuscul Pivaral”, haciendo referencias recíprocas y desarrollando en mayor o menor distintos argumentos en cada uno de ellos. Concluye que el derecho a la salud es un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención.⁶⁶

Así, en primer lugar, el tribunal pondera que el derecho a la salud efectivamente puede derivarse de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, aunque en ella no hay referencia específica al derecho a la salud como tal.⁶⁷ Cita a tal fin los artículos 34.i.y 34.l. y 45.h. de la Carta.

En particular, toma en cuenta la formulación contenida en el artículo 45.h: “Los Estados convienen en realizar esfuerzos para el desarrollo de una política eficiente de seguridad social”. La Corte advierte la existencia de una

65. Corte IDH, “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, cit., párr. 97.

66. Corte IDH, “Poblete Vilches”, cit., párr. 110.

67. Corte IDH, “Cuscul Pivaral”, cit., párr. 98.

estrecha relación entre el compromiso de los Estados de garantizar una política eficiente de seguridad social y su deber de garantizar la atención de la salud, más aún en el contexto de las enfermedades endémicas.⁶⁸ El tribunal concluye que existe una referencia suficientemente específica para derivar la existencia del derecho a la salud de la Carta de la OEA. De modo que deja sentado el criterio de que aun cuando un derecho social no se encuentre reconocido de manera explícita en el texto de la Carta de la OEA, ello no obsta a que se lo pueda derivar de formulaciones que indirecta o implícitamente refieran a él.

En segundo lugar, la Corte se vale de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que en su artículo XI garantiza el derecho de toda persona “a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”. Utiliza dos argumentos. Por un lado, apela a su doctrina sobre la integración de la Declaración Americana para interpretar la Carta de la OEA en materia de derechos humanos, establecida en su Opinión Consultiva OC-10/89.⁶⁹ Luego, hace referencia al artículo 29.d de la Convención

68. La Corte considera que el derecho a la salud es un componente esencial del derecho a la seguridad social, pues la protección de la salud es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente sus derechos. En ese sentido, cita la Observación General No. 19 del Comité DESC señala que “los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que se establezcan sistemas de salud que prevean un acceso adecuado de todas las personas a los servicios de salud”. Asimismo, señala que “la especial importancia del derecho a la seguridad social en el contexto de las enfermedades endémicas, como el VIH/SIDA...”. Adicionalmente, el Comité señaló que los Estados Partes deberán “asegurar el acceso a un sistema de seguridad social que ofrezca a todas las personas y familias un nivel mínimo indispensable de prestaciones que les permita obtener por lo menos atención de salud esencial”. Cfr. Comité DESC, Observación General No. 19: El derecho a la seguridad social (artículo 9), 23 de noviembre de 2007.

69. Corte IDH, “Poblete Vilches”, párr. 107. La Corte cita la Opinión Consultiva OC-10/89 donde señaló que “...los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA”. Sobre el valor de la Declaración Americana para la protección de DESCAs, véase, M. Pinto, “Los

Americana que establece que “ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.⁷⁰ Tal disposición resulta relevante para definir el alcance del artículo 26, dado que “la Declaración Americana, constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”.⁷¹

De manera similar, en el caso “Lagos del Campo”, la Corte deriva la protección de los derechos laborales de la Carta de la OEA; remite a las cláusulas contenidas en los artículos 45.b. y c., 46 y 34.g.⁷² y cita a su vez el artículo XIV de la DADH sobre derecho al trabajo,⁷³ disposición relevante para reafirmar la inclusión de este derecho en la Carta de la OEA, según los argumentos referidos en los casos anteriores.

En el caso “Muelles Flores”, el tribunal considera que existe una referencia con suficiente grado de especificidad del derecho a la seguridad social para derivar su existencia y reconocimiento en la Carta de la OEA.⁷⁴ Así, advierte que la seguridad social se halla reconocida en diversos artículos de la Carta.⁷⁵ A diferencia de los casos anteriores, aquí la Corte no hace referen-

derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Volumen 40, 2004.

70. Corte IDH, “Poblete Vilches”, cit., párr. 108.

71. Corte IDH, “Poblete Vilches”, cit., párr. 109.

72. La Corte señaló que “los artículos 45.b y c 194, 46 y 34.g de la Carta establecen que el trabajo es un ‘derecho y un deber social’ y que debe prestarse con ‘salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos’. Asimismo, señalan el ‘derecho de los trabajadores y trabajadoras a asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses’. Además, indican que los Estados deben ‘armonizar la legislación social’ para la protección de tales derechos” (párr. 143).

73. El artículo XIV de la Declaración Americana dispone que “toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación...” (párr. 144).

74. Corte IDH, “Muelles Flores”, cit., párr. 172.

75. Corte IDH, “Muelles Flores”, cit., párr. 172. Entre otros, menciona el artículo 3.j) que señala que “la justicia y la seguridad sociales son bases de una paz duradera”; el artículo 45.b) que establece que “b) el trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios

cia a la Declaración Americana como argumento adicional para derivar este derecho de la Carta de la OEA, aunque sí la utiliza para la determinación de su alcance y contenido.

En el caso “Lhaka Honhat”, la Corte se pronuncia por primera vez en un caso contencioso sobre los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural a partir del artículo 26 de la Convención, en particular respecto a pueblos indígenas. Todos esos derechos son afirmados en relación con el derecho que también reconoce a las comunidades indígenas reclamantes, a su propiedad ancestral y a un título único sobre la tierra que habitan en el norte de la provincia de Salta de Argentina en función del artículo 21 de la CADH y de su extensa jurisprudencia en la materia.

En lo relevante, la Corte determina que estos derechos pueden derivarse de las normas pertinentes de la Carta de la OEA en conjunto con lo estipulado por la Declaración Americana. Con relación al derecho a un medio ambiente sano, siguiendo lo ya estipulado en la OC-23 sobre Medio Ambiente, expresó que debe considerarse incluido entre los derechos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, dada la obligación de los Estados de alcanzar el “desarrollo integral” de sus pueblos que surge de los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta.⁷⁶

justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar”; el artículo 45.h) que determina que “el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo”, por lo que los Estados convienen en dedicar esfuerzos a la aplicación de ciertos principios y mecanismos, entre ellos el “h) desarrollo de una política eficiente de seguridad social”; por último, menciona el artículo 46 donde los Estados reconocen que “para facilitar el proceso de la integración regional latinoamericana, es necesario armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social, a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos, y convienen en realizar los máximos esfuerzos para alcanzar esta finalidad”.

76. Cfr. “Lhaka Honhat”, cit., párr. 202. La Corte se remite a lo ya dicho en la Opinión Consultiva sobre Ambiente y Derechos Humanos (Opinión Consultiva OC-23/17), párr. 57 y nota a pie de página 85. La Corte explicó en esa oportunidad que “los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta establecen una obligación a los Estados para alcanzar el ‘desarrollo integral’ de sus pueblos, concepto que ha sido definido por la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral de la OEA (SEDI) como ‘el nombre general dado a una serie

Sobre el derecho a una alimentación adecuada, la Corte IDH considera que la Carta señala en su artículo 34.j que “los Estados miembros convienen [...] en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de [...] nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos”. El derecho a la alimentación puede identificarse también en el artículo XI de la Declaración Americana, que dispone que “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación”, entre otros aspectos.⁷⁷

Sobre el derecho al agua, el tribunal considera que se encuentra protegido en el artículo 26 de la Convención Americana ya que tanto de la Carta de la OEA se derivan derechos de los que, a su vez, se desprende el derecho al agua. Al respecto señala que, según la Corte ya ha determinado, los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y a la salud se encuentran reconocidos en el citado artículo 26.⁷⁸ Destaca que la Declaración Universal de los Derechos Humanos contempla en su artículo 25 el

de políticas que trabajan conjuntamente para fomentar el desarrollo sostenible’, una de cuyas dimensiones es precisamente el ámbito ambiental”. En los párrafos 52 y 53 de la Opinión Consultiva, la Corte se refirió a una serie de instrumentos emitidos en el ámbito internacional, de los cuales surge que la protección del medio ambiente debe entenderse “parte integrante” de los procesos de desarrollo, siendo uno de los “pilares”, junto con el “desarrollo económico” y el “desarrollo social”, del desarrollo sostenible. La Corte recordó que en el ámbito de las Naciones Unidas se reconoció que “el alcance de los derechos humanos de todas las personas depende de la consecución de las tres dimensiones indicadas del desarrollo sostenible”, y que, “[e]n el mismo sentido, varios instrumentos del ámbito interamericano se han referido a la protección del ambiente y el desarrollo sostenible”. Los instrumentos referidos en ambos párrafos aludidos son: Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano (Conferencia de la ONU sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 1972); Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Conferencia de la ONU sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 1992); Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible y Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (Cumbre Mundial de la ONU sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, 2002); “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” (Resolución 70/1 de la Asamblea General de la ONU, 25 de septiembre de 2015) y Carta Democrática Interamericana (Asamblea General de la OEA, 2001).

77. Corte IDH, “Lhaka Honhat”, cit., párrs. 210 y 211.

78. Corte IDH, “Lhaka Honhat”, cit., párr. 222.

derecho a “un nivel de vida adecuado”, como también lo hace el PIDESC en su artículo 11. Este derecho debe considerarse inclusivo del derecho al agua, como ya lo ha hecho notar el Comité DESC, que también ha considerado su relación con otros derechos. De este modo, también en el ámbito universal se ha determinado la existencia del derecho al agua pese a la falta de un reconocimiento expreso general.⁷⁹

Sobre el derecho a participar en la vida cultural, que incluye el derecho a la identidad cultural, la Carta establece, en sus artículos 30, 45 f., 47 y 48, el compromiso de los Estados para a) que sus pueblos alcancen un desarrollo integral, que abarca, entre otros, el campo cultural; b) la incorporación y creciente participación de los sectores marginales de la población, tanto del campo como de la ciudad, en la vida cultural de la nación, a fin de lograr la plena integración de la comunidad nacional; c) estimular la cultura y d) preservar y enriquecer el patrimonio cultural de los pueblos americanos. Además, el artículo XIII de la Declaración Americana indica, en lo pertinente, que “toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad”⁸⁰

5. Desarrollo del alcance y contenido de derechos sociales en particular

Para determinar el alcance y contenido específico de los derechos sociales protegidos en el artículo 26 de la CADH y de las respectivas obligaciones, la Corte ha recurrido al cuerpo legal internacional y nacional en la materia, de conformidad con una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva de la CADH.⁸¹ Al respecto, Courtis apunta que la metodología utilizada por la Corte para identificar el contenido y las obligaciones concretas que emanan de los derechos en juego no ha sido del todo consistente. Aquí, la Corte ha avanzado más bien dando pasos ad hoc, sin proyectar claramente una teoría o un modelo que permita prever qué análisis sugiere el tribunal para casos futuros.⁸²

79. Corte IDH, caso “Lhaka Honhat”, párr. 223.

80. Corte IDH, caso “Lhaka Honhat”, párrs. 231 y 232

81. Corte IDH, “Poblete Vilches”, cit., párr. 103, “Cuscul Pivaral”, cit., párr. 73 y “Muelles Flores”, cit., párr. 73.

82. Cfr. C. Courtis, “Prólogo”, en M. Morales Antoniazzi, L. Ronconi y L. Clérico, *Inte-*

En el marco apuntado, el artículo 29 de la CADH prevé el principio pro persona que hace expresa referencia a las normas del derecho internacional general para la interpretación y aplicación de la CADH.⁸³ De modo que, al determinar la responsabilidad internacional de un Estado en base a la CADH u otros tratados interamericanos y tal como ha sido su práctica constante, la Corte puede interpretar las obligaciones y derechos en ellos contenidos a la luz de otros tratados y normas pertinentes.⁸⁴

En igual dirección, la Corte ha afirmado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Además, el párrafo tercero del artículo 31 de la Convención de Viena autoriza la utilización de medios interpretativos tales como los acuerdos o la práctica o reglas relevantes del derecho internacional que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado, los cuales son algunos de los métodos que se relacionan con una visión evolutiva del tratado.⁸⁵ Además, en este ejercicio hermenéutico, la Corte otorga un énfasis especial a la Declaración Americana, en función de la doctrina acerca de su integración a la Carta de la OEA en materia de derechos humanos ya citada.⁸⁶

ramericanización de los DESCA. El caso Cuscul Pivara de la Corte IDH, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2020.

83. En lo pertinente el artículo 29 establece: "...ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados".

84. Corte IDH, "Lhaka Honhat", cit., párr. 196. A su vez la Corte cita en igual sentido los precedentes "Muelles Flores" y "Hernández".

85. Corte IDH, "Lhaka Honhat", cit., párr. 197.

86. Corte IDH, "Lhaka Honhat", cit., párr. 188. Además, el tribunal deja en claro que no está asumiendo competencias sobre tratados de las que carece ni tampoco está otorgando jerarquía convencional a normas contenidas en otros instrumentos nacionales o internacionales relacionados con los DESCA.

Derecho a la salud

Tomaremos como referencia los casos de derecho a la salud para dar cuenta del modo en que la Corte formula los estándares pertinentes. En estos, la Corte IDH tiene en cuenta tanto la legislación interna como el cuerpo de derecho internacional vigente para determinar su alcance y contenido, a partir de considerar la norma del artículo 29.b de la CADH ya citada.⁸⁷

En el caso “Poblete Vilches”, la Corte toma en cuenta la previsión de la Constitución Chilena que protege el derecho a la salud y la regulación interna al respecto.⁸⁸ La Corte menciona también el amplio consenso regional en materia de derecho a la salud, el cual se encuentra reconocido explícitamente en diversas constituciones y leyes internas de los Estados de la región.⁸⁹ El tribunal apela a las normas del derecho internacional sobre el derecho a la salud; el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 10 del Protocolo de San Salvador.⁹⁰

87. Corte IDH, caso “Poblete Vilches”, párr. 111.

88. La Constitución chilena dispone en su artículo 19, inciso 9, “asegurar a todas las personas el derecho a la protección de la salud, protegiendo el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”.

89. Corte IDH, caso “Poblete Vilches”, párr. 113. Entre ellos menciona, Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela.

90. Corte IDH, caso “Poblete Vilches”, cit., párr. 114. Además, el derecho a la salud se reconoce en el artículo 5 apartado e) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; el artículo 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el artículo 28 de la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, y el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Este derecho también se encuentra plasmado en varios instrumentos regionales de derechos humanos, como en el artículo 17 de la Carta Social de las Américas; el artículo 11 de la Carta Social Europea de 1961, en su forma revisada; el artículo 16 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y recientemente en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (cabe señalar que, sobre esta última, por razones de temporalidad, no resulta exigible en relación con los hechos del caso en análisis). Además, el derecho a la salud ha sido reconocido en la sección II, apartado 41, de la Declaración y

Para precisar el contenido del derecho, la Corte se apoya fuertemente en los estándares ya desarrollados por el Comité DESC. En particular, utiliza la Observación General 14 sobre Derecho a la Salud, además de otras Observaciones Generales donde se precisan distintos componentes de este derecho.⁹¹ A su vez, hace una referencia genérica al trabajo del Grupo de Trabajo de la OEA para el análisis de los Informes del Protocolo de San Salvador.

De este modo, refiere a estándares específicos relativos a prestaciones básicas y específicas de salud, particularmente frente a situaciones de urgencia o emergencia médica,⁹² así como respecto de las personas mayores en particular.⁹³

Explicita el deber constante de regular y de prever mecanismos de supervisión y fiscalización de las instituciones de salud, tanto públicas como privadas, en particular en servicios de urgencia (por gran incidencia en los derechos a la salud y vida de los pacientes).

En base a la Observación General 14, menciona una serie de elementos esenciales e interrelacionados, que deben satisfacerse en materia de salud (identificados desde el caso “Suárez Peralta” en adelante), a saber, disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.⁹⁴

Igualdad sustantiva en el acceso a los servicios de salud. Protección reforzada a las personas adultas mayores

En cuanto a accesibilidad, sostiene que el Estado está obligado a garantizar un trato igualitario y no discriminatorio a todas las personas que accedan a los servicios de salud, según el artículo 1.1. de la CADH. Puntualiza que “Otra condición social” permite incluir la edad como categoría prohibida por la norma. Plantea entonces de manera explícita la prohibición de discriminación por edad en el acceso a los servicios de salud.⁹⁵ Aquí la Corte IDH alude a dos concepciones del derecho a la igualdad, sobre las que

Programa de Acción de Viena, y en otros instrumentos y decisiones internacionales.

91. La Corte se refiere a las Observaciones Generales 3, 4, 5, 6, 15, 16, 18, 19 y 20 del Comité DESC (párr. 115).

92. Corte IDH, caso “Poblete Vilches”, cit., párrs. 118 a 124.

93. Corte IDH, caso “Poblete Vilches”, cit., párrs. 125 a 132.

94. Corte IDH, caso “Poblete Vilches”, cit., párr. 121.

95. Corte IDH, caso “Poblete Vilches”, cit., párr. 122.

ya se había pronunciado en casos y Opiniones Consultivas anteriores: una negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una 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.⁹⁶ En tal sentido, la adopción de medidas positivas se acentúa en relación con la protección de personas en situación de vulnerabilidad o en situación de riesgo, en el caso “Poblete Vilches”, las personas adultas mayores quienes deben tener garantizado el acceso a los servicios médicos de salud en vía de igualdad.

A partir de este derecho, la Corte infiere el derecho de las personas mayores a una protección reforzada y por ende exige la adopción de medidas diferenciadas.

En este caso, la Corte se pronuncia por primera vez sobre derechos a la salud de las personas mayores. La Corte verifica el importante desarrollo y consolidación de estándares internacionales en esta materia. Cita instrumentos del ámbito universal y regional (africano, europeo e interamericano). En especial, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, la Observación General 6 del Comité DESC, jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, etc.⁹⁷

Teniendo en cuenta los cambios demográficos producidos en la región y el envejecimiento de la población, resalta la importancia de visibilizar a las personas mayores como sujetos de derechos con especial protección y por ende de cuidado integral, con el respeto de su autonomía e independencia. Considera que, respecto de las personas adultas mayores, como grupo en situación de vulnerabilidad, existe una obligación reforzada de respeto y garantía de su derecho a la salud, que se basa en la obligación de brindarles las prestaciones de salud que sean necesarias a su condición de manera eficiente y continua.⁹⁸

96. Sobre la evolución del concepto de desigualdad estructural en el sistema interamericano véase, V. Abramovich, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Revista *DERECHO PUCP*, No. 63 y “Responsabilidad estatal por la violencia de género: Comentarios sobre el caso ‘Campo Algodonero’ en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos 2010*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos.

97. Cfr. Corte IDH, “Poblete Vilches”, cit., párrs. 125 a 132.

98. Corte IDH, “Poblete Vilches”, cit., párr. 132.

Acceso a la salud de personas viviendo con HIV

En el caso “Cuscul Pivaral”, el tribunal retoma estándares ya esbozados en el caso “González Lluy” sobre atención integral a personas viviendo con HIV/SIDA. En particular, para determinar los distintos componentes de esta atención, toma en cuenta las Directrices internacionales en materia de HIV/SIDA y los derechos humanos.⁹⁹ Estas recomendaciones/directrices, catalogadas como *soft law*, se integran al contenido del derecho a la salud y pasan a ser contenido jurídico exigible.

Discriminación interseccional

En este caso, la Corte avanza también en conceptualizar y aplicar el concepto de discriminación interseccional para dimensionar de manera integral y comprensiva las vulneraciones al derecho a la salud y los impactos diferenciados y más perjudiciales causados a un grupo de víctimas del caso, quienes en algunos casos, además de ser mujeres viviendo con HIV/SIDA, se encontraban embarazadas.¹⁰⁰ En efecto, identifica la especial situación de vulnerabilidad de las personas con VIH, en especial cuando se trata de mujeres madres o embarazadas y/o de personas de bajos recursos.¹⁰¹

En ese sentido, la Corte puntualiza que la discriminación interseccional es resultado de la confluencia de distintos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación asociados a ciertas condiciones de una persona; la discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, y que este tipo de

99. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos. Versión consolidada de 2006.

100. Corte IDH, “Cuscul Pivaral”, cit., Al respecto, véase M. Góngora Mera, Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Manuel Góngora Mera, en M. Morales Antoniazzi, L. Ronconi y L. Clérico, *Interamericanización de los DESCA. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*, cit.

101. La Corte consideró que “las condiciones de mujeres que viven con el VIH, y en situación de embarazo, confluyeron de manera interseccional en las señoras Zepeda Herrera y Jesús Mérida, quienes por sus condiciones formaban parte de un grupo vulnerable por lo que su discriminación fue el producto de varios factores que interseccionaron y que se condicionaron entre sí (párr. 138).

discriminación puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o manera que a los hombres. De esta forma, los Estados deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas, así como aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones.¹⁰²

El tribunal interamericano ya se había referido al concepto de discriminación interseccional en “González Lluy”, la Corte ha reconocido que ciertos grupos de mujeres padecen discriminación a lo largo de su vida con base en más de un factor combinado con su sexo, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos.¹⁰³ En el caso “IVc. Bolivia”, se le solicitó a la Corte IDH determinar también si en el caso de la señora I.V. se verificó una discriminación múltiple, o si los distintos criterios alegados convergieron de forma interseccional en la configuración de una situación particular y específica de discriminación.¹⁰⁴ Sobre este punto, la Corte subraya que la esterilización sin consentimiento es un fenómeno que en diversos contextos y partes del mundo ha tenido un mayor impacto en mujeres que son parte de grupos con una mayor vulnerabilidad a sufrir esta violación de derechos humanos, ya sea por su posición socioeconómica, raza, discapacidad o vivir con el VIH.¹⁰⁵

Acceso a la salud en casos de tuberculosis

Por su parte, en el caso “Hernández vs. Argentina”, al estar en juego la atención médica a una persona que había contraído tuberculosis en contex-

102. Corte IDH, “Cuscul Pivaral”, cit, párr. 138.

103. Cfr. “González Lluy y otros”, cit., párr. 288.

104. Caso “I.V c. Bolivia”, cit., párr. 247.

105. La Corte IDH cita entre otras fuentes: ONU, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, Formas múltiples e interseccionales de discriminación y violencia contra la mujer, A/HRC/17/26, 2 de mayo de 2011, párr. 72, e Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, A/HRC/22/53, 1 de febrero de 2013, párr. 48. En el caso, la Corte concluye que el Estado incurrió en responsabilidad internacional por la discriminación sufrida por la señora I. V. por su condición de mujer en el goce y ejercicio de los derechos analizados pero no encuentra que se haya verificado una situación de discriminación interseccional.

to de encierro, el Tribunal se refirió a las obligaciones específicas que surgen para la atención a la salud para personas que padecen tuberculosis y para ello tuvo en cuenta las Normas Internacionales para la Asistencia Antituberculosa promulgadas por la Coalición Antituberculosa para la Asistencia Técnica, que constituyen una referencia autorizada para aclarar algunas obligaciones internacionales del Estado en la materia.¹⁰⁶ En lo general, dichas normas establecen que los principios básicos de la asistencia de las personas con tuberculosis son los mismos en todo el mundo: a) se debe establecer un diagnóstico con prontitud y exactitud, y b) se han de utilizar pautas de tratamiento normalizadas, de eficacia comprobada, con apoyo y supervisión del tratamiento adecuados, y deben asumirse las responsabilidades de salud pública esenciales.

IV. El caso “Cuscul Pivaral” y el alcance de la obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles

Por último, nos interesa detenernos particularmente en el análisis que avanza la Corte IDH de la obligación de progresividad y no regresividad y máximo de los recursos disponibles en el caso “Cuscul Pivaral”.¹⁰⁷ Aquí, la Corte IDH ofrece algunas especificaciones acerca de cómo debe interpretarse esta obligación. En este sentido, el tribunal aporta ciertas especificaciones y avanza criterios de interpretación, precisando escenarios en los que tales deberes se verían infringidos.

Estos desarrollos resultan particularmente relevantes ya que es la primera vez que la Corte aplica estos deberes específicos en casos concretos.

Recordemos que la Corte analiza las obligaciones de progresividad y no regresividad establecidas en el artículo 26 de la CADH de manera independiente del examen que realiza de las vulneraciones a los derechos a la salud,

106. Corte IDH, “Hernández vs. Argentina”, párr. 79.

107. Esta sección integra el artículo: J. Rossi, “Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles. Puntos de encuentro y desencuentro entre la Corte Interamericana y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas”, en M. Morales Antoniazzi, L. Ronconi y L. Clérico, *Interamericanización de los DESCAs. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*, cit.

integridad personal y a la vida, en relación con las obligaciones de respeto, garantía y no discriminación (artículos 1 y 2 de la Convención).

La Corte analiza por un lado y en lo que aquí interesa si el Estado es responsable por la vulneración de los derechos a la salud, a la vida y a la integridad personal (artículos 26, 4 y 5 de la CADH) debido al impacto de la falta o deficiente atención médica provista a las presuntas víctimas; la violación al principio de no discriminación, por la falta de atención médica integral omitiendo considerar los diversos factores de vulnerabilidad como personas que viven con el VIH, especialmente en el caso de mujeres embarazadas; y la violación al principio de progresividad contenido en el artículo 26 de la Convención Americana, por las alegadas medidas regresivas adoptadas en detrimento de la plena efectividad del derecho a la salud para el grupo afectado.¹⁰⁸

El tribunal interamericano divide su análisis en dos períodos (antes y después del año 2004). Concluye confirmando la responsabilidad estatal en tanto constata que, previo al año 2004, la mayoría de las presuntas víctimas no recibió ningún tipo de tratamiento médico o este fue deficiente para atender su afección. Al mismo tiempo, la Corte IDH considera que, con posterioridad al 2004, al haber sido acreditado el acceso irregular, nulo e inadecuado a antirretrovirales, la falta de acceso a pruebas periódicas de CD4, carga viral, fenotipo y genotipo, el inadecuado o nulo apoyo social, y la imposibilidad de acceso a los centros de salud por razones económicas o de ubicación de los domicilios de algunas de las presuntas víctimas del caso, el Estado también incumplió con su deber de garantía del derecho a la salud en tanto sus omisiones son incompatibles con los elementos de disponibilidad, accesibilidad y calidad de la atención a la salud.¹⁰⁹ Finalmente halló responsable al Estado por la violación del deber de garantía en relación con el derecho a la vida de las personas que fallecieron a causa de la nula o deficiente

108. Corte IDH, caso “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, cit., párr. 72.

109. Corte IDH, caso “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, cit., párr. 126. La Corte expresa: “Los elementos de disponibilidad y calidad requieren que exista un número suficiente de bienes, servicios y medicamentos necesarios para la atención a la salud que también deben ser apropiados desde el punto de vista médico y de buena calidad. El elemento de accesibilidad requiere que los establecimientos, bienes y servicios de salud sean accesibles de hecho y de derecho para los sectores más vulnerables y marginados, y que estén a una distancia geográfica razonable” (*ibid.*, párr. 126).

atención médica¹¹⁰ y a la integridad física por las secuelas físicas y psíquicas que sufrieron varias de las víctimas como resultado de su condición como personas que viven con VIH.¹¹¹

Hasta el caso “Cuscul Pivaral”, la Corte IDH había abordado escasamente el alcance de dichas obligaciones. En efecto, ya nos referimos previamente en este trabajo a la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la obligación de progresividad y no regresividad, desde el caso “Cinco Pensionistas vs. Perú” (2003) hasta el caso “Acevedo Buendía vs. Perú” (2009) donde el tribunal desanda sus pasos, supera y rectifica las apreciaciones desatinadas y estándares incorrectos del primer caso. Sin embargo, en ninguno de los casos consideró aplicable dicha obligación al caso concreto.

En este contexto jurisprudencial, en el caso “Cuscul Pivaral”, la Corte retoma lo dicho en “Acevedo Buendía” y determina que el artículo 26 establece en cabeza de los Estados una obligación jurídica exigible, con características particulares vinculadas a la modalidad y plazos de cumplimiento, que no es distinta de la obligación que establece la misma CADH en su artículo 2 al reconocer compromisos programáticos de los Estados de “adoptar medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención”.¹¹²

Al mismo tiempo, utiliza la jurisprudencia del Comité DESC para reforzar su posición de que la obligación de progresividad es una obligación jurídica exigible, aun cuando la plena efectividad de los derechos se realizará paulatinamente y en consideración de las restricciones a la disponibilidad

110. Corte IDH, caso “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, cit., párrs. 158 y 159.

111. Corte IDH, caso “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, cit., párr. 163.

112. Corte IDH, caso “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, cit., párr. 79. La Corte considera que la mención del artículo 26 que se refiere al deber de los Estados de “adoptar providencias”, “para lograr progresivamente la plena efectividad” de los derechos que se derivan de la Carta de la OEA debe ser entendido como una formulación acerca de la naturaleza de la obligación que emana de dicha norma, y no acerca de la falta de existencia de obligaciones en sentido estricto para los Estados. La Corte recuerda que existen obligaciones formuladas en términos similares al artículo 26 reconocidos en otros artículos de la Convención, sin que exista controversia respecto a que estos imponen obligaciones exigibles en el plano internacional...” (*ibid.*, párr. 71).

de recursos, ello no invalida tal carácter, a la par que, de aquella obligación madre, surgen obligaciones de carácter “inmediato”.¹¹³

A su vez, el tribunal puntualiza que de la obligación de progresividad se desprende la obligación de no regresividad, tal como ha establecido el Comité DESC, desde sus primeras observaciones generales: “Como correlato de lo anterior, la Corte ha considerado que se desprende un deber –si bien condicionado– de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho”.¹¹⁴

Al respecto, la Corte retoma lo señalado por el Comité de Naciones Unidas para precisar el test de escrutinio de la validez de medidas deliberadamente regresivas: dichas medidas requieren la consideración más cuidadosa y deben justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el pacto de que se trate (en este caso, la CADH o el Protocolo de San Salvador) y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos estatales disponibles.¹¹⁵ En la misma línea, la Corte refiere que la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”.¹¹⁶ Concluye que, en función de lo expuesto y reforzando líneas jurisprudenciales anteriores, “esta faceta del principio de progresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales se trate”.¹¹⁷

Luego del análisis conceptual de la obligación de progresividad y no regresividad, el tribunal examina si, en el caso concreto, Guatemala ha vulnerado dicha obligación con relación al derecho a la salud. Recordemos que

113. Corte IDH, caso “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, cit. 80.

114. Corte IDH, caso “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, cit. párr. 143.

115. Corte IDH, caso “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, párr. 143. Aquí la Corte cita la Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’ de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto”, 21 de septiembre de 2007, U.N. Doc. E/C.12/2007/1) del Comité DESC.

116. La Corte menciona el Informe de Admisibilidad y Fondo de la CIDH del caso “Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social” (*ibid.*, párr. 143). La Corte además cita en su respaldo el caso “Acevedo Buendía” (2009).

117. Corte IDH, caso “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, cit., párr. 143.

los representantes de las víctimas habían alegado que el Estado, a pesar de tener conocimiento de la existencia de una epidemia de VIH en su territorio, adoptó medidas regresivas y no dispuso del máximo de sus recursos disponibles para prevenir la propagación del virus y garantizar el derecho a la salud. Específicamente, los representantes pusieron de manifiesto las barreras legales en materia de patentes que impidieron el abastecimiento permanente de medicamentos de bajo costo por parte del sistema de salud público, así como obstáculos en materia de contratación administrativa y actos de corrupción.¹¹⁸

La Corte IDH no consideró aplicable al caso el alegato sobre la violación del deber de no regresividad en materia de salud tal como fue planteado, sino que procedió a examinar las distintas medidas adoptadas por el Estado en distintos momentos del período en el que se alegaba la ocurrencia de las violaciones. Así concluyó que, previo a 2004, “...debido a la inacción estatal en materia de protección al derecho a la salud de la población de personas que viven con el VIH, a pesar de la existencia de una obligación internacional y de una regulación estatal [...] el Estado es responsable por la violación al principio de progresividad contenido en el artículo 26 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento”.¹¹⁹

En este sentido, el tribunal halló que, en ese período Guatemala no contaba con políticas públicas o programas que de facto –y no solo de iure– le permitieran cumplir con la obligación de lograr la plena efectividad del derecho a la salud. Por ello determinó que las obligaciones de realización progresiva de los DESCAs requieren la adopción continua de acciones para la consecución del pleno goce de estos derechos. De esta forma, “la dimensión progresiva de protección de los DESCAs, si bien reconoce una cierta gradualidad para su realización, también incluye un sentido de progreso, que requiere la mejora efectiva de las condiciones de goce y ejercicio de estos derechos, de forma tal que se corrijan las desigualdades sociales y se facilite la inclusión de grupos vulnerables”.¹²⁰

En esta lógica, la obligación de realización progresiva prohíbe la inactividad del Estado “sobre todo en aquellas materias donde la ausencia total

118. Corte IDH, caso “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, cit., párr. 140.

119. Corte IDH, caso “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, cit., párr. 148.

120. Corte IDH, caso “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, cit., párr. 146.

de protección estatal coloca a las personas ante la inminencia de sufrir un daño a su vida o su integridad personal. Este riesgo ocurre en relación con personas que viven con el VIH que no reciben atención médica adecuada”. El tribunal concluye que “el Estado incumple sus obligaciones convencionales de realización progresiva al no contar con políticas públicas o programas que de facto –y no solo de jure– le permitan avanzar en el cumplimiento de su obligación de lograr la plena efectividad del derecho a la salud”.¹²¹

Por último, el tribunal interamericano descarta que Guatemala haya incurrido en una vulneración de la obligación de no regresividad para prevenir y combatir el virus de HIV tal como sostenían la Comisión y los representantes de las víctimas,¹²² en tanto desde el año 2004 hasta el año 2017 el Estado impulsó un conjunto de acciones que incluían la promulgación de leyes y decretos, acuerdos gubernativos, protocolos de atención, convenios de cooperación y manuales, así como aumentos progresivos del presupuesto y otras medidas de política pública encaminadas a lograr una mayor protección de la población afectada.¹²³

121. Corte IDH, caso “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, cit., párr. 146. Sigue la Corte afirmando: “En efecto, la determinación sobre cuándo el Estado ha incumplido con este deber deberá realizarse atendiendo las circunstancias particulares de la legislación de un Estado y los recursos disponibles. Sin embargo, la Corte reconoce que el margen con el que gozan los Estados para la realización efectiva de los DESCAs no justifica la inacción en su protección. En este sentido, en el presente caso, el Tribunal recuerda que ha quedado demostrado que el Estado, a pesar de contar con una serie de leyes y programas diseñados para la atención de personas que viven con el VIH, no proveyó tratamiento médico antes del año 2004 para garantizar el derecho a la salud de dichas personas, salvo para atender a un número limitado de personas, confiando esta tarea en la acción de organizaciones no gubernamentales. [...] De esta forma, la Corte considera que la inacción por parte del Estado, antes del año 2004, constituyó un incumplimiento de las obligaciones estatales en materia de protección progresiva del derecho a la salud, en violación al artículo 26 de la Convención Americana” (*ibid.*, párr. 147).

122. Expresa la Corte: “Teniendo en cuenta que lo que está bajo análisis se refiere a las medidas específicas que, en concepto de la Comisión y de los representantes, habrían sido regresivas para prevenir y combatir el virus del VIH en Guatemala, la Corte aclara que en el presente caso no corresponde evaluar si la actual política pública estatal en materia de combate al VIH es insuficiente en relación con las obligaciones previstas por el artículo 26 de la Convención” (*ibid.*, párr. 145).

123. Corte IDH, caso “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, cit., párr. 145.

De las consideraciones y conclusiones de la Corte antes reseñados, surgen una serie de precisiones conceptuales y ciertos interrogantes que sintetizamos en lo que sigue:

1. Precisiones conceptuales de la jurisprudencia de la Corte IDH

a) Para cumplir con la obligación de progresividad, los Estados deben avanzar continuamente hacia la plena satisfacción de los derechos sociales, por lo que una situación comprobada de inacción para la protección de los derechos en juego no es válida en los términos de la CADH (y del Protocolo de San Salvador).

b) Si bien el núcleo duro del deber de desarrollo progresivo consiste en la adopción de medidas legislativas y normativa administrativa consecuente, ello no es suficiente para satisfacer esta obligación. Esas acciones se deben complementar con medidas de política pública y programas específicos que sean idóneos y conducentes para proveer las prestaciones sociales necesarias a fin de satisfacer los derechos en juego. La inacción se configura, entre otros supuestos, cuando, a pesar de la existencia de normativa e incluso de políticas y programas diseñados para proveer dichas prestaciones, el Estado no cumple con la regulación vigente, y en la práctica no los implementa y no provee las prestaciones a las personas afectadas.

c) La inactividad estatal es especialmente inválida cuando provoca la inminencia de sufrir un daño a la vida o a la integridad personal. Esta situación acontece cuando se trata de personas viviendo con HIV a quienes no les es provista una atención médica adecuada, aunque no estaría limitada solo a este supuesto.

d) Para la satisfacer la obligación de progresividad, se debe verificar una “mejora efectiva” de las condiciones de goce y ejercicio de los derechos sociales. Esta no se satisface solo con la adopción de legislación, políticas, programas y mayores recursos. En esta línea, el deber de desarrollo progresivo incluye un sentido de progreso. De modo tal que, en los términos de la Corte IDH, resultaría necesaria la comprobación de esa “mejora efectiva” sobre el nivel de goce de los derechos de que se trate, y como presupuesto de ello entonces, resultaría necesaria la “medición” de aquel extremo.

2. Algunos interrogantes que surgen de las interpretaciones de la Corte

Al mismo tiempo, las consideraciones de la Corte en el caso dejan planteados algunos interrogantes:

a) Como referimos, la Corte parece sugerir que es necesario medir los mayores niveles de satisfacción del derecho en juego y, para ello, es necesario producir información precisa que dé cuenta de esa “mejora efectiva”. Sin embargo, en el caso bajo estudio, el tribunal afirma que luego del año 2004, el Estado comenzó a adoptar políticas y programas y a asignar mayor presupuesto, pero no realiza mediciones concretas de los resultados de estas medidas y solo descarta una vulneración de la obligación de no regresividad, pero no se pronuncia sobre el cumplimiento de la obligación de progresividad. En la visión de la Corte IDH, el hecho de que Guatemala comenzara a adoptar políticas, programas y a asignar presupuesto parece desechar automáticamente –sin contar con mediciones sobre su efectividad– que Guatemala hubiera infringido el deber de no regresividad pero no ser suficiente para satisfacer el deber de progresividad (aunque la Corte decide no analizar explícitamente este extremo).¹²⁴

Ahora bien, esta afirmación parece ser contradictoria con la conclusión simultánea del tribunal de que Guatemala, incluso con posterioridad a 2004, incumplió su deber de garantía respecto del derecho a la salud, por no haber provisto, de acuerdo con los estándares exigidos, la atención médica integral que los pacientes requerían. La Corte no ofrece pautas suficientemente claras para determinar la inexistencia de una violación de la obligación de no regresividad (entre otras cuestiones, no realiza mediciones al respecto cuando la situación no parece encuadrarse en un supuesto de regresividad normativa sino de políticas), y al mismo tiempo, concluir enfáticamente que Guatemala vulneró el deber de garantía respecto del derecho a la salud de las víctimas del caso. Tampoco surgen claros los motivos por los que la Corte omite pronunciarse sobre la potencial vulneración del deber de progresividad.

b) En línea con lo señalado en el punto anterior, surge también el interrogante sobre si el cumplimiento del deber de progresividad y la no

124. Corte IDH, caso “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, cit., párr. 145.

regresividad debe evaluarse en función de resultados concretos medibles por su efectividad para garantizar el derecho o los derechos en juego, respecto del grupo de víctimas denunciantes o en relación a la población afectada en términos generales (en este caso, el grupo poblacional viviendo con HIV en Guatemala). El tribunal no ofrece precisiones a este respecto cuando determina la inexistencia de una vulneración a la obligación de no regresividad. El parámetro que parece tomar la Corte es la verificación de la existencia de políticas, programas y mayor presupuesto, pero sin un correlato con la efectiva provisión de atención médica integral a la población afectada o, al menos, a los denunciantes en el caso. Tampoco es claro si el tribunal entiende que podría encontrar violaciones a la obligación de progresividad a partir de mediciones respecto de todo el grupo de población viviendo con HIV o solo respecto del grupo implicado en el caso.

c) Si bien la Corte menciona que en el análisis de la obligación de progresividad y no regresividad debe ponderarse la asignación de recursos a esas políticas, luego, en el análisis concreto de las circunstancias del caso no incorpora esta dimensión. No queda claro si es porque el Estado no plantea la inexistencia o insuficiencia de recursos como una justificación del incumplimiento de sus deberes (en este esquema, de acuerdo a los estándares aplicables la carga de la prueba de demostrar la insuficiencia de recursos estaría en cabeza del Estado) o en tanto la situación de inacción total y consecuente desprotección de las personas viviendo con HIV era demasiado extrema y vulneraba las obligaciones mínimas a este respecto, ninguna justificación en ese sentido podría ser procedente. La Corte deja el interrogante planteado.

d) Otra cuestión a señalar es que el tribunal interamericano rechazó el análisis de la alegación por parte de los representantes de las víctimas de que existían barreras legales en materia de patentes que impidieron el abastecimiento permanente de medicamentos de bajo costo por parte del sistema de salud público, a pesar de tener conocimiento de la existencia de una epidemia de VIH en su territorio. Ello, por no haber sido parte del informe de fondo emitido por la Comisión. A simple vista, tal afirmación se presenta como una interpretación demasiado rígida del marco fáctico del caso y en definitiva con consecuencias muy relevantes para la efectiva garantía del derecho a la salud de las personas viviendo con HIV en Guatemala. Es posible que el análisis del marco regulatorio guatemalteco sobre patentes de medicamentos de HIV fuera crucial en la determinación de la imposibilidad de dar acceso amplio a los tratamientos médicos integrales y que entonces de-

biera ser revertido o modificado para permitir un acceso amplio y adecuado a los medicamentos. La Corte IDH no parece dispuesta a indagar sobre ciertas causas estructurales que podrían estar provocando la falta de atención médica integral a personas viviendo con HIV.¹²⁵ Una medida regulatoria y de política pública de tales características no debería haber quedado al margen del análisis en tanto se garantice al Estado una oportunidad razonable de presentar sus explicaciones y alegar y eventualmente presentar prueba al respecto. La información en el caso no es suficiente para hacer un análisis más profundo sobre el punto.

e) Por último, surge también la duda de si “la inacción” del Estado previa a 2004, tal como la cataloga la Corte, no podría encuadrarse de manera más precisa y rigurosa como un incumplimiento de la “obligación inmediata de adoptar medidas” que, a su vez, constituye el componente primero y principal del contenido de la obligación de progresividad, tal como ella misma ha reconocido. Ello iría en línea con la conclusión del tribunal de que el Estado es responsable por la violación al deber de garantía del derecho a la salud (entendemos que en su faceta de prevención), de conformidad con el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de las 49 personas señaladas como víctimas en la sentencia.

En este sentido, estimamos necesario que la Corte IDH profundice y precise el régimen de obligaciones que establece la CADH con relación a los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, respecto de la articulación y relación entre las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 y la obligación de progresividad contenida en el artículo 26 de la CADH. De igual modo, que elabore mayores especificaciones sobre los contornos y alcance de la obligación de desarrollo progresivo en casos contenciosos y bajo qué circunstancias analizará violaciones a este deber. Esta precisión, a su vez, es sumamente relevante para la determinación del tipo y alcance de las medidas de reparación que deberán ser establecidas en los casos concretos.¹²⁶

125. En sentido similar sobre el caso “Poblete Vilches” de la Corte IDH, véase, M. Aldao y M. L. Clérico, “El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos. El caso Poblete Vilches y el examen de (in)cumplimiento de las obligaciones impostergables y no ponderables”, cit., pp. 349 y 350.

126. En este sentido, el juez Ferrer Mac-Gregor en su voto concurrente en el caso “Muelles Flores”, cit., expresa que: “Otro aspecto diferenciador radica en que ahora la Corte IDH

V. Recapitulando y señalando algunos desafíos

Para finalizar, corresponde mencionar que la vía de la justiciabilidad directa, promete aportar a una mayor protección de los derechos sociales, tal como sostuvo el juez de la Corte Ferrer Mac-Gregor en sus votos concurrentes en los casos “Suárez Peralta” y “González Lluy”. Entre otras razones, este abordaje permite mayor precisión en la identificación de los derechos sociales afectados (y no solo como derivación de otros derechos como vida/vida digna e integridad física) y esclarecer y amplificar los contenidos específicos de estos derechos y las obligaciones estatales en esta materia. Como consecuencia de ello, ofrece la posibilidad de precisar las reparaciones debidas a las víctimas de modo más adecuado, en función de un mayor desarrollo y especificidad de las vulneraciones a estos derechos.

Estas ventajas se observan comparando los casos en los que la Corte abordó las afectaciones a los DESCAs por la vía indirecta con los casos recientes donde los resuelve por la vía directa, aunque también ha habido importantes contribuciones de la Corte por vía de conexidad –en particular, sobre la responsabilidad estatal en la rectoría del sistema de salud, aun cuando incluya prestadores de servicios privados.¹²⁷

Como advertencia, a su vez, debe señalarse que la aplicación de la obligación de progresividad, de acuerdo con el máximo de los recursos disponibles, no debe opacar la posibilidad de obtener la mayor protección posible

puede profundizar en el régimen obligacional sobre un determinado derecho. El Tribunal Interamericano identifica que la seguridad social, derivada de las obligaciones generales de respeto y garantía contenidas en los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José, le son aplicables tanto las obligaciones de carácter inmediato (por ejemplo, la no discriminación) como aquellas obligaciones que requieren un lapso para su implementación, como lo son las obligaciones de carácter progresivo –y, por consiguiente, obligaciones de no regresividad–. Evidentemente, cada caso bajo estudio requiere determinar qué tipo de obligaciones están en juego frente al derecho a la seguridad social, ya sean obligaciones de respeto frente al derecho, obligaciones de garantía (como podría ser la progresividad) o bien una combinación de ambas. Esta identificación resulta fundamental debido a que demuestra que no en todos los casos en los que se involucra un derecho social necesariamente trae aparejada únicamente una violación a la “obligación de progresividad” (cfr. caso “Muelle Flores”, cit., párr. 31).

127. Cfr. C. Courtis, “Prólogo” en M. Morales Antoniazzi, L. Ronconi y L. Clérico, *Interamericanización de los DESCAs*. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH, cit.

a estos derechos. La Corte IDH pero también la CIDH deben evitar verse envueltas en una cláusula ambigua, de difícil precisión, que obture la delimitación de lineamientos certeros para formular políticas públicas acordes con una visión fuerte de los Estados Sociales de Derecho en la región. Las líneas interpretativas de la CADH deben estar dirigidas a atacar de la manera más efectiva y urgente posible el panorama de pobreza, pobreza extrema, desempleo y exclusión social de vastos sectores de la población latinoamericana, que parece se agravará en los próximos meses como consecuencia de la actual pandemia del Covid-19.

A su vez, en términos de hermenéutica jurídica, es preciso tener en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, las interpretaciones deben tener como horizonte unificar las obligaciones entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, así como tender a una interpretación holística e integral del alcance de los derechos y las obligaciones y no interpretaciones que los divorcien o distancien.¹²⁸ Como obligación inmediata de la obligación de progresividad y para darle un sentido muy específico, concreto y directamente exigible, debe afirmarse el desarrollo de la obligación de garantizar el núcleo esencial de los derechos, sin condicionantes. La provisión de un umbral mínimo de cada derecho constituye un deber estatal imposter-gable, no sujeto a la progresividad ni a la disponibilidad de recursos.

Solo en casos extremos el Estado podrá justificar un incumplimiento de las obligaciones básicas. Por ello, es fundamental el avance en la definición de las obligaciones mínimas/contenido esencial de los derechos sociales. El Comité DESC, como ya hemos visto, ha transitado este camino, así como también cortes supremas o constitucionales de la región, como Colombia, Argentina y Brasil. La Corte IDH en el caso Pobleto Vilches refiere a obligaciones básicas, pero su desarrollo es escaso y no queda claro si es un estándar que vino para quedarse o resulta solo una mención al pasar.

Resultaría conveniente también que la Corte IDH profundice y precise el régimen de obligaciones que establece la CADH, en particular, respecto de la articulación y relación entre las obligaciones de “respeto” y “garantía”, la de “adoptar medidas” y la “obligación de progresividad y no regresividad”.

128. Véase al respecto, G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, 2007.

Esta precisión es de suma importancia para la determinación del tipo y alcance de las medidas de reparación en los casos concretos. De igual modo resulta relevante para consolidar un esquema común de obligaciones entre derechos sociales y derechos civiles y políticos, que tienda a la unificación y no al divorcio o distanciamiento, reforzando la indivisibilidad e interdependencia entre ambos grupos de derechos.

A su vez, es necesario intensificar el desarrollo de criterios para evaluar si en el marco de la obligación de progresividad y no regresividad los Estados efectivamente disponen del máximo de los recursos disponibles. En esta evaluación de los “recursos disponibles” debe incluirse la política fiscal, tanto la asignación del gasto como las características de los sistemas impositivos y promover la imposición de cargas tributarias sobre los sectores sociales de mayores ingresos, sobre todo en épocas de crisis y de restricción de recursos, como la que estamos viviendo actualmente en la región latinoamericana y en el mundo en general. Esta es una cláusula que merece atención y un análisis de su potencial redistributivo.

De igual modo los órganos del sistema deben desarrollar el alcance de la obligación de no regresividad en contextos de ajuste y programas y medidas de austeridad como los que han sufrido y sufren muchos países de la región.

Otro desarrollo crucial en el que la Corte y los órganos del SIDH deberán profundizar es en la obligación de no discriminación y desigualdad estructural y la protección especial de grupos vulnerabilizados. América Latina sigue siendo el continente más desigual y consecuentes reparaciones en este sentido deben implicar medidas positivas, políticas públicas diferenciadas para atender desigualdades por razón de sexo y género, etnia, condición socioeconómica, edad (niños, jóvenes y personas adultas mayores), ubicación geográfica (rural y urbana) y discapacidad. Se debe poner el foco en las consecuencias de determinar la existencia de una situación de desigualdad estructural para lograr transformaciones de fondo, sustantivas, de las causas que generan aquellas disparidades tan visibles en la región.

A su vez, existe escaso desarrollo del deber de recurrir a la asistencia y cooperación internacionales especialmente económica y técnica tanto a nivel internacional como regional.

Por último, la Corte IDH deberá generar un diálogo institucional vigoroso con la recientemente creada Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el marco de la Comisión Interame-

ricana de Derechos y el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador a fin de avanzar interpretaciones coherentes y consistentes, en un área que se encuentra aún en construcción pero que resulta urgente para mejorar la vida de millones de personas en América Latina.

Bibliografía

- Abramovich, V.: “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Revista *DERECHO PUCP*, No. 63.
- “Responsabilidad estatal por la violencia de género: Comentarios sobre el caso ‘Campo Algodonero’ en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos 2010*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos.
- CEPAL: Panorama Social de América Latina 2019, diciembre de 2019, disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44969/5/S1901133_es.pdf
- Cerqueira, D.: “Sobre la necesidad de llenar los vacíos argumentativos de la sentencia Lagos del Campo vs. Perú”, en Blog *Justicia en las América de la Fundación Debido Proceso*, disponible en <https://dplfblog.com/2018/05/29/la-justiciabilidad-de-los-desca-bajo-la-convencion-americana/>
- Courtis, C.: “Prólogo”, en M. Morales Antoniazzi, L. Ronconi y L. Clérico, *Interamericanización de los DESCAs. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2020.
- “Capítulo III - Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Artículo 26. Desarrollo Progresivo”, en Christian Steiner / Patricia Uribe (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario*; Fundación Konrad Adenauer, Bolivia, 2014.
- “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los ‘Cinco Pensionistas’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Mexicana de Derecho Público* N°6, ITAM, Departamento de Derecho, 2004.
- (comp.): *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto-CEDAL-CELS, Buenos Aires, 2006.

- “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en C. Courtis, D. Hauser y G. Rodríguez Huerta (comps.), *Protección internacional de los derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005.
- Ferrer Mac-Gregor, E., Morales Antoniazzi, M. y Flores Pantoja, R.: *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018.
- Góngora Mera, M.: “Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en M. Morales Antoniazzi, L. Ronconi y L. Clérico, *Interamericanización de los DESCAs. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2020.
- Martín, A. y Clérico, M. L.: “El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos. El caso Poblete Vilches y el examen de (in)cumplimiento de las obligaciones impostergables y no ponderables”, en Morales Antoniazzi y Clérico (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, Instituto de Estudios Comparados del Estado de Querétaro, Querétaro, 2019.
- Parra Vera, O.: “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo” en Ferrer Mac-Gregor, Morales Antoniazzi y Flores Pantoja (coords.), *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Colección Constitución y Derechos, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018.
- Pautassi, Laura: “Indicadores de Progreso para Medir Derechos Sociales: un nuevo escenario para las políticas públicas en América Latina”, en Muñoz-Pogossian y Barrantes (eds.), *Más derechos para más gente. Equidad e inclusión social: superando desigualdades hacia sociedades más inclusivas*. Organización de Estados Americanos, Desarrollo e inclusión social, Washington, DC, 2016.

- Pinto, M.: “Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Volumen 40, 2004.
- Pisarello, G.: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, 2007.
- “La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Clérico, M. L., L. Ronconi y M. Aldao, (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.
- *Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ante el Sistema Interamericano*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011.
- Ronconi, L.: “Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH y llegaron, ¿para quedarse?”, en Morales Antoniazzi y Clérico (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, Instituto de Estudios Comparados del Estado de Querétaro, Querétaro, 2019.
- Rossi, J.: “Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles. Puntos de encuentro y desencuentro entre la Corte Interamericana y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas”, en Morales Antoniazzi, Ronconi y Clérico, *Interamericanización de los DESC. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2020.
- Rossi J. y Abramovich, V.: “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Martin, Rodríguez-Pinzón; Guevara (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Fontamara-American University-Universidad Iberoamericana; México, 2004.

Ética judicial

*Luciana Melograna**

Resumen

La ética judicial ha cobrado importancia en los últimos tiempos, despertando el interés de doctrinarios, gobiernos, el propio poder judicial y el público en general. A su vez, es un tema que suele ser abordado de manera fragmentada respecto a los diferentes ámbitos del quehacer judicial. En este trabajo se pretende resaltar la importancia del estudio de la ética judicial realizando un abordaje integrador de la materia, sobre todo a partir de las teorías de ética normativa.

Palabras clave: ética judicial, ética normativa, razonamiento judicial, consecuencialismo, deontologismo, ética de la virtud, códigos de ética, comportamiento judicial, reforma judicial.

Judicial Ethics

Abstract

Judicial ethics has gained relevance in the last years, raising the interest of doctrinarians, governments, the judicial branch itself and the public in general. In addition, this topic is usually approached in a piecemeal manner in connection to the different areas of judicial activities. The purpose of this work is to highlight the importance of the study of judicial ethics, making an inclusive approach to the topic, mainly based on normative ethics theories.

* Especialista en Derecho Penal (UBA), Especialista en Administración de Justicia (UBA), Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; lucianamelograna@icloud.com

Keywords: Judicial Ethics, Normative Ethics, Judicial Reasoning, Consequentialism, Deontology, Character-based ethics, Ethics codes, Judicial Behavior, Judicial Reform.

I. Introducción

Durante el último tiempo en Argentina el tema de la ética judicial ha cobrado cierta relevancia, sobre todo a partir de una revisión, basada fundamentalmente en la crítica, de la actuación del poder judicial en su conjunto, aunque centrada en la figura del juez. Si bien el poder judicial, al igual que los otros poderes del Estado, nunca ha estado exento de cierto nivel de reproche por parte de la opinión pública,¹ el embate más fuerte provino desde el sector gubernamental durante el segundo gobierno de Cristina Fernández con el envío al Congreso de seis proyectos de ley que impulsaban algunas reformas. Ese paquete de leyes, denominado “democratización de la justicia”, contenía –como su nombre lo indica– una enorme crítica ética.²

Probablemente a causa de la suerte que corrieron esas leyes, aunado a que la reforma en sí misma era insuficiente, el tema de la ética judicial siguió estando en el centro de la discusión. El planteo acerca de la necesidad de una profunda reforma pasó a integrar la agenda del actual gobierno desde sus inicios a través del programa “Justicia 2020” del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Incluso, la atención se fue incrementando con el impulso en temas de transparencia del gobierno de Mauricio Macri, la envergadura que adquirieron los casos de corrupción que la justicia federal investiga, la renuncia de jueces federales y la discusión sobre el pago del impuesto a las ganancias.

La ética judicial suele ser abordada de forma fragmentada o desde los distintos ámbitos del quehacer judicial. Así, desde un punto de vista teórico

1. Desde la década del 90 el público general y los medios de comunicación han realizado críticas esporádicas al poder judicial, sobre todo vinculadas a materias como seguridad y corrupción, entre otras.

2. Podría pensarse que la idea de democratizar la justicia es una consecuencia de que, luego de la última dictadura militar, mientras los otros poderes del Estado tuvieron la necesidad de redefinir su actuación nutridos de los principios democráticos, el poder judicial se vio puesto a salvo de esa tarea con la protección que le otorgó el juicio a las Juntas.

o académico ha sido tratada por los juristas y filósofos morales en escasos trabajos y generalmente acotada al ejercicio de la función del juez en la aplicación de la ley cuando decide los casos traídos a su conocimiento. Ese mismo ámbito de la ética es el que se estudia en el posgrado de Administración de Justicia en esta universidad. Ahora bien, existe un sector más amplio de la ética judicial concerniente a la conducta del juez más globalmente considerada. Este segundo ámbito, que resulta interesante analizar a la luz de las críticas que padece el poder judicial, ha cobrado relevancia en el mundo académico y judicial durante los últimos años –no solo en Argentina– y se ha manifestado en una tendencia a dictar códigos de ética.³

El objetivo de este trabajo es plantear que, si la ética tiene un rol protagónico en las reformas que se impulsan en el poder judicial –como por lo menos declamativamente parece tener–, entonces debe ser abordada de un modo integral. Como parte central de ese abordaje se intenta delimitar y analizar los dos ámbitos de la ética judicial y estudiar las relaciones entre el ámbito más académico –en adelante, “ética del razonamiento judicial”– y el ámbito más general de la conducta de los jueces –en adelante, “ética del comportamiento”–. Aquí se pretende trasladar las teorías éticas tratadas en el estudio de la ética del razonamiento al ámbito de la ética del comportamiento judicial como parte de un tratamiento integral.

Además de destacar la importancia de los ámbitos de la ética judicial, en este trabajo se defiende, por un lado, la conveniencia del dictado de códigos de ética para el ejercicio de la función y, por otro, la necesidad de combatir la visión actual de la ética casi exclusivamente como ausencia de corrupción. Para ello, primero se realiza una reseña del marco teórico y de las teorías que dominan el campo de la teoría ética, dado que se trata de un tema de difícil abordaje por su complejidad, grado de desarrollo y profundidad. Luego se analiza la ética normativa en el campo del razonamiento judicial, tratando de señalar la relevancia que el tópico tiene en el ejercicio de la función. A continuación, se realiza una delimitación de la ética del comportamiento judicial y se destacan cuatro puntos específicos: la tendencia de codificación, la conveniencia de dictar códigos de ética, la ética normativa de

3. Un esquema diferente y más amplio de los diferentes abordajes de la ética judicial puede encontrarse en De La Torre Díaz, F. J. y Chaparro Ruiz, A. B., “Ética judicial en España”, en AA.VV., *Ética judicial*, Andruet, A. S. (dir.), Astrea, Buenos Aires, 2018.

la ética del comportamiento judicial y la necesidad de abandonar la visión ética limitada a la ausencia de corrupción. Por último, se realizan algunos comentarios finales.

II. Nociones básicas de teoría ética

La filosofía moral de tradición occidental divide la ética en tres ramas⁴ o niveles de análisis: a) la metaética, b) la ética normativa y c) la ética aplicada.

II.A. La metaética

También denominada “ética analítica”,⁵ trata de definir qué es la ética y de establecer la naturaleza de los juicios morales.⁶ Esta rama de la ética ha dado lugar a un complejo conjunto de teorías con múltiples corrientes de pensamiento, cuya principal subdivisión obedece al criterio de distinguir si los juicios éticos son descriptivos o no descriptivos. En este sentido “no son tanto teorías de ética sino sobre la ética”.⁷ Dentro de esta clasificación se encuentran teorías como el intuicionismo, el prescriptivismo, el emotivismo y el constructivismo ético.

II.B. La ética normativa

Es la parte de la ética que se ocupa de contestar a las preguntas de cómo debo actuar y qué es lo bueno y qué es lo correcto, es decir, se orienta a la conducta de los individuos. Nino afirma que es la encargada de “...formular y justificar (suponiendo que ello sea posible) juicios morales y determinar qué acciones o instituciones son buenas”.⁸ El mismo autor utiliza una clasificación de las teorías de ética normativa que es comúnmente aceptada y las divide en deontológicas y teleológicas, no sin destacar la dificultad que

4. Singer, P. (ed.), *Compendio de ética*, Alianza, Madrid, 2004.

5. Nino, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 354.

6. Nino, C. S., *Ocho lecciones sobre ética y derecho*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2013, p. 31.

7. Singer, P. (ed.), *Compendio de ética*, Alianza, Madrid, 2004, p. 12.

8. Nino, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., p. 354.

presenta la clasificación al momento de establecer un criterio de distinción entre ambas.⁹ Dentro de la ética normativa las teorías más relevantes son el deontologismo, el consecuencialismo y la teoría de la virtud.¹⁰

II.B.1. Deontologismo

La teoría deontológica sostiene que existen actos que son malos en sí mismos y que debemos abstenernos de realizar, independientemente de las consecuencias que dicha abstención pueda ocasionar. De acuerdo con esta teoría, lo correcto no se define en función de lo bueno y lo correcto es anterior al bien.

El deontologismo posee un catálogo de conductas que el agente moral no debe realizar, las cuales son formuladas negativamente como prohibiciones, se interpretan de manera limitada y se relacionan siempre con el ámbito estrecho de decisión del agente.¹¹ Sin lugar a dudas, el máximo exponente del deontologismo –y quizás el más importante filósofo desde la antigüedad–¹² es Kant (1742-1804), quien defendió la idea de que las reglas morales son deberes absolutos¹³ y que la moral indica como incorrectas, sin excepciones, cierta clase de acciones. Según este autor, la obligación moral nace de una ley que nos imponemos a nosotros mismos como seres racionales y libres, y que es universalizable. Para Kant siempre hemos de determinar qué es lo correcto antes de conocer lo que es bueno,¹⁴ y jamás se debe utilizar a una persona como medio para lograr un fin determinado.

9. En *Introducción al análisis del derecho*, *op. cit.*, p. 383, Nino utiliza esta distinción porque sostiene que es comúnmente aceptada, aunque afirma que es una sobresimplificación. En *Ocho lecciones sobre ética y derecho*, *op. cit.*, p. 93 y ss., realiza un extenso desarrollo sobre la dificultad para esclarecer el criterio distintivo.

10. En palabras de Farrell, son las tres teorías éticas normativas que dominan el panorama de la filosofía moral. Farrell, M. D., “La ética de la función judicial”, en *La función Judicial. Ética y democracia*, Malem, J.; Orozco, J., y Vázquez, R. (comp.), Gedisa, Barcelona, 2003.

11. Davis, N., “La deontología contemporánea”, en *Compendio de ética*, Singer, P. (ed.), Alianza, Madrid, 2004, pp. 291-308.

12. O’Neill, O., “La ética kantiana”, en *Compendio de ética*, *op. cit.*, p. 250.

13. Rachels, J., *Introducción a la filosofía moral*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007, p. 191.

14. Schneewind, I. B., “La filosofía moral moderna”, en *Compendio de ética*, Alianza, Madrid, 2004, p. 220.

II.B.2. Consecuencialismo

La ética consecuencialista se puede caracterizar como “una teoría moral en la cual lo bueno se define de manera independiente de lo correcto, y lo correcto consiste –sencillamente– en maximizar lo bueno”.¹⁵ Así, lo bueno es anterior a lo correcto; luego, dependerá de lo que cada una de las corrientes consecuencialistas –monista o pluralista–¹⁶ considere como bueno, para determinar qué es lo correcto. Como su nombre lo indica, los partidarios de esta teoría ética miran exclusivamente las consecuencias de una acción para evaluar si maximiza lo bueno, pues este procedimiento es el único que les permite saber que una acción es correcta.

Una de las teorías consecuencialistas más relevantes es el utilitarismo. En su versión clásica, enunciada por Bentham (1748-1834), el bien a maximizar es la felicidad general, a partir del cual se definen las acciones como correctas o incorrectas. Bentham enunció el “principio de utilidad”, que indica que cuando una persona se encuentra en situación de elegir entre diferentes cursos de acción, debe elegir aquel que tenga las mejores consecuencias globales para todos los afectados.¹⁷

Según Farrell, Mill (1806-1873) –discípulo de Bentham– siguió su doctrina de manera similar estableciendo que “las acciones son correctas en la medida en que tienden a promover la felicidad, e incorrectas en la medida en que tienden a producir el reverso de la felicidad”.¹⁸ En la medida en que las acciones se juzgan correctas o incorrectas exclusivamente en virtud de sus consecuencias, la teoría utilitarista maximiza la felicidad sin restricciones respecto a los medios.

15. Farrell, M. D., *Privacidad, autonomía y tolerancia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 27.

16. Esta clasificación responde a la cantidad de bienes a maximizar. El utilitarismo es una teoría monista, que maximiza la felicidad general. Finnis, por ejemplo, desarrolla una teoría pluralista en la cual describe por lo menos siete bienes a maximizar. Moore también adhiere a un consecuencialismo pluralista. Dancy, J., “Una ética de los deberes prima facie”, en *Compendio de ética, op. cit.*, pp. 309-321.

17. Rachels, J., *Introducción a la filosofía moral*, op. cit., p. 148.

18. Farrell, M. D., *Privacidad, autonomía y tolerancia, op. cit.*, p. 31, con cita de Mill, J. S., *Utilitarianism*.

II.B.3. *Ética de la virtud*

A diferencia del deontologismo y el consecuencialismo, que son éticas del deber, la teoría de la virtud es una ética referente al carácter del sujeto moral. Las acciones del sujeto son buenas en la medida en que reflejan las virtudes personales de quien actúa. No se pone especial atención en lo que el individuo hace sino en lo que el individuo es. Si el sujeto posee carácter moral, actuará correctamente; por consiguiente, las cualidades de carácter son prioritarias a la obligación de obedecer un catálogo de deberes. Las acciones son moralmente buenas porque quien actúa es un individuo virtuoso.

La teoría de la virtud pretende describir tipos de caracteres que podemos admirar.¹⁹ En este sentido, adquiere especial relevancia el estudio de las virtudes específicas que deben estar presentes en una persona para ser considerada virtuosa, e incluso, las preguntas acerca de si existe una virtud maestra o si es realmente posible modificar el carácter.²⁰

La teoría de la virtud tiene su origen en el pensamiento moral griego. Uno de sus máximos exponentes es Aristóteles, con su obra *Ética a Nicómaco*. Rachels destaca que la concepción ética basada en las virtudes del sujeto fue abandonada con la llegada de la visión teológica de las virtudes. Luego, con la secularización de la filosofía moral, se abandonó completamente, hasta 1958 cuando Anscombe (1919-2001) escribió un artículo en el cual afirma que la filosofía moral moderna “está en bancarrota y que debemos regresar al modo de pensar de Aristóteles”.²¹ Este artículo generó que otros autores aportaran nuevos desarrollos a la teoría.²²

19. Pence, G., “La teoría de la virtud”, en *Compendio de ética*, Singer (ed.), Alianza, Madrid 2004, p. 348.

20. *Ibid.*

21. Rachels, J., *Introducción a la filosofía moral*, *op. cit.*, p. 265 y ss.

22. Por ejemplo, Foot, Murdoch, Williams, Mc Dowell, Nussbaum, MacIntyre y Slote. Actualmente Sandel defiende una postura basada en la virtud, en Sandel, M. J., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?* Debate, Madrid, 2011.

II.C. La ética aplicada

En tanto parte práctica de la ética, estudia la aplicación de la ética normativa en los diferentes ámbitos de la acción humana y de las distintas disciplinas. Naturalmente, dentro de este esquema, la ética judicial forma parte de la ética aplicada.

Los tres niveles éticos descriptos –metaética, ética normativa y ética aplicada– se interrelacionan,²³ y hasta podría afirmarse que cualquier análisis ético debiera ser pensado con la cronología señalada al exponerlos, es decir, primero reflexionar qué tipo de juicios son los juicios morales, luego adoptar una teoría que sirva para establecer qué conductas son buenas y correctas, y finalmente aplicarlas a un campo de acción humano. Sin embargo, desde el punto de vista lógico, la influencia de la metaética sobre la ética normativa no es tan decisiva como sí lo es la ética normativa sobre la ética aplicada. A continuación se procura esclarecer cuál es la teoría de ética normativa que deben aplicar los jueces al decidir los casos concretos.

III. Ética del razonamiento judicial

III.A. Ética aplicada o ética diferenciada

Aguiló Regla sostiene que existen dos formas distintas de entender la ética judicial: o bien como parte integrante de la ética aplicada (tesis de la unidad), o bien como una ética diferenciada de la ética general (tesis de la dualidad).²⁴ Esta aclaración es importante porque hasta este punto del trabajo se presentó la ética judicial dentro de la tesis de la unidad, pero no es el único enfoque posible. La investigación de Aguiló Regla resulta más interesante aún porque vincula las dos formas de entender la ética judicial con dos formas de entender el derecho. Como se explica a continuación, la concepción dual de la ética podría contarse entre los elementos que contri-

23. Farrell explica de manera clara la relación entre los niveles éticos. En Farrell, M. D., “La ética de la función judicial”, *op. cit.*, p. 147 y ss.

24. Aguiló Regla, J., “Dos concepciones de la ética judicial”, en Doxa, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32 (2009), pp. 525-540, disponible en <https://bit.ly/2DojAAP> (consultado el 21/1/19).

buyen a hacer de la labor judicial una labor tan criticable para las personas en general.

El autor sostiene que actualmente se entiende el Estado de Derecho como integrado por el imperio de la ley más garantía de derechos. Aquellos que ponen énfasis en el imperio de la ley tienen una tendencia al positivismo o formalismo, y a pesar de que suelen sostener que no hay lugar para la ética en la aplicación de la ley, en realidad se guían por una ética diferenciada que apela a la moral profesional y deja de lado la moral ordinaria.²⁵ Más aún, la ética diferenciada se afirma en oposición al razonamiento moral general y con temor hacia él. Esta moral profesional diferenciada solo adquiere pleno sentido por oposición a la moral general.²⁶

Por su parte, aquellos que ponen el énfasis en la garantía de los derechos entienden que en el derecho, además de reglas, existen principios. Los principios son normas que dotan de sentido a las reglas, y estas últimas ya no se entienden como meras manifestaciones de voluntad de la autoridad que las dicta, sino como el resultado de haber ponderado los principios: “Las normas jurídicas no suministran razones autónomas; entre el derecho y la moral hay una conexión justificativa”.²⁷ Finalmente, el autor sostiene que, porque el derecho reconoce acciones y estados de cosas como valiosos o disvaliosos, la ética del juez no es más que el discurso ético general aplicado, y que el deber jurídico del juez y el deber moral del juez coinciden.

El Programa “Justicia 2020” repite una suerte de propósito-eslogan que se ha vuelto casi un mantra en la mayoría de las publicaciones de los

25. Citando a Garzón Valdés, explica: “Llamaré a esta tesis ‘la tesis de la dualidad’. Ella sostiene que hay que distinguir entre las llamadas ‘morales profesionales’ y la moral ordinaria. Aquellas son morales adquiridas, es decir, los deberes que imponen son el resultado de alguna acción que el agente mismo ha realizado creando la obligación de someterse a ellos (una promesa, un contrato, la aceptación de una designación, por ejemplo). Mientras que la moral ordinaria respondería a las características básicas de todo ser humano, la moral profesional derivaría de las notas específicas de papeles sociales determinados y permitiría la realización de acciones que, desde el punto de vista de la moral ordinaria, quedarían prohibidas”. Aguiló Regla, “Dos concepciones...”, *op. cit.*, p. 533.

26. *Ibid.*, p. 535.

27. *Ibid.*, p. 536, con cita de Nino, C. S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 140-141.

poderes judiciales: la necesidad de construir una “justicia cercana”.²⁸ Podría afirmarse que una de las características que hizo de la justicia un poder “lejano” a la comunidad y poco transparente es la de haber mantenido durante años lo que Aguiló Regla pone de manifiesto: una ética diferenciada de la ética general vinculada al formalismo jurídico. En la medida en que las decisiones judiciales son más difíciles de entender para el público general, los jueces desarrollan técnicas escritas cada día más enrevesadas para, intencionadamente o no, quedar algo a salvo de las críticas cuando una decisión resulta insostenible a la luz de la ética general.

Como forma de construir esa “justicia cercana” a los ciudadanos o, mejor aún, a los habitantes, parece necesario primero transitar el camino marcado por autores como Aguiló Regla o Atienza²⁹ y hacer un esfuerzo por compatibilizar la ética general con el denominado “problema de la moralidad del rol”.³⁰

III.B. Ética normativa en el razonamiento judicial

En un difundido trabajo, Farrell³¹ se ocupa de dilucidar qué teoría de ética normativa debe regir la actividad de los jueces. Este autor defiende, funda-

28. En numerosas publicaciones se afirma lo siguiente: “Justicia 2020 es un espacio de diálogo institucional y ciudadano para construir una justicia cercana, moderna, transparente e independiente”. Por ejemplo, en Chayer, H. M., Garsco, M. A. (coords.), *Datos abiertos, ética y transparencia: instituciones transparentes en Justicia 2020*, Eudeba, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2018. En el sitio web <https://bit.ly/2qYqiZT>, en la página de inicio se lee: “Una justicia cercana a la comunidad, moderna, transparente e independiente”. El Consejo de la Magistratura de la Ciudad informa en su página web <https://bit.ly/2RuVmZJ>, en el apartado Acceso a la Justicia, la existencia de ocho programas creados con el propósito de “acercar la justicia a los ciudadanos”.

29. Aguiló Regla, J., “Dos concepciones...”, *op. cit.* Atienza, M., “Ética judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces?”, en *Jueces para la democracia*, 46 (2003), p. 44: “La ética judicial no puede, sin embargo, ser distinta a las otras éticas, puesto que la ética es única y es última”.

30. Amaya Navarro, M. A., *Virtudes judiciales y argumentación. Una aproximación a la ética jurídica*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2009, disponible en <https://bit.ly/2FPyJgn> (consultado el 21/1/19).

31. Farrell, M. D., “La ética de la función judicial”, *op. cit.* Este trabajo es extensamente citado y analizado a continuación por su relevancia y utilidad como punto de partida.

mentalmente, dos ideas: que la ética normativa aplicable a la función judicial es principalmente la deontológica; y que existen dos tipos de casos en los que considera que los jueces deben aplicar la ética consecuencialista, los conflictos entre derechos constitucionales y aquellos en los que la aplicación de la ley generaría consecuencias muy graves. En los siguientes párrafos se realiza una síntesis de su argumentación y se señalan algunas observaciones.

En primer lugar, Farrell se encarga de descartar la posibilidad de aplicación de la ética de la virtud, afirmando que si el juez virtuoso es aquel que dicta sentencias justas, entonces es lógico que el criterio para juzgar la justicia de una sentencia deba ser independiente. Sobre este punto se vuelve más adelante.

En segundo lugar, afirma que, por lo menos en países con constituciones como la nuestra que incluyen catálogos de derechos, la teoría ética que se aplica a la función judicial es el deontologismo. En este sentido, sostiene que al juez no se le pide que al aplicar la ley lleve a cabo el mejor estado de cosas posible o que maximice la felicidad, sino que se le exige que “haga respetar los derechos en juego, sea cual fuere la felicidad que se derive de ello”.³² En principio, la evaluación de las consecuencias se supone tarea del legislador y no del juez. “El modo –esto es, el respeto de los derechos– tiene más importancia que la felicidad misma”,³³ por cuya razón descarta el consecuencialismo como teoría ética dominante.

Farrell expone dos ejemplos tomados de Dworkin para mostrar la imposibilidad de atender a las consecuencias de ciertos actos o restricciones cuando hay en juego derechos en sentido fuerte –constitucionales–. Así, en un caso de libertad de expresión no podría nunca apelarse a consideraciones consecuencialistas:

...sería incorrecto perseguir la felicidad por medio de la censura de la prensa ya que ello implicaría una violación de derechos. La constitución, al consagrar el derecho a la libertad de expresión, coloca la incorrección de censurar a la prensa en un nivel jerárquicamente superior al de la persecución de la felicidad.³⁴

32. *Ibid.*, p. 152.

33. *Ibid.*, p. 152.

34. *Ibid.*, p. 152.

Sin embargo, en otros casos, como la restricción de circulación de automovilistas en una avenida, la fundamentación de utilidad podría ser suficiente. Así, a partir de la identificación de los derechos en juego, sostiene que existen dos tipos de casos que pueden presentarse: primarios y secundarios. Los casos primarios son aquellos en los que las consideraciones de utilidad no pueden fundamentar la restricción del derecho, mientras que los secundarios son aquellos en los que la utilidad es suficiente como justificación. Luego, cierra la explicación con esta suerte de conclusión:

De modo que lo que Dworkin muestra, con toda claridad, es esto: los derechos son cartas de triunfo. ¿Y sobre qué triunfan los derechos? Precisamente sobre las consideraciones de utilidad. Para dejar de lado un derecho no basta con mostrar que este desplazamiento del derecho produce un estado de cosas tal que contenga más felicidad. El juez debe hacer respetar los derechos, no preocuparse por consideraciones de utilidad.³⁵

Ahora bien, esta distinción entre casos primarios y secundarios no resulta tan clara. Hay dos cuestiones en la explicación de Farrell que corresponde observar. Por un lado, el capítulo de Dworkin que utiliza para su argumentación está referido a las políticas legislativas o ejecutivas. Los derechos son “cartas de triunfo” sobre el gobierno, es decir, que los derechos en sentido fuerte –constitucionalizados– limitan las potestades del gobierno. Farrell traslada esta idea a la actividad del juez y, naturalmente, los derechos constitucionales también limitan la actividad del juez. De ahí que el control de constitucionalidad se ejerza sobre los otros poderes, pero también sobre los actos y decisiones judiciales. Sin embargo, el segundo ejemplo sobre la restricción vehicular es directamente de potestad legislativa o ejecutiva, lo que trae aparejado que no se sepa con certeza cuáles son los casos secundarios que se le presentan al juez –si es que se le presentan–.³⁶ En los casos primarios, el juez debe hacer respetar los derechos en juego; ¿y en los

35. *Ibid.*, p. 153.

36. No queda del todo claro si utiliza la clasificación solo para explicar la teoría de Dworkin sobre restricciones a los derechos, o si al juez también se le presentan casos secundarios. De cualquier modo, al juez no solo se le presentan casos que involucran derechos constitucionales.

secundarios? Farrell solo se limita a explicar que las consideraciones de utilidad son legítimas, y que el juez solo se ocupa de casos concretos.

Es importante tener en cuenta, asimismo, que el sistema constitucional argentino posee un catálogo de derechos en sentido fuerte muy amplio, lo que deja abierta la posibilidad a que la mayoría de los casos pueda reinterpretarse como un caso primario.³⁷ La clasificación de Farrell, además de poco clara, tampoco resulta fructífera como se pretende, pues en un incipiente análisis de los diferentes casos se detectan muchos conflictos judicializados que contienen más de un derecho en juego.

Al abordar el carácter agregativo de las teorías de ética normativa, Nino señala que las teorías que establecen un umbral para las compensaciones –los derechos– implican siempre un cálculo de importancia de bienes y, cuando el conflicto es entre derechos, deriva en una teoría de tipo utilitarista.³⁸ Ahora bien, este autor plantea que el conflicto de derechos es más común de lo que parece:

...tenemos que olvidarnos de los derechos como umbrales: lo que importa en definitiva son los bienes que esos derechos protegen. Y si ese conflicto se produce de forma permanente, entonces los derechos dejan de ser un recurso importante en nuestra teoría moral.³⁹

En efecto, el conflicto entre derechos no es tan ocasional como se pretende, sobre todo luego de la reforma constitucional. Esto torna un tanto confusa la distinción entre casos primarios y secundarios.

En otro orden, cabría la posibilidad de pensar en un consecuencialismo con restricciones indirectas, como el que describe Nozick.⁴⁰ Es lo que Farrell

37. Incluso podría pensarse en el supuesto de la restricción vehicular como un caso primario, por ejemplo, si los vecinos presentaran ante el juez un amparo para solicitar que se deje sin efecto la medida alegando que se viola su derecho al libre tránsito.

38. En esto coincide con Farrell.

39. Nino, C. S., *Ocho lecciones...*, *op. cit.*, p. 99.

40. Nozick, R., *Anarquía, Estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 2017, p. 40 y ss.

denomina “consecuencialismo de derechos”,⁴¹ que descarta correctamente en tanto no constituye otra cosa que deontologismo. Las restricciones indirectas son restricciones deontológicas y el consecuencialismo no acepta restricciones en la consecución de su fin.⁴²

La última parte del trabajo Farrell se dedica a explicar que, ante un conflicto de derechos constitucionales o en casos en los cuales el respeto del derecho trae aparejadas consecuencias graves o desastrosas,⁴³ el juez debe seguir la ética consecuencialista y considerar razones de utilidad. Esta aplicación rige solo excepcionalmente.

En definitiva, aquí se coincide con lo que Farrell pone de manifiesto en su artículo: la teoría ética que el juez debe aplicar en el razonamiento jurídico es la deontológica. La razón fundamental para que el consecuencialismo no pueda aplicarse como regla general reside en que es una teoría de ética normativa que no impone restricciones a la consecución de los fines.

El deontologismo traza límites normativos a la competencia del decisor,⁴⁴ y esa es la característica más relevante para el razonamiento judicial. Esa misma característica es la que hace que la teoría deontológica resulte tan atractiva en relación con la figura del juez, que se supone un funcionario público que debe respeto a la ley, incluso en los modelos más alejados del formalismo. El utilitarismo es una teoría que, tal como destaca Farrell,

41. Farrell, M., “La ética de la función judicial”, *op. cit.*, p. 154 y ss.

42. Al final del trabajo, Farrell afirma: “Si los derechos cuentan como restricciones a la persecución de la felicidad, no constituyen un fin a ser maximizado, por lo cual no es admisible un consecuencialismo de derechos. Por lo tanto, el juez no está autorizado a convalidar la violación de un derecho con el argumento de que –como resultado de esa violación– será respetado un número mayor de derechos”. Farrell, M., *Ibid.*, p. 161. Al respecto vale señalar, en primer lugar, que comete el mismo error que criticó en el texto de Nozick, pues si la felicidad es el fin y los derechos la restricción, entonces es “utilitarismo de derechos” y no “consecuencialismo”. En segundo lugar, quizás pueda pensarse en un consecuencialismo de derechos con derechos como restricciones; y maximizar derechos sin violarlos. Esta posibilidad dependería también de la definición de consecuencialismo, dado que, en la medida en que la ausencia de restricciones a la consecución del fin sea una característica definitoria, entonces eso no será posible.

43. Farrell los ejemplifica con los fallos de la CSJN “Peralta” (313:1513) y “Smith” (325:28).

44. Barragán, J., “La estructura de justificación de los sistemas éticos y las decisiones públicas”, en *Isonomía* 7 (octubre de 1997), p. 134, disponible en <https://bit.ly/2W78Eim> (consultado el 21/1/19).

se adecua mejor a la actividad legislativa; casualmente la obra de Bentham se titula *Principles of morals and legislation*. Sin embargo, incluso como teoría legislativa y de políticas públicas requiere de correcciones a fin de justificar y legitimar tanto los medios como los fines.⁴⁵

Para finalizar este punto, cabe agregar algo que, si bien es una materia cuyo análisis excede este trabajo, resulta necesario para dar un panorama más adecuado sobre la complejidad de la ética normativa en el razonamiento judicial y, además, para demostrar la relevancia que el ámbito del razonamiento tiene en relación con la ética judicial. En la práctica, el juez posee una discrecionalidad considerable.⁴⁶ La aplicación de la ley se encuentra precedida por su interpretación, actividad que dista de ser precisa y metódica. Existen estudios que dan cuenta de la variedad de criterios que se utilizan en un mismo tribunal sin justificar la elección de uno sobre otro.⁴⁷ A su vez, en la argumentación suelen filtrarse recursos retóricos que le permiten una amplia gama de posibilidades respecto a la decisión que adoptará.⁴⁸

45. La doctrina del poder de policía es un ejemplo de las limitaciones que se deben adicionar a la consecución de la felicidad o bienestar general. Ver, por ejemplo, Ekmekdjian, M. Á., *Manual de la Constitución argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 271 y ss. El propio Mill desarrolla principios que podrían considerarse restricciones deontológicas en Mill, J. S., *Sobre la libertad*, Tecnos, España, 2017.

46. Posner sostiene que es mucho lo que se les permite a los jueces en la actualidad. Ilustra este espacio de discrecionalidad a través del cambio operado en la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense a partir del reemplazo de un juez conservador por otro ultraconservador, y se pregunta: “Si un cambio en los jueces trae aparejado un cambio en el derecho, entonces no está claro siquiera qué es el derecho”. En Posner, R. A., *Cómo deciden los jueces*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 11 y ss. Si bien el autor escribe sobre el *common law*, sus conclusiones son trasladables a nuestro sistema jurídico.

47. Sagüés, N. P., “Interpretación constitucional y alquimia interpretativa. (El arsenal argumentativo de los tribunales supremos)”, en *Revista de Derecho Procesal Constitucional*, 1, 2004, pp. 151-170, disponible en <https://bit.ly/2DvdtLa> (consultado el 23/1/19). Gargarella, R., *De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema argentina*, disponible en <https://bit.ly/2DsmJ2S> (consultado el 22/1/19).

48. Si bien está claro que la retórica es lo contrario a la argumentación, o es por lo menos una forma de argumentar deficiente para el derecho, lo cierto es que con la práctica los jueces adquieren una gran habilidad para presentar argumentos retóricos difíciles de distinguir de las buenas razones. En este sentido, incluso previo a la reforma constitucional de 1994, Nino afirmaba “...que el cuerpo judicial tiene a su alcance un admirable complejo

Adicionalmente, la incorporación al sistema jurídico de pautas y principios y la consiguiente constitucionalización del derecho⁴⁹ ha generado un espacio aún mayor para la interpretación y la argumentación. En este contexto, la reflexión ética en el ámbito del razonamiento judicial puede contribuir a construir marcos teóricos que aporten riqueza conceptual y mejoren la calidad y previsibilidad de las decisiones.⁵⁰

Retomando la idea de Aguiló Regla ya destacada, es posible afirmar que el ordenamiento jurídico es un campo de tensiones.⁵¹ Hay tensión entre el imperio de la ley y la garantía de derechos, y también hay tensión entre deontologismo y consecuencialismo y los diferentes modelos de juez posibles, sobre todo puesta de manifiesto con los cambios en el derecho y el rol del juez. En este sentido, quizás la diferenciación entre reglas y principios sea el intento más acabado por traducir esa tensión en una teoría jurídica.

IV. La ética del comportamiento judicial

En la introducción se mencionó que la ética judicial es usualmente estudiada desde dos diferentes ámbitos. El primero de ellos –el del razonamiento judicial– fue tratado en el punto anterior. En función del desarrollo realizado, se puede ya sostener que se trata de un ámbito de la ética judicial

de presupuestos y técnicas de argumentación suministrados por la ‘ciencia jurídica’, que le permite cumplir la función de reelaborar las normas generales y, al mismo tiempo, hacerlo en forma no manifiesta”. Nino, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 305.

49. Böhmer, M., “La lógica político-institucional del Poder Judicial en la Argentina”, en *¿Cuánto importan las instituciones? Gobierno, estado y actores en la política argentina*, Acuña, C. H. (comp.), Siglo XXI, Buenos Aires, 2013, pp. 157-208, disponible en <https://bit.ly/2HpeMPV> (consultado el 22/1/19).

50. De esta opinión, por ejemplo, Vigo, R. L., “Ética judicial e interpretación jurídica”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29 (2006), pp. 273-294.

51. Alexy resalta que la tensión existe entre principios, no entre reglas. Los conflictos entre reglas se solucionan anulando una regla, mientras que los conflictos entre principios generan una tensión que debe solucionarse a través de la ponderación. Alexy, R., “Sistema jurídicos, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5 (1988), pp. 139-151, disponible en <https://bit.ly/2T2Kkwe> (consultado el 22/1/19).

complejo que involucra temas específicos que han sido estudiados tradicionalmente por la filosofía jurídica y cuya importancia dentro de la ética es nuclear.

Corresponde estudiar ahora el segundo ámbito, que es el de la conducta del juez considerada de un modo más global, esto es, su comportamiento general. Este comportamiento general puede, a su vez, referirse a la conducta del juez en ejercicio de su función, o bien a su conducta pública por fuera de esta. Desde luego, dentro del ámbito funcional se incluye el trato que un juez debe dispensar a los abogados, a colegas, a las partes, a sus dependientes y al público, y ciertos principios que deben guiar su conducta en el ejercicio de sus funciones.

En el ámbito no funcional corresponde abarcar el comportamiento del juez por fuera del ejercicio de su función, pero siempre dentro de la esfera pública. En este ámbito es relevante cualquier conducta pública, desde las más relacionadas con su función, como podrían ser la participación en ámbitos académicos o en procedimientos de selección, ya sea como concursante o jurado (se espera que el juez ideal no cometa plagio ni haga trampas en los concursos, por ejemplo), hasta cualquier conducta pública imaginable (se espera que el juez ideal no insulte al mozo cuando le trae la comida fría, ni le grite a los controladores de faltas cuando le labran una multa, por ejemplo). En la conducta no funcional, naturalmente, los requerimientos éticos deberían ser más intensos respecto de comportamientos que comprometan los principios enunciados en los códigos de ética vinculados específicamente a la función (imparcialidad, independencia, motivación), y más distendidos en el resto (cortesía, integridad, sobriedad).

En este análisis de la conducta pública es importante elaborar criterios que den cuenta de la delimitación entre la conducta pública del juez y su esfera privada, que es aquella exenta de control ético. Esta imprescindible tarea es, quizás, la más delicada de llevar adelante dentro de la ética del comportamiento judicial. Al respecto Malem Seña afirma que la intimidad de los jueces es inferior a la del resto de los ciudadanos, y que existen intromisiones autorizadas en lo que para un ciudadano común sería “vida privada”, en tanto estas se vinculen directamente con los principios rectores de la actividad judicial.⁵² Este ámbito del comportamiento judicial es

52. Malem Seña, J. F., “La vida privada de los jueces”, en *La función judicial. Ética y*

el regulado clásicamente a través de los códigos de ética que, como ya se destacó, en los últimos tiempos han ido cobrando relevancia en el mundo académico y judicial.

Ahora bien, si “la moral es, *como mínimo*, el esfuerzo de guiar nuestra conducta por razones –esto es, hacer aquello para lo que hay las mejores razones– al tiempo que damos igual peso a los intereses de cada persona que se verá afectada por lo que hagamos”,⁵³ está claro que toda la conducta humana es competencia de la ética (o moral).⁵⁴ Por lo tanto, corresponde precisar algunas cuestiones respecto a las regulaciones que deberían incluirse en los códigos de ética, porque, a pesar de que toda la conducta pública⁵⁵ del juez es dominio de la ética, conforme al criterio que se adopta en el presente trabajo no toda su conducta debería regularse en los códigos de deontología judicial.

En tanto la gran mayoría de los códigos de ética no prevén sanciones, solo son dominio de este ámbito de la ética judicial aquellas conductas que no constituyan al mismo tiempo causales de remoción, delitos o infracciones a los reglamentos disciplinarios. Los códigos de ética contienen normas ideales,⁵⁶ en el sentido de que indican un ideal de excelencia y, por ello, promueven una conducta que va más allá de lo debido en términos jurídicos.

democracia, op. cit., pp. 163-179. Entre los puntos interesantes que señala se encuentra el de la salud física y psíquica del juez y la ausencia de mecanismos de control al respecto luego del nombramiento. De existir mecanismos institucionales de control, en Argentina se hubieran evitado destituciones, que tanto impactan en la opinión pública. Por ejemplo, en la Ciudad de Buenos Aires el caso de la jueza Parrilli, quien fue destituida por un exabrupto en público que evidenciaba la ausencia de salud psíquica para desempeñar la función. Ver noticia en <https://bit.ly/2FK1DPO> (consultado el 23/1/19). En la justicia civil nacional se analiza la posibilidad de destituir a una jueza que se encuentra desde hace un año en estado de coma <https://bit.ly/2DvB8vf> (consultado el 23/1/19).

53. Rachels, J., *Introducción a la filosofía moral*, op. cit., p. 37. El autor realiza una definición de la moral a partir de los elementos comunes en la mayoría de las corrientes filosóficas morales, por eso aclara *como mínimo* (cursiva agregada).

54. En este trabajo se utilizan ambos conceptos como sinónimos.

55. Se incluyen en la denominación de “conducta pública” las intromisiones en la vida privada autorizadas en función del rol, en relación con los tres principios básicos: imparcialidad, independencia y motivación.

56. Atienza, M., “Ética de jueces y fiscales”, en AA.VV., *Ética judicial*, Andruet, A. S. (dir.), Astrea, Buenos Aires, 2018. En la p. 34 y ss. se desarrollan las normas éticas como ideales de excelencia.

Desde luego, como ya se destacó, los delitos y las infracciones a los regímenes disciplinarios atentan contra la moral, por lo cual es común encontrar prescripciones en las leyes que se superponen con las normas ideales. Los incipientes códigos de ética procuran llenar un vacío erigiéndose como guía de conducta en aquellos casos en los que el juez no tiene una prescripción legal y se pregunta qué haría un juez sobresaliente.

En resumen, la ética del comportamiento judicial se encuentra regulada tanto jurídicamente en normas constitucionales, penales, procesales y en los regímenes disciplinarios, como moralmente en los códigos de ética. La relevancia de los códigos de ética radica en que ofrecen pautas de comportamiento que van más allá de lo meramente debido, es decir, en casos en los que el juez tiene libertad para actuar. Los códigos de ética, entonces, tratarían la materia puramente ética y no la ilícita.

IV.A. La tendencia de codificación

Como lo destaca Atienza,⁵⁷ los primeros códigos de ética judicial surgieron en la década del 70 del siglo pasado en el mundo anglosajón, como corolario del auge de las profesiones en general y sus reglamentaciones. Naciones Unidas ha dictado los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura (1985) y los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial (2002). Por su parte, la Unión Nacional de Magistrados dictó en 1999 el Estatuto Universal del Juez. Dejando de lado Europa y América, en el resto del mundo son relativamente pocos los países que poseen códigos de ética judicial.

En Europa existen documentos regionales como la Carta de los Jueces en Europa (1990) y la Carta Europea sobre el Estatuto de los Magistrados (1998). Han dictado códigos de ética judicial países como Portugal (2009), Francia (2010), España (2016), Reino Unido y Gales (2003), Italia (1994), Escocia y Rusia.⁵⁸ También lo han hecho la mayoría de los países del Este, por ejemplo, Azerbaiyán, Estonia, Georgia, Kosovo,

57. *Ibid.*, p. 30.

58. Roos, S. R. y Woischnik, J., *Códigos de ética judicial. Un estudio comparado con recomendaciones para los países latinoamericanos*, Konrad Adenauer, Uruguay, disponible en <https://bit.ly/2U3fjZ8> (consultado el 22/1/19).

Lituania, Moldavia, Eslovenia, Eslovaquia, República Checa, Ucrania, Macedonia y Bulgaria.⁵⁹

En el 2006 en la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana se aprobó el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial. Ese código fue reformado en el 2014 en la XVII reunión plenaria de la Cumbre. Por su parte, en América los países que han dictado códigos de ética son Canadá (1998), Estados Unidos⁶⁰ (1973), México (2006), Belice, Panamá (2008), República Dominicana (2000), Honduras (1993), El Salvador (2013), Guatemala (2001), Costa Rica (2000), Puerto Rico (1970), Colombia, Venezuela (2003), Paraguay (2005), Perú (2004) y Chile (2003).

En Argentina la tendencia de codificación aún no ha logrado replicarse. Pocas provincias tienen codificación: Córdoba (2004), Formosa (1998), Santa Fe (2002), Corrientes (1998) y Santiago del Estero (1998). Se ha de destacar que estos códigos no fueron redactados exclusivamente para el juez, sino que se aplican a magistrados y funcionarios del poder judicial.

No existe un código a nivel nacional ni tampoco en la Ciudad de Buenos Aires, aunque algunas disposiciones del tenor de las contenidas en los códigos de ética se encuentran en la Ley nacional 25.188⁶¹ y en la Ley 4.895 de la Ciudad de Buenos Aires. Estas leyes del ejercicio de la función pública, si bien contienen principios que deben guiar el actuar de los funcionarios públicos en general, no pueden ser equiparadas a los códigos de ética, en primer lugar, porque al ser leyes imponen sanciones al incumplimiento de las obligaciones establecidas. En segundo lugar porque, tal como se destaca luego, una parte importante de la ética del comportamiento como aquí se la presenta se encuentra vinculada a que sean los propios jueces quienes discutan y se pongan de acuerdo respecto a las disposiciones contenidas en los códigos. Por último, porque tienen el problema ya destacado en la introducción, al presentar una visión de la ética casi exclusivamente como ausencia

59. *Ibid.*, p. 33.

60. En Estados Unidos incluso existen algunos códigos de ética para los poderes ejecutivo y legislativo. Un ejemplo es el código de ética del senado de Tennessee, en Thompson, D. F., *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Gedisa, México, 1999, p. 21.

61. Esta ley, consecuencia de la obligación impuesta constitucionalmente en 1994 en el art. 36, fue limitada en su alcance por la CSJN para el Poder Judicial a través de la Acordada N°1 del 2000.

de corrupción. Por eso incluyen artículos en los que se limitan a recordar la obligatoriedad de no cometer delitos en el ejercicio de la función.⁶²

En la actualidad la discusión más profunda en torno a la ética judicial se está generando en el marco del Programa “Justicia 2020”, dentro del “Eje Justicia y Comunidad”. Como parte de las actividades e iniciativas de este eje, se plantea la conveniencia de dictar un código de ética a nivel nacional, aunque todavía no se concretó entre las iniciativas que se llevan adelante.⁶³ A su vez, dentro del mismo eje de trabajo se redactaron materiales teóricos para el aprendizaje y la enseñanza de la ética judicial, aunque por el momento el único ejemplar publicado es aquel enfocado en la ética del abogado. También se difunden contenidos sobre la relevancia de la rendición de cuentas en el Poder Judicial.

En líneas generales, puede afirmarse que la mayoría de los códigos de ética iberoamericanos poseen un tipo de regulación similar al Código Iberoamericano de Ética Judicial, inspirados en el trabajo realizado progresivamente por la Cumbre Judicial Iberoamericana. Por un lado, destacan los principios éticos que deben regir el comportamiento judicial y establecen algunos comportamientos indebidos vinculados a cada principio. Por el otro, crean tribunales o comités éticos, que no aplican sanciones sino llamados de atención.⁶⁴

El Código Iberoamericano establece trece principios que deben guiar la conducta del juez: independencia, imparcialidad, motivación, conocimiento y capacitación, justicia y equidad, responsabilidad institucional, cortesía, integridad, transparencia, secreto profesional, prudencia, diligencia y honestidad profesional. De estos trece principios los tres primeros son los que se repiten en prácticamente todos los códigos de deontología judicial y que han recibido mayor atención por parte de la doctrina.⁶⁵

62. Por ejemplo, el art. 2, inc. d) de la Ley 25.188 establece la obligatoriedad de “no recibir ningún beneficio personal indebido vinculado a la realización, retardo u omisión de un acto inherente a sus funciones, ni imponer condiciones especiales que deriven de ello”.

63. Fuente de información sitio web <https://bit.ly/2qYqiZT> y <https://bit.ly/2CFsBE4> (consultado el 22/1/19).

64. Por supuesto que, en caso de verificarse una falta disciplinaria o un delito, deben comunicarlo al órgano competente para juzgarlo. Así, el Código de Ética de Córdoba prevé, en el art. 5.1, la comunicación al Tribunal Superior de Justicia de la provincia.

65. Atienza, M., “Ética judicial...”, op. cit. p. 44. Un desarrollo de los principios en Aguiló

El código creó la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, cuyas funciones principales son asesorar y facilitar la discusión, la difusión y el desarrollo de la ética judicial. Una de sus herramientas más valiosas es la de resolver consultas sobre comportamientos formulados de forma abstracta.

IV.B. La conveniencia de dictar códigos de ética

Existen diversas razones para afirmar la conveniencia del dictado de un código de ética. Atienza señala tres básicas, afirmando que sirven para que los jueces reflexionen sobre su propia práctica; para explicar ciertos criterios que, de hecho, inspiran esa práctica y la orientan; y para facilitar a terceros la crítica justificada de la profesión judicial.⁶⁶ El Código Iberoamericano de Ética Judicial,⁶⁷ en su exposición de motivos, apunta buenas razones que sustentan el dictado de los códigos, mayormente derivaciones de las tres indicadas por Atienza.

En primer lugar, promueve el dictado de códigos de ética en ámbitos y jurisdicciones en las que aún no existe. Esta finalidad, tal como quedó demostrado, todavía no se ha plasmado en Argentina.

En segundo lugar, pone de manifiesto el compromiso institucional con la excelencia y promueve el fortalecimiento de la legitimación del poder judicial. En la medida en que el compromiso sea genuino, esta es una de las razones que podrían resultar más funcionales al Poder Judicial argentino, en atención al reclamo que actualmente le es dirigido.⁶⁸ Al respecto establece lo siguiente:

Regla, J., “Imparcialidad y concepciones del derecho”, en *Jurídicas*, vol. 6, 2, 2009, pp. 27-44, disponible en <https://bit.ly/2MpupWc> (consultado el 23/1/19); “De nuevo sobre ‘Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica’”, en *Jueces para la democracia* 46 (2003), disponible en <https://bit.ly/2S4JvG3> (consultado el 23/1/19); “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, en *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho*, 6 (1997), pp. 71-79, disponible en <https://bit.ly/2U5Rsbo> (consultado el 23/1/19).

66. Atienza, M., “Ética judicial...”, *op. cit.*, p. 45.

67. Reformado el 2 de abril de 2014.

68. Böhmer señala que la construcción de legitimidad ha sido motivo de desvelos de las diversas composiciones de la CSJN desde 1983. Böhmer, M., “La lógica político-institucional del Poder Judicial en la Argentina”, *op. cit.*, p. 4 y ss.

La ética judicial incluye los deberes jurídicos que se refieren a las conductas más significativas para la vida social, pero pretende que su cumplimiento responda a una aceptación de los mismos por su valor intrínseco, esto es, basada en razones morales; además, completa esos deberes con otros que pueden parecer menos perentorios, pero que contribuyen a definir la excelencia judicial. De lo cual se sigue que la ética judicial supone rechazar tanto los estándares de conducta propios de un “mal” juez, como los de un juez simplemente “mediocre” que se conforma con el mínimo jurídicamente exigido.

En tercer lugar, es un instrumento esclarecedor de las conductas éticas judiciales y fomenta la reflexión por parte de los propios jueces y de los terceros. Este punto es también especialmente relevante para Argentina, pues existen numerosas prácticas judiciales arraigadas que se encuentran entre las que un código de ética podría incluir como indebidas y que podrían ser repensadas a partir de su discusión entre los actores judiciales. Uno de los casos paradigmáticos son las audiencias que los jueces otorgan a las partes y sus abogados, práctica frecuente en los tribunales y que, pensada a la luz de la excelencia judicial, parece claramente nociva. En este sentido, el Código Iberoamericano directamente prohíbe esta conducta específica en el artículo 15, capítulo II, que trata sobre la imparcialidad.

Existen muchas conductas que podrían ser analizadas entre los actores judiciales para definir el ideal que se espera del juez, las cuales actualmente no se encuentran reguladas en la mayoría de las jurisdicciones. En ese sentido, sería interesante analizar el comportamiento de los jueces y las redes sociales, por ejemplo, o la información que los jueces deberían brindar sobre procesos en trámite en los cuales los medios de comunicación y los habitantes tienen gran interés. En estos supuestos cobran especial relevancia los tribunales o comités de ética que la mayoría de los códigos crean, al otorgar la posibilidad de discutir este tipo de casos abstractos.

En cuarto lugar, el dictado de códigos de ética puede operar como fortalecedor de la voluntad del juez, sobre todo en aquellos supuestos en los que el código indica claramente que una conducta es indebida.

Por último, proporciona a terceros, ya sean estos operadores judiciales, público general o medios de comunicación, criterios objetivos y claros para evaluar éticamente la conducta del juez.

Los códigos de ética han sido muy criticados por los propios jueces y un sector de la doctrina que sostiene que en la práctica no tienen ninguna utilidad, al carecer de obligatoriedad, y que las previsiones legales son las que indican los deberes del juez.⁶⁹ Sin embargo, expuestas las razones para su dictado, aun cuando algunas de ellas no tengan el efecto previsto, es prácticamente imposible pensar que ninguna de todas las razones lo tenga.

Para evaluar la conveniencia del dictado de los códigos, se debe tener presente a quiénes están dirigidos. Como normas ideales que son, se encuentran dirigidos al juez que pretende comportarse conforme a los estándares de excelencia. Por supuesto, el juez corrupto –“monstruo moral” aristotélico–, que comete delitos en el ejercicio de su función no tiene ningún respeto por las reglas de comportamiento estipuladas en un código de ética, pero la función de un código de ética no es combatir la corrupción.

Si las razones expuestas son válidas en países como España, Francia o Reino Unido, donde el poder judicial goza del crédito y la estima de los habitantes, en Argentina, donde el Poder Judicial vive una crisis de legitimidad,⁷⁰ y en el contexto de un clima reformista, el rol que pueden cumplir es aún más provechoso.

IV.C. La ética normativa de la ética del comportamiento

Una primera lectura de las disposiciones generalmente incluidas en los códigos de ética iberoamericanos conduce a la conclusión preliminar de que se ha encontrado el lugar de la ética de la virtud en la ética judicial. Los principios éticos descritos en los códigos de ética pueden ser entendidos como virtudes judiciales. Y, si la moral es el esfuerzo de guiar nuestra conducta por razones,⁷¹ entonces pareciera que existen sobradas razones para exigir y fomentar determinadas virtudes en los jueces.

69. Atienza, M., “Ética de jueces y fiscales”, *op. cit.*, p. 30 y ss. Destaca que en España algunos jueces mostraban resistencia porque vinculaban con el franquismo el discurso sobre las virtudes judiciales y sobre la moralidad del juez.

70. Ver noticia en <https://clar.in/2AKqDUr> (consultado el 28/1/19). Un panorama más global ver <https://bit.ly/2B7SAEu> (consultado el 31/1/19).

71. Definición mínima de Rachels, J., ya citada.

Ahora bien, en este punto cabe retomar el hilo de la discusión puesta de relieve en el apartado II de este trabajo, donde se citó a Farrell. Este autor, en un solo párrafo, descarta la ética de la virtud como teoría de ética normativa que pueda aplicarse a la ética judicial en el ámbito del razonamiento.

A continuación, se destacan tres puntos relacionados con la ética de la virtud. El primero se refiere a cómo debe entenderse conceptualmente; el segundo, que esta puede tener un espacio en la ética del razonamiento judicial; y el tercero, que la ética de la virtud tiene un lugar preponderante en la ética del comportamiento y, más específicamente, en las regulaciones de los códigos de ética. Analizando la conceptualización de la ética de la virtud, lo primero destacable es que la caracterización realizada por Farrell pareciera, cuanto menos, algo extrema:

Voy a descartar desde un comienzo a la ética de la virtud como una teoría que pueda aplicarse en el campo de la función judicial. (En realidad, Platón dio por tierra con la afirmación anterior con un argumento decisivo que proporcionó en el Eutifrón: ciertas cosas no son buenas porque las quieren los dioses, sino que los dioses las quieren justamente porque son buenas.) En este ámbito los deberes cuentan decisivamente, y el juez virtuoso es –sencillamente– aquel juez que cumple mejor con los deberes morales. No es que una sentencia sea justa porque la dicta un juez virtuoso, al contrario: un juez es virtuoso porque dicta sentencias justas, lo que indica que debe existir algún criterio independiente para juzgar la justicia de las decisiones judiciales...⁷²

Farrell plantea una ruptura entre la virtud como principio y la virtud como característica específica del carácter del juez. La adscripción a una ética de la virtud requiere primero una tarea de definición de virtudes y de descripción de estas⁷³ –cuestión que zanján en alguna medida los códigos de ética–. De modo que, si el juez es virtuoso, en el ejemplo puesto por Farrell posee la virtud de la justicia, entonces seguramente sea una característica habitual de sus sentencias el ser justas. La teoría de la virtud no

72. Farrell, M. D., “La ética de la función judicial”, *op. cit.*, p. 150.

73. Rachels, J., Introducción a la filosofía moral, *op. cit.*, p. 267.

necesariamente sostiene que una sentencia sea justa porque el juez que la dicta sea justo o virtuoso.⁷⁴ Al contrario, el juez es virtuoso porque posee determinadas virtudes necesarias para ser un buen juez. El criterio independiente para juzgar la virtud de las decisiones judiciales son las virtudes entendidas como principios de la práctica judicial.

Probablemente el significado y el alcance que Farrell le otorga a la teoría de la virtud sea en cierto sentido correcto, porque si se entienden las virtudes como principios,⁷⁵ como buenos valores que deben guiar la conducta de los hombres y de los jueces, entonces la ética de la virtud se acerca bastante a las teorías éticas del deber. Sin embargo, la propuesta constituye una forma más razonable de entender la ética de la virtud: una ética que pone el énfasis en las virtudes que deben tener los individuos para ser sujetos morales –y no amorales– y actuar correctamente.⁷⁶

En el sentido apuntado, la ética de la virtud puede tener una relación temporal respecto a las éticas del deber. Eso significa que ambas teorías podrían ser complementarias y existiría forma de compatibilizarlas. La ética de la virtud estudia qué características debe tener una persona para actuar correctamente, en abstracto, aunque no puede estar nunca desligada de la conducta, porque de ahí obtiene su fundamento. Una virtud es buena en relación con la conducta que implica. El consecuencialismo y el deontologismo proporcionan razones para evaluar las conductas específicas. Así, la ética de la virtud cobra especial relevancia, no solo en los códigos deontológicos, sino también en los procedimientos de selección de jueces, ya que otorga un parámetro que permite evaluar

74. El juez virtuoso (quien habitualmente dicta sentencias justas, siguiendo la descripción aristotélica) puede dictar una sentencia injusta violando el principio de justicia, en alguna oportunidad.

75. El Código Iberoamericano de Ética Judicial en el punto XIII de la exposición de motivos establece lo siguiente: “Cabe advertir que estos principios pueden ser reconstruidos con el lenguaje propio de las virtudes –como se hace en algunos Códigos Iberoamericanos–, en tanto la habitualidad de las conductas pertinentes consolida disposiciones para la excelencia en el servicio de justicia”.

76. Pence sostiene que “los campeones de la virtud, sin necesariamente rechazar el utilitarismo o las teorías basadas en los derechos, creen que esas tradiciones ignoran los rasgos centrales de la vida moral común relativos al carácter”. Pence, G., “La teoría de la virtud”, en *Compendio de ética, op. cit.*, p. 348.

las virtudes judiciales y anticipar las conductas que podría tener una persona cuando sea juez.

Hecha esta aclaración, que había quedado en suspenso en el punto II, está claro que la discusión respecto a la ética normativa de la ética del razonamiento judicial se da principalmente entre utilitarismo y consecuencialismo.⁷⁷ Sin embargo, todavía queda un espacio para aplicar la ética de la virtud. Ese es el segundo punto respecto a la ética de la virtud que se quiere destacar. En este sentido, puede afirmarse, por ejemplo, que si un juez guía su comportamiento por las virtudes judiciales, incluso al momento de dictar una sentencia o de resolver un caso, puede tener garantizada por lo menos alguna parte de la corrección de su argumentación. Así, el Código Iberoamericano de Ética incluye como virtudes el conocimiento y la capacitación, y establece que “...el juez bien formado es el que conoce el derecho vigente y ha desarrollado las capacidades técnicas y las actitudes éticas adecuadas para aplicarlo correctamente”. De igual forma, la imparcialidad es una virtud o principio cuya ausencia en el razonamiento genera fallas en la argumentación.

Amaya Navarro destaca que existen tres versiones o teorías que le otorgan un papel a la virtud en la argumentación judicial: 1) la auxiliar, 2) la epistémica y 3) la virtud como condición para justificar la decisión –postura que ella sostiene–.⁷⁸ Aun cuando se considere la primera alternativa, en cualquier caso la ética de la virtud tiene un espacio en la ética del razonamiento.⁷⁹

Dejando de lado la ética del razonamiento, y ya dentro del tercer punto destacado, la virtud cobra mayor relevancia al momento de analizar ciertas

77. Rachels sostiene que la ética de la virtud aún está en un estado relativamente poco desarrollado. Rachels, J., *Introducción a la filosofía moral*, op. cit., p. 267.

78. Amaya Navarro, M. A., *Virtudes judiciales y argumentación. Una aproximación a la ética jurídica*, op. cit., p. 32 y ss.

79. Atienza, refiriéndose a la contraposición entre éticas del deber y ética de la virtud destaca lo siguiente: “Ahora bien, tampoco esta contraposición hay por qué verla de manera excluyente, sino que podríamos considerar que esas dos concepciones vienen a ser, en realidad visiones distintas pero complementarias de la ética. Es lo que parece ocurrir también en relación con la ética de los jueces o de los fiscales; los jueces deben ser independientes y los fiscales imparciales y hay virtudes, como el valor, la honestidad, etc., que si se poseen, contribuyen efectivamente a que los jueces cumplan con sus deberes de independencia y los fiscales con los de imparcialidad”. Atienza, M., “Ética de jueces y fiscales”, op. cit., p. 39.

conductas de los jueces que son reguladas en los códigos de ética. Al poner explícitamente el acento en las virtudes judiciales, los códigos de ética fijan su atención en la figura del juez como ciudadano virtuoso en su conjunto, focalizando en lo que el juez debe ser y no tanto en lo que hace, más aún cuando la virtud que se le exige es de difícil definición, por ejemplo, la integridad. El Código Iberoamericano, en el capítulo VIII, afirma que "...el juez íntegro no debe comportarse de una manera que un observador razonable considere gravemente atentatoria contra los valores y sentimientos predominantes en la sociedad en la que presta su función". En principio, parece difícil traducir esta virtud al lenguaje de la ética del deber, ya sea deontológica o consecuencialista en la medida en la que necesitemos centrar la atención en la virtud.

La virtud se opone a otro rasgo de carácter del sujeto moral, o amoral en ese caso, que es el vicio. Una forma de pensar la teoría de la virtud en la ética judicial es considerar que las prohibiciones legales rechazan los vicios judiciales más comunes y que los códigos de ética fomentan las virtudes.

Finalmente, hay que destacar que, conforme a la interpretación que se sostuvo acerca de la ética de la virtud, sin lugar a dudas la ética del comportamiento judicial –y más específicamente la materia ética regulada en los códigos– tampoco es ajena a una ética normativa del deber. En definitiva, las virtudes judiciales son deberes morales del juez.⁸⁰

IV.D. La necesidad de abandonar la visión ética limitada a la ausencia de corrupción

Exigir que los jueces argentinos no cometan delitos en el ejercicio de la función no parece ser un gran requerimiento ético. En efecto, dista de acercarse al ideal ético de juez que se planteó como núcleo del tratamiento de los códigos. Ya se destacó que la moral es el parámetro para juzgar todas las conductas buenas y malas y, por lo tanto, es relevante en todos los ámbitos de la conducta humana y en todos los ámbitos de la conducta judicial. Ahora bien, si entendemos la ética judicial y el dictado de códigos por fuera de la materia ilícita y como búsqueda de la excelencia, parece claro que la ética

80. Atienza sostiene que los códigos de ética judicial, además de destacar las virtudes judiciales, pueden tener principios tanto de carácter deontológico como teleológicos o consecuencialistas. Atienza, M., "Ética de jueces y fiscales", op. cit., pp. 38-39.

como ausencia de corrupción configura una obvedad y no aporta demasiado a la discusión sustancial.

Sin embargo, el enfoque ético como ausencia de corrupción es el más comúnmente aceptado sobre la ética judicial en nuestro país. Uno de sus ejes centrales es la obligatoriedad de presentar declaraciones juradas patrimoniales y su publicación, obligación prevista en las leyes de ética pública en todo el ámbito nacional. Por supuesto que se trata de un tema importante y probablemente la atención responda a que los jueces se han resistido durante mucho tiempo a presentar sus declaraciones juradas, como actualmente se siguen resistiendo a su publicación,⁸¹ lo que genera un interés creciente en el público y los medios de comunicación.⁸²

El Programa “Justicia 2020” lo trabaja casi exclusivamente en el “Eje Institucional” –aunque ya se destacó que en el “Eje Justicia y Comunidad” se viene planteando una discusión más amplia–. Así, las iniciativas de mesas de trabajo abocadas al tratamiento de la ética estuvieron vinculadas a la reforma de la ley de ética pública; al desarrollo de un simulador de conflicto de intereses; a la difusión del listado de cumplidores e incumplidores respecto a la obligación de presentar las declaraciones juradas patrimoniales; a la verificación y al fortalecimiento del sistema de declaraciones juradas patrimoniales, y al registro de obsequios y viajes pagos.⁸³

Este enfoque ético como ausencia de corrupción también es el más comúnmente aceptado por los medios de comunicación, que suelen presentar esa visión al momento de informar la comisión de posibles delitos por parte de un juez o miembro del poder judicial.⁸⁴ Si cuando se informa sobre un

81. La Corte Suprema de Justicia de la Nación no publica las declaraciones juradas de los ministros; solo se accede a ellas a través de requerimiento, ver <https://bit.ly/2HrbMCH> (consultado el 22/1/19).

82. También existe presión de los otros poderes que sí cumplen con lo establecido en la ley de ética en la función pública.

83. Chayer, H. M. y Garsco, M. A. (coords.), *Datos abiertos, ética y transparencia: instituciones transparentes en Justicia 2020*, Eudeba, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2018.

84. Solo por poner un ejemplo reciente, sin perjuicio de que es un proyecto para el Poder Ejecutivo, véase este titular publicado en *La Nación*: “Toma forma un plan para combatir la corrupción. Apunta a prevenir e investigar las faltas éticas; se aplicarán sanciones”, disponible en <https://bit.ly/2R8287k> (consultado el 28/1/19).

homicidio simple no se hace hincapié en que constituye una falta ética, no está del todo claro por qué es importante destacar que ha cometido una falta ética un juez que cobra por una sentencia o que tiene un excesivo crecimiento del patrimonio que no puede justificar.

Por lo evidente del tema, y porque en este trabajo se puso ya de relieve la riqueza que el tratamiento de la ética tiene en sus diferentes ámbitos, solo resta enfatizar que la identificación de la ética con la ausencia de corrupción es la visión más limitada que puede hacerse de la ética judicial y de la ética del ejercicio de los cargos públicos. Además, por su importancia social, genera una suerte de obturación respecto a la discusión de mayor y mejor contenido.

V. Comentarios finales

En Argentina actualmente existe un escenario propicio para llevar adelante la discusión sobre la ética en el ámbito del poder judicial. En primer lugar, porque hay una importante demanda social; en segundo lugar, porque existe cierta voluntad política de fomentar el debate y producir reformas significativas; en tercer lugar, porque el contexto internacional resulta alentador; y, en cuarto lugar, porque el modelo de juez formalista ya no puede ser sostenido. A su vez, la ética judicial forma parte de la ética de la función pública en general, que se encuentra atravesando un proceso bastante similar.

La profundización en el estudio de la ética y la integración de contenidos resulta un paso necesario y potencialmente provechoso en la implementación de reformas. En este sentido, las iniciativas del eje “Justicia y Comunidad” del Programa “Justicia 2020” parecen indicar una tendencia a una visión más global de la ética en la justicia, en sintonía con lo aquí propuesto.

En el desarrollo de este trabajo se han tratado de acercar algunas razones para sostener las siguientes ideas:

1. La ética judicial debe ser abordada de forma integral respecto de la actividad judicial y su estudio configura una de las materias más relevantes a efectos de producir una mejora del poder judicial.
2. El discurso ético judicial debe enmarcarse en el discurso ético general, y no anclarse en una ética diferenciada. Actualmente no existen razones para seguir sosteniendo la visión formalista del juez y “abrazarse” a la ley-regla, de modo que el juez no está autorizado a violar la moral

- general en favor de la moralidad del rol. Se deben compatibilizar las obligaciones específicas del rol con el discurso moral general.
3. En el razonamiento judicial y en la fundamentación de sus decisiones, debe tener un rol preponderante la ética deontológica dado que es la teoría que impone límites normativos a la competencia del decisor. Sin embargo, es imposible seguir reglas absolutas –sin excepción– y tanto el consecuencialismo como la ética de la virtud no deben ser descartadas del razonamiento judicial.
 4. En el proceso de reforma nacional la ética de la virtud, razonablemente entendida y centrada en la figura del juez, puede cumplir un papel importante. En este sentido, el dictado de códigos de ética judicial constituye una de las herramientas más fructíferas.
 5. La corrupción judicial debe ser contrarrestada con las herramientas adecuadas, y no a través de la ética judicial. Mantener la visión ética enfocada en la ausencia de corrupción limita la discusión más importante.

En una democracia constitucional el rol de los jueces es decisivo. Si bien los tres poderes se encuentran subordinados a la Constitución Nacional, el Poder Judicial ejerce el control de constitucionalidad y tiene, incluso, el deber de limitar las decisiones mayoritarias cuando se vulneran derechos. Esa función, sumada a las condiciones con las que se rodea al juez para ejercer correctamente la función, constituye el fundamento legítimo de las máximas exigencias.

Adicionalmente, si se tiene en cuenta que la constitucionalización del derecho ha implicado, en alguna medida, aceptar que el fundamento último de las normas jurídicas es la moral –o por lo menos que la moral, en tanto disciplina de las razones, otorga las herramientas para juzgar el fundamento del derecho–, entonces la importancia del estudio de la ética en el saber jurídico y respecto del juez se erige como pilar fundamental y, por lo tanto, indispensable.

Bibliografía

Aguiló Regla, J.: “Dos concepciones de la ética judicial”, en *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, 32 (2009), disponible en <https://bit.ly/2DojAAP> (consultado el 22/1/19).

- “Imparcialidad y concepciones del derecho”, en *Jurídicas*, vol. 6, 2, 2009, pp. 27-44, disponible en <https://bit.ly/2MpupWc> (consultado el 23/1/19).
- Alexy, R.: “Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5 (1988), pp. 139-151, disponible en <https://bit.ly/2T2Kkwe> (consultado el 22/1/19).
- Amaya Navarro, M. A.: *Virtudes judiciales y argumentación. Una aproximación a la ética jurídica*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2009, disponible en <https://bit.ly/2FPyJgn> (consultado el 22/1/19).
- Anscombe, G. E. M.: “La filosofía moral moderna”, en Platts, M. (comp.), *Conceptos éticos fundamentales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, disponible en <https://bit.ly/2FEkmfH> (consultado el 22/1/19).
- Atienza, M.: “Ética judicial”, en *Jueces para la democracia* 40 (2001).
- “Ética judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces?”, en *Jueces para la democracia* 46 (2003).
- “Ética de jueces y fiscales”, en *Ética Judicial*, VV.AA., Andruet, A. S. (dir.), Astrea, Buenos Aires, 2018.
- Andruet, A. S. (dir.): “Ética Judicial”, en VV.AA., Astrea, Buenos Aires, 2018.
- Barragán, J.: “La estructura de justificación de los sistemas éticos y las decisiones públicas”, en *Revista Isonomía*, N°7 (1997), pp. 133-157, disponible en <https://bit.ly/2W78Eim> (consultado el 22/1/19).
- Böhmer, M.: “La lógica político-institucional del Poder Judicial en la Argentina”, en *¿Cuánto importan las instituciones? Gobierno, estado y actores en la política argentina*, Acuña, C. H. (comp.), Siglo XXI, Buenos Aires, 2013, pp. 157-208, disponible en <https://bit.ly/2HpeMPV> (consultado el 22/1/19).
- Chayer, H. M., Garsco, M. A. (coords.): *Datos abiertos, ética y transparencia: instituciones transparentes en Justicia 2020*, Eudeba, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2018.
- Davis, N.: “La deontología contemporánea”, en *Compendio de ética*, Singer, P. (ed.), Alianza, Madrid, 2004, pp. 291-308.
- Dancy, J.: “Una ética de los deberes prima facie”, en *Compendio de ética*, Singer, P. (ed.), Madrid, 2004, pp. 309-321.
- De la Torre Díaz, F. J. y Chaparro Ruiz, A. B.: “Ética judicial en España”, en AA.VV., *Ética judicial*, Andruet, A. S. (dir.), Astrea, Buenos Aires, 2018.

- Dworkin, R.: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2014.
- Ekmekdjian, M. Á.: *Manual de la Constitución argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1999.
- Farrell, M. D.: *Privacidad, autonomía y tolerancia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- “La ética de la función judicial”, en *Ética Judicial*, VV.AA, Malem, J.; Orozco, O. y Vázquez, R. (comps.), Astrea, Buenos Aires, 2018.
- Gargarella, R.: *De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema argentina*, disponible en <https://bit.ly/2DsmJ2S> (consultado el 22/1/19).
- Malem Seña, J.: “La vida privada de los jueces”, en Malem, J.; Orozco O. y Vázquez, R. (comps.), *Ética Judicial*, Astrea, Buenos Aires, 2018.
- Malem, J.; Orozco O. y Vázquez, R. (comps.): *Ética Judicial*, Astrea, Buenos Aires, 2018.
- Mill, J. S.: *Sobre la libertad*, Tecnos, España, 2017.
- Nino, C. S.: *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1984.
- *Ocho lecciones de ética para pensar la democracia*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2013.
- *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, México, 2003.
- Nozick, R.: *Anarquía, Estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 2017.
- O’Neill, O.: “La ética kantiana”, en *Compendio de ética*, Singer, P. (ed.), Alianza, Madrid, 2004, pp. 253-266.
- Posner, R. A., “El rol de los jueces en el siglo XXI”, en *Thémis* 58 (2010), disponible en <https://bit.ly/2DukYCh> (consultado el 22/1/19).
- *Cómo deciden los jueces*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- Pence, G.: “La teoría de la virtud”, en *Compendio de ética*, Singer, P. (ed.), Alianza, Madrid, 2004, pp. 347-360.
- Rachels, J.: *Introducción a la filosofía moral*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.
- Roos, S. R. y Woischnik, J.: *Códigos de ética judicial. Un estudio comparado con recomendaciones para los países latinoamericanos*, Konrad Adenauer, Uruguay, disponible en <https://bit.ly/2U3fjZ8> (consultado el 22/1/19).
- Sagüés, N. P.: “Interpretación constitucional y alquimia interpretativa. (El arsenal argumentativo de los tribunales supremos)”, en *Revista de Derecho Procesal Constitucional*, 1 (2004), pp. 151-170, disponible en <https://bit.ly/2DvdtLa> (consultado el 23/1/19).

- Sandel, M. J.: *Justicia: ¿Hacemos lo que debemos?*, Debate, Madrid, 2011, ebook.
- Schneewind, I. B.: “La filosofía moral moderna”, en *Compendio de ética*, Singer, P. (ed.), Alianza, Madrid, 2004, pp. 217-234.
- Thompson, D. F.: *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Gedisa, México, 1999.
- Vigo, R.: “Ética judicial e interpretación jurídica”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29 (2006), disponible en <https://bit.ly/2WbqFML> (consultado el 22/1/19).

La Corte Suprema como árbitro de la democracia: una reflexión sobre la intervención del máximo tribunal en controversias electorales*

*María Alejandra Perícola** y Gonzalo Joaquín Linares****

Resumen

El objetivo de este trabajo es indagar sobre el rol institucional que asume la Corte Suprema de Justicia de la Nación frente a una posible falla en el funcionamiento de la democracia representativa. A tal efecto, nos interesa comparar la función que ha desplegado el Máximo Tribunal Federal en controversias electorales recientes, donde la interpretación de las reglas de

* Los autores agradecen los comentarios y las sugerencias del dictamen arbitral.

** Abogada y Licenciada en Ciencia Política. Máster en Derecho Electoral por la Universidad de Castilla-La Mancha. En la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires es Profesora Adjunta Regular de Derecho Constitucional y Teoría del Estado. Investigadora Adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”. Directora del Proyecto de Investigación “El Derecho a elegir y ser elegida/o en América Latina” (Convocatoria DeCyT 2018-2020). Codirectora del Proyecto de Investigación y Desarrollo en Áreas Estratégicas con Impacto Social (PIDAE) titulado “La legislación sobre partidos políticos en Argentina. Evaluación de impacto y elaboración de propuestas para una reforma viable”; mpericola@derecho.uba.ar.

*** Abogado, orientación en Derecho Público. En la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires es Jefe de Trabajos Prácticos Regular de Derecho Constitucional y Teoría del Estado. Investigador en formación en Proyecto de Investigación “El Derecho a elegir y ser elegida/o en América Latina” (Convocatoria DeCyT 2018-2020) y en el Proyecto de Investigación y Desarrollo en Áreas Estratégicas con Impacto Social (PIDAE) titulado “La legislación sobre partidos políticos en Argentina. Evaluación de impacto y elaboración de propuestas para una reforma viable”, con sede en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”; gonzalolinares@derecho.uba.ar.

juego que surgen de las Constituciones provinciales involucra una afectación de los principios representativo y republicano de la Constitución Federal. En función de ello, nos proponemos perfilar los distintos modelos de revisión judicial que ha adoptado la Corte Suprema para este tipo de asuntos, e identificar cuál es el que mejor se compadece con los principios y reglas de una democracia representativa.

Palabras clave: democracia representativa, federalismo electoral, control de constitucionalidad.

The Supreme Court as Arbiter of Democracy: A Reflection on High Court Interventions in Electoral Disputes

Abstract

This paper aims to enquire into the institutional role assumed by the Supreme Court of Justice when faced with a possible fail in the functioning of representative democracy. To this end, we aim to compare the function fulfilled by the highest federal court in recent electoral controversies, where the interpretation of the rules of the game stemming from the constitutions of the individual provinces may affect the representative, republican principles of the Federal Constitution. For this reason, we plan to profile the different models of judicial review adopted by the Supreme Court on these matters, and identify the one that best embodies the principles and rules of a representative democracy.

Keywords: Representative Democracy, Electoral Federalism, Judicial Review.

I. Preliminar

Las controversias electorales que llegan a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) exigen habitualmente la interpretación y aplicación de reglas constitucionales de baja densidad. Es decir, son casos donde las constituciones (ya sean provinciales o nacional) no proveen una solución específica y predeterminada al problema. Al mismo tiempo,

para resolver este tipo de asuntos, es común que los jueces de la CSJN tengan que guiarse por mandatos amplios e indeterminados, que surgen de esas mismas constituciones (por ejemplo, los principios de representación democrática, de igualdad y autenticidad del sufragio, entre otros). El problema es que estos solo proveen directrices amplias o genéricas, dejando un amplio margen de discrecionalidad al juez para su interpretación y aplicación. Así, para resolver asuntos tales como la constitucionalidad del sistema de lemas, o la reelección de un gobernador para un tercer período consecutivo, o el cómputo de mayorías para una consulta popular, la textura abierta de las reglas que se deben aplicar presenta zonas de luz y de penumbra para la tarea judicial. Por ejemplo: ¿qué significa “simple pluralidad de sufragios”, a los efectos electorales? ¿Prohíbe ese principio un sistema de doble voto, simultáneo y acumulativo? ¿La cláusula constitucional que establece una sola reelección inmediata para los gobernadores aplica también a un vicegobernador que sustituyó al mandatario fallecido, y luego se reeligió para otro período? Son algunas de las preguntas que debe responder la CSJN en este tipo de casos.

En ese contexto, los jueces buscan sortear la dificultad explicada, por diversos medios. En algunas ocasiones, acuden al método de interpretación histórico u originalista, tratando de descifrar el sentido de la regla o principio constitucional en juego, indagando sobre la voluntad del constituyente. En otras oportunidades, buscan corregir de algún modo la imprecisión, textura abierta, vacío u omisión de estas reglas, ejerciendo una función *cuasi legislativa*.¹ Es decir, dictando una sentencia que “añade” al texto normativo una situación jurídica no prevista taxativamente. O una decisión innovadora y “creadora” de derecho, que produce una nueva regla de cara a la resolución de eventuales y futuros conflictos similares.

Ambas alternativas, como veremos, tienen sus problemas y desventajas para la resolución de contiendas judiciales, vinculadas al juego democrático. Las interpretaciones históricas tienen sus limitaciones, ya que no todos los detalles de las constituciones son debatidos en las convenciones constituyentes. Y si lo fueron, las expresiones vertidas por un convencional no necesariamente reflejan la intención de todos los representantes que

1. Sobre esta cuestión, ver M. A. Perícola y G. J. Linares, “La Justicia Electoral como actor político”, en *Pensar en Derecho*, 2019, N°14, pp. 72-77, y doctrina allí citada.

integraron el órgano. Menos aún del pueblo, en quien reside el poder constituyente y cuyo ejercicio delega en dichos representantes. Por su parte, las decisiones “creadoras” o “innovadores” implican una forma de activismo judicial, que suele imprimir a las decisiones judiciales criterios ideológicos, o valores exclusivos de los jueces. Estos no solo carecen de valor normativo, sino que además no representan objetivamente a la sociedad.

A su vez, ninguna de estas alternativas logra conciliar plenamente el control de constitucionalidad, con los presupuestos y exigencias de una democracia representativa. En este aspecto, encontramos que una solución procedimental, que ponga el acento en las condiciones formales de participación en el proceso político, puede ser más conteste con la democracia. Desde esta perspectiva, el control judicial en este tipo de conflictos podría concentrarse en la corrección formal de las fallas de funcionamiento de la democracia representativa. Tal y como sucede cuando existen prácticas o normas electorales que afectan la transparencia o la legitimidad del proceso electoral, o bloquean la participación política abierta y plural de los distintos sectores, y/o benefician sistemáticamente a una mayoría, a expensas de las minorías.

Para ilustrar esta problemática, tomaremos como punto de partida el análisis del fallo “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santa Cruz c/ Estado de la Provincia de Santa Cruz s/ amparo”² (en adelante “UCR c. Santa Cruz”). El interés de este caso se debe a que la Corte parece adoptar un temperamento diferente al seguido en controversias electorales anteriores y en otras más recientes, donde la cuestión exigía también la recta interpretación de reglas y principios electorales, previstos en las constituciones locales y en la Constitución Nacional (CN). Y donde además, estaban involucradas cuestiones que hacen a la esencia de la forma republicana y representativa de gobierno, y a la vigencia del principio democrático de representatividad popular.

A tal efecto, se procura reseñar los principales argumentos expuestos por la CSJN en el mencionado fallo, y analizar si las cuestiones constitucionales allí planteadas justificaban su excepcional intervención en una cuestión de derecho electoral provincial. En concreto, si el uso del sistema electoral de doble voto simultáneo (llamado “ley de lemas”), podía ser con-

2. Fallos: 341:1869.

siderado como un asunto que compromete fundamentalmente la cláusula de garantía republicana y representativa de la CN (artículos 5º y 122), que condiciona la autonomía de las provincias en la materia. Para ello, nos interesa comparar el control llevado a cabo por el Máximo Tribunal en este caso, y el que ejerció en otras controversias electorales cercanas en el tiempo, y que reflejan también la tensión entre democracia y federalismo. A partir de ello, se propone reflexionar si la intervención judicial en este tipo de asuntos puede justificarse desde el punto de vista democrático. En especial, a partir de una noción procedimental del control de constitucionalidad, que para este tipo de conflictos, ponga el acento en una función de arbitraje de la Corte (y demás tribunales que ejercen la jurisdicción electoral) dentro del juego democrático.

Dicho rol deberá dirigirse a asegurar la mayor participación posible en el juego electoral, y reforzar la representación de todos los jugadores, sin favorecer arbitrariamente a unos por sobre otros. Y al mismo tiempo, superar los inconvenientes que se presentan en la resolución de estos conflictos, cuando los jueces electorales recurren a criterios originalistas de interpretación, o a soluciones propias del activismo judicial. El análisis de estos temas será el objeto de este trabajo.

II. Breve apostilla sobre el sistema de ley de lemas

En el fallo “UCR c. Santa Cruz”, la CSJN, por unanimidad,³ resolvió que la constitucionalidad del sistema de la ley de lemas de la Provincia de Santa Cruz es una cuestión de derecho público local amparada por la autonomía provincial, y como regla, indemne a su intervención por la vía del art. 14 de la Ley 48.

Para comprender las implicancias constitucionales del sistema electoral impugnado debemos señalar que, mediante el mismo, cada partido político o alianza electoral constituye un “lema”, que a su vez puede proponer a los electores una o más fórmulas o listas de candidatos para los cargos a cubrir (en este caso, los de gobernador y vice), a las que se denomina “sub-lemas”.

3. En cuanto a los argumentos, al voto de los ministros Lorenzetti y Maqueda, se sumaron los votos concurrentes del presidente Rosenkrantz, la vicepresidenta Highton de Nolasco y del ministro Rosatti, respectivamente.

Así, el ciudadano vota simultáneamente por el partido o “lema” de su preferencia, y dentro de este, por la fórmula o lista de candidatos (“sub-lema”), entre las opciones que le propone el partido o alianza.⁴ El *quid* del sistema radica en que el cómputo de los votos se realizará primero por “lema” (es decir, por partido o alianza electoral), a cuyos efectos se adjudicará a cada agrupación la suma de los sufragios obtenidos por cada uno de sus respectivas listas o “sub-lemas”. Luego, dentro del lema ganador, resultará electo el sub-lema (lista o fórmula) que haya obtenido internamente la mayor cantidad de votos válidamente emitidos.⁵

Asimismo, para percibir las distorsiones que genera este sistema en la expresión de la voluntad popular, podemos citar algunos ejemplos de provincias donde fue implementado. Uno de los casos más emblemáticos y controversiales fue el de la provincia de Santa Fe, en el marco de las elecciones de gobernador y vice (y demás cargos locales) llevadas a cabo en el año 2003. En dichos comicios, el lema “Partido Justicialista” –dentro del cual competían nada más y nada menos que 15 sub-lemas o fórmulas– resultó el más votado con un total de 721.394 votos (50,23% del total de votos afirmativos), luego de sumar los sufragios obtenidos por todas sus listas. Dentro del lema ganador, el sub-lema más votado fue el “Frente para la Victoria”, integrado por la fórmula Jorge Obeid-María Eugenia Bielsa, con 129.058 votos, que representaba tan solo el 17,89% del total de votos afirmativos volcados en la elección. Por ello, esta última resultó vencedora, y sus integrantes fueron proclamados gobernador y vicegobernadora. En contraste, la fórmula Hermes Binner-Miguel Ángel de la Merced Paulón, que competía dentro del lema “Encuentro Progresista”, cosechó 234.603 votos, que representaron el 39,69% del total del votos afirmativos, siendo la fórmula individualmente más votada. Como se advierte, la aplicación de este sistema derivó en que no resultara electa la fórmula más votada, sino la que obtuvo el segundo lugar, con una diferencia superior al 20% de los votos.⁶

4. Cfr. arts. 1º y 2º de la Ley 2.052 de la Provincia de Santa Cruz, modificada por Ley 3.415.

5. *Ibidem*, art. 4º.

6. <https://www.santafe.gov.ar/tribunalelectoral/elecciones/elecciones-2003-archivos-para-descarga>.

Poco tiempo después, a raíz de los efectos políticos desatados por esta cuestionada elección, el 1 de diciembre de 2004 se promulgó la Ley 12.367,⁷ que derogó el sistema electoral de “doble voto simultáneo” o “ley de lemas”, reemplazándolo por el sistema de elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias, de un solo voto por ciudadano, para la elección de candidatos para las elecciones de autoridades provinciales, municipales y comunales.⁸

Por su parte, en las elecciones provinciales de Santa Cruz llevadas a cabo en 2015 (donde se aplicó finalmente este sistema, tras el rechazo de la acción promovida por la UCR ante la Justicia provincial), resultó vencedor para el cargo de gobernador y vice el lema “Frente para la Victoria”, con 84.433 votos –que representan el 51,58% del total de votos válidos afirmativos–. Ello, debido a que sumó los votos obtenidos por sus dos sub-lemas, integrados por las fórmulas Alicia Kirchner/Pablo González, con 56.969 votos, y Daniel Peralta/Francisco Venturelli, con 27.464 votos. En consecuencia, Kirchner y González fueron proclamados gobernadora y vicegobernador. Sin embargo, la fórmula más votada había sido la de Eduardo Costa-Carlos Zielke (que competía dentro del lema “Unión para vivir mejor”), con 67.174 sufragios.⁹

III. Hechos del caso

En el caso a analizar, el partido Unión Cívica Radical-Distrito Santa Cruz (UCR-SC) promovió una acción de amparo, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de la Ley 3.415 de dicha provincia, mediante la cual se establece, para la elección del gobernador y vice, el sistema de doble voto simultáneo antes explicado, conocido como “ley de lemas”. En consecuencia, solicitó que se ordene al Estado local abstenerse de aplicar la norma cuestionada, para las elecciones del año 2015 y en los sucesivos procesos electorales.

La agrupación actora consideró que dicho sistema vulnera el artículo 114 de la Constitución de la Provincia de Santa Cruz (CPSC), en cuanto

7. Decreto N°2482/04.

8. <https://www.santafe.gov.ar/tribunalelectoral/wp-content/uploads/2017/09/ley12367-22654.pdf>

9. <http://www.santacruz.gov.ar/elecciones/2015/resolucion-proc-candidatos-2015.pdf>.

prescribe que “el Gobernador y el Vicegobernador serán elegidos directamente por el pueblo de la Provincia a simple pluralidad de sufragios”. En este punto, la UCR-SC argüía que aquella cláusula veda un sistema electoral en el que pueda resultar electo un candidato que, individualmente, no haya reunido la mayoría de los votos emitidos.

El juzgado de primera instancia provincial hizo lugar a la acción, decisión que fue revocada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minas de la Primera Circunscripción. La segunda instancia sostuvo que la disposición constitucional invocada se limita a excluir un sistema de mayoría absoluta, pero no descalifica expresamente un sistema de doble voto simultáneo. Contra esta decisión, la agrupación actora interpuso un recurso de inconstitucionalidad, que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Santa Cruz (TSJSC) declaró mal concedido. Para arribar a tal decisión, el Máximo Tribunal local señaló que el principal agravio de la agrupación actora apuntaba contra la interpretación que había formulado la Cámara de Apelaciones sobre el artículo 114 de la CPSC, en cuanto ordena que el Gobernador y el Vicegobernador sean elegidos “a simple pluralidad de sufragios”. El TSJSC consideró que la interpretación de la Cámara había sido razonable, y que se sustentaba además en la jurisprudencia del caso “Rubalcaba”¹⁰ del mismo Tribunal. Según ese precedente, cuando el art. 114 de la CPSC ordena que el gobernador y vice se elijan a “simple pluralidad de sufragios”, se refiere a una elección por mayoría simple de votos, ya sea sobre candidatos o sobre partidos políticos. Por ello, concluyó que los argumentos de la recurrente no excedían la mera disconformidad con la decisión de la Cámara, sin enervar su razonabilidad.¹¹

Contra la decisión del TSJSC, la UCR-SC interpuso el recurso extraordinario federal, cuya denegación originó la presentación en queja ante la CSJN.

IV. Los agravios

Para abordar el caso, la CSJN identificó tres agravios expuestos por la UCR-SC en el remedio federal. En primer lugar, la agrupación política

10. TSJSC, “Rubalcaba, Tirso s/ Demanda de Inconstitucionalidad”, 07/8/1991.

11. Considerandos 1º y 2º del voto de los ministros Lorenzetti y Maqueda.

sostuvo que la ley de lemas –y la sentencia del TSJSC fundada en aquella– transgrede el art. 114 de la CPSC, y por esa vía el artículo 5º de la CN. Ello, toda vez que la norma impugnada permite que un candidato que no haya sido individualmente el más votado, resulte electo jefe del poder ejecutivo provincial. Asimismo, como el sistema de doble voto simultáneo considera en primer término los votos obtenidos por el “lema” o partido, y luego atribuye los cargos en disputa al sub-lema o fórmula más votada dentro del anterior, viola también la manda de la Constitución local, en cuanto a que el gobernador y vice serán elegidos “directamente” por el pueblo.

En segundo lugar, la recurrente argumentó que la ley de lemas vulnera la igualdad del voto garantizada para cada ciudadano y, en consecuencia, su derecho a la autenticidad de los comicios, garantizado por el art. 37 de la CN y por el art. 23 inc. 1-b de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). En este punto, adujeron que el principio de igualdad del voto debe cumplirse a todos los efectos, por lo que dicho mandato descalifica un sistema donde el voto a una fórmula puede ser redirigido al sub-lema más votado dentro del lema ganador, y, por lo tanto, beneficiar una opción electoral que no responde a la preferencia del elector.

Por último, sostuvo que la sentencia del TSJSC resultaba arbitraria, en tanto no había replicado debidamente los planteos formulados en el recurso de inconstitucionalidad. Asimismo, aclaró que las circunstancias de este caso diferían de las del precedente “Partido Demócrata Progresista”,¹² toda vez que, en este último, la controversia jurídica radicaba en determinar si el sistema de ley de lemas vulneraba el principio de autenticidad del voto, y la facultad de los partidos políticos para postular candidatos a cargos electivos. Por el contrario, apuntó que en este caso se discute si dicho sistema electoral observa el artículo 114 de la CPSC.¹³

12. CSJN, “Partido Demócrata Progresista c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción de inconstitucionalidad”, *Fallos*: 326:2004.

13. Considerando 3º de los fundamentos de la mayoría; y considerando 4º del voto de la Ministra Highton de Nolasco y 5º del Ministro Rosatti.

V. Análisis de los argumentos de la CSJN

Tras concluir que subsistía un agravio actual, bajo la doctrina de la repetición en materia electoral,¹⁴ la CSJN se abocó al tratamiento de las cuestiones federales introducidas por la recurrente. En este punto, nos interesa analizar los motivos por los cuales la CSJN consideró que la impugnación constitucional de la ley de lemas no acreditaba una ostensible vulneración de la garantía republicana y representativa (art. 5º y 122 de la CN) que habilite su excepcional intervención en la materia. Y a partir de ello, efectuar algunas observaciones a la luz de la jurisprudencia más reciente del Máximo Tribunal en materia electoral.

Primeramente, la CSJN reiteró que, bajo el sistema federal, se asegura a las provincias la autonomía para darse sus instituciones, regirse por ellas, decidir sus regímenes electorales y elegir sus autoridades sin intervención del gobierno federal (arts. 1º, 121 y 122 CN). En cuanto a ello, destacó que la prohibición de intervención en asuntos propios de la autonomía provincial (en particular lo relativo a la forma en que las provincias organizan su vida política), alcanza también a la CSJN, cuya función es custodiar el equilibrio federal, garantizando que las autoridades locales y federales se desplieguen dentro de sus respectivas órbitas, sin invadirse mutuamente. Por otro lado, subrayó que la mentada autonomía provincial se encuentra sujeta al aseguramiento del sistema representativo y republicano, encomendándose a la CSJN la garantía de la supremacía de la CN en este punto (arts. 5º, 31 y 123). A tal efecto, advirtió que el Máximo Tribunal Federal debe obrar con la máxima prudencia al llevar a cabo la revisión de las leyes provinciales, para no avasallar la autonomía local. Para lo cual debe reservar esta función a casos excepcionales, en los cuales se evidencie un ostensible apartamiento de las normas de derecho público local, de las instituciones fundamentales del ordenamiento constitucional provincial, y que hacen a la esencia del sistema republicano de gobierno.¹⁵

14. CSJN, Caso “Ríos”, *Fallos*: 310:819. Su aplicación en este caso se fundó en la realización periódica de los comicios, la vigencia de la norma objetada, y los alcances de la pretensión de inconstitucionalidad.

15. Considerandos 6º a 9º del voto de Lorenzetti y Maqueda; 4º del voto de Rosenkrantz; y 7º y 8º del voto de Highton de Nolasco.

Bajo esos principios rectores, el Tribunal analizó los tres agravios individualizados.

1. Encuadre del asunto como cuestión de derecho público local. Deferencia a la interpretación del Poder Judicial provincial

a) Criterio de la CSJN

En cuanto al agravio vinculado a la violación del artículo 5° de la CN, derivada de la incompatibilidad de la ley de lemas con el art. 114 de la CPSC, la CSJN desestimó esta cuestión, por entender que la misma remite exclusivamente a la interpretación del derecho público provincial. De este modo, consideró que en el caso no se configuraba el supuesto excepcional que habilitaría la intervención del Máximo Tribunal Federal, por no existir una cuestión federal suficiente.¹⁶ O bien porque los agravios federales planteados carecían de relación directa e inmediata con la cuestión a resolver,¹⁷ al ceñirse a una interpretación y aplicación del derecho electoral local.

En este punto, sostuvo que el TSJSC, en su condición de intérprete de la Constitución local, había entendido (con remisión a su jurisprudencia) que las expresiones “elegido directamente por el pueblo” y “a simple pluralidad de sufragios” debían ser interpretadas como una prescripción de mayoría simple de votos sobre candidatos o partidos. De modo que se descartaba solamente un sistema de elección por medio de colegios electorales, en el primer caso, y de mayorías absolutas o especiales en el segundo. Así, concluyó que la ley de lemas resultaba compatible con aquel mandato, y que la decisión de validar dicho sistema era razonable, por encuadrar en una de las interpretaciones posibles.¹⁸ En cuanto a ello, reafirmó que la compatibilidad entre leyes provinciales y la Constitución local no constituye una cuestión federal (salvo en caso de arbitrariedad), y que son los órganos judiciales locales los intérpretes naturales de aquellas normas.¹⁹ De este modo,

16. Considerando 10 del voto de Lorenzetti y Maqueda.

17. Considerando 6° del voto de Rosenkrantz, y 11° del voto de Highton de Nolasco.

18. Considerando 10 del voto de Lorenzetti y Maqueda; y 5° del voto de Rosenkrantz.

19. Considerandos 5° y 7° del voto de Highton de Nolasco.

ante la lectura efectuada por el TSJSC, y las aludidas pautas de prudencia para asuntos de autonomía provincial, la Corte descartó que la sentencia del máximo tribunal provincial hubiere tergiversado el artículo 114 de la CPSC. Y por esa vía, violentado algún aspecto esencial de la forma republicana y representativa de gobierno.

b) Observaciones a la luz de jurisprudencia reciente

Sobre este punto, cabe preguntarse si la recta interpretación que se acuerda al artículo 114 de la CPSC, a los fines de juzgar la validez de un sistema de doble voto simultáneo, no es una cuestión que comprometa de manera suficiente la cláusula de garantía republicana y representativa de la CN (arts. 5° y 122), así como la efectiva vigencia del principio democrático de la representatividad popular. En este punto, cabe señalar que en su jurisprudencia más reciente el Máximo Tribunal Federal ha tenido oportunidad de tratar como cuestión federal suficiente, casos en lo que la recta interpretación de artículos de Constituciones locales, referidos a los procesos electorales para elegir gobernador, y al cómputo de mayorías expresadas a través del sufragio, involucraban aspectos que trascienden la esfera provincial, afectando la esencia misma del sistema republicano y representativo del artículo 5° de la CN.²⁰

Puntualmente, en el caso “Unión Cívica Radical de la Rioja y otro c/ La Provincia de la Rioja”²¹ (en adelante UCR c. La Rioja) resuelto el 22 de marzo de 2019, la CSJN analizó la enmienda constitucional allí impugnada, que había agregado –a continuación de las cláusulas de reelección– que el Gobernador o Vicegobernador que haya sido electo por un solo período anterior puede ser elegido para el ejercicio en el otro cargo por dos mandatos consecutivos. En particular, examinó si dicha enmienda había lesionado o no la garantía republicana contenida en el artículo 5° de la CN, mediante un ostensible apartamiento de aquellos principios. A tal efecto, recordó las “reglas básicas” para armonizar la tensión entre federalismo y la autonomía política provincial, con el principio republicano y el mecanismo de la representación. Al respecto, si bien la regla general en la materia es la deferencia

20. Un análisis detallado puede verse en M. A. Perícola y G. J. Linares, *op. cit.*, pp. 97-111.

21. *Fallos*: 342:343.

a la autonomía electoral de las provincias, y un principio de no intervención del Estado Federal; aquella se encuentra sujeta al aseguramiento de la forma republicana y representativa de gobierno (artículos 5° y 122 CN); y *a la efectiva vigencia del principio democrático de la representatividad popular*.²² Bajo tales premisas, la CSJN se abocó a analizar si el procedimiento de enmienda llevado a cabo en la provincia había respetado los propios lineamientos de la Constitución local, y fundamentalmente de la CN. Pues consideró que una *interpretación contra-constitucional de las normas locales que regulan este proceso tendría una incidencia en la forma republicana de gobierno* que condiciona la autonomía provincial.²³

En concreto, el conflicto interpretativo se refería al art. 177 de la Constitución de La Rioja. Esta prescribe que una enmienda sancionada por la Cámara de Diputados de la Provincia solo quedará incorporada al texto constitucional si fuere ratificada por consulta popular en oportunidad de la primera elección general que se realice. Asimismo, el artículo 84 de la misma Constitución establece que la consulta popular se tendrá por rechazada por el pueblo si una mayoría de más del treinta y cinco por ciento (35%) de los votos de los electores inscriptos en el Registro Electoral no la aprueba. En cuanto a ello, la CSJN identificó dos factores de esta regulación constitucional que era necesario interpretar, puesto que involucraban cuestiones que trascendían la esfera provincial para enmarcarse en el límite de la garantía republicana y representativa del artículo 5° de la CN: 1) qué se entendía por “elección general”, y 2) cómo debe computarse la mayoría del 35% de electores inscriptos allí indicada.²⁴ Es decir, dos preceptos del derecho público local.

Correlativamente, en el fallo “Frente para la Victoria-Distrito Río Negro y otros c/ Río Negro, Provincia de s/ amparo”²⁵ (en adelante “FPV c. Río Negro”), también de fecha 22 de marzo de 2019, la CSJN consideró que la interpretación del artículo 175 de la Constitución de la Provincia de Río Negro,²⁶ que habilitaría al entonces gobernador a postularse para un ter-

22. Cfr. argumentos de la mayoría, considerandos 9° y 10.

23. *Idem*, considerando 20.

24. Considerando 21.

25. *Fallos*: 342:287.

26. Dicha norma determina que “el gobernador y el vicegobernador pueden ser reelectos

cer mandato consecutivo, involucraba una cuestión federal predominante. Ello, en la medida en que la autorización de aquella candidatura (objetada por la agrupación actora y por la agrupación “Cambiemos Río Negro”)²⁷ podía afectar la esencia del sistema representativo y republicano, conforme lo prescripto en los artículos 5° y 123 de la CN. A tal efecto, reiteró las reglas jurisprudenciales para el equilibrio entre el federalismo y la garantía republicana mencionadas en “UCR c. La Rioja”.²⁸ En cuanto a la cuestión de fondo, la CSJN se refirió a las reglas que había establecido en el precedente “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c. Provincia de Santiago del Estero s/acción declarativa de certeza”²⁹ (en adelante “UCR c. Santiago del Estero”), considerando la identidad casi absoluta entre las cláusulas de limitación reeleccionista de ambas provincias. En este punto, advirtió –con similar criterio al sostenido en “UCR c. La Rioja”– que una exégesis o aplicación *contra-constitutionem* del artículo 175 de la Constitución de la Provincia de Río Negro no solo vulneraría la propia norma fundamental local sino principalmente la CN, por afectar la forma republicana de gobierno.³⁰

En consecuencia, se advierte que no han sido ajenas a la intervención de la CSJN controversias en materia electoral donde la cuestión a dilucidar estriba principalmente en la recta interpretación de artículos de Constitu-

o sucederse recíprocamente por un nuevo período y por una sola vez. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos sino con un período de intervalo”.

27. La CSJN se abocó primeramente a la resolución de la demanda promovida por el Frente para la Victoria Distrito Río Negro; y en el Recurso de Hecho deducido por “Alianza Cambiemos Río Negro” en la causa “Alianza Electoral Transitoria Somos Río Negro s/ oficialización de candidatos (elección provincial 07/04/2019)”, remitió a los fundamentos expuestos en el primer pronunciamiento. Nótese que el 20 de marzo de 2019, la Procuradora Fiscal ante la CSJN dictaminó en la causa “Alianza Electoral Transitoria Somos Río Negro s/ oficialización de lista de candidatos (elección provincial 07/04/2019)”, y opinó que debía hacerse lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, y revocar la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro que había habilitado la candidatura de Weretilneck. Finalmente, el 22/3/2019 la CSJN resolvió de conformidad con lo dictaminado.

28. Considerandos 11 a 16 del voto de la mayoría.

29. Fallos: 336:1756.

30. Considerandos 17, 18 y 22 del voto de la mayoría.

ciones locales, cuando la cuestión regulada tiene una incidencia inmediata en la esencia misma de la forma republicana y representativa de gobierno, y en la vigencia del principio democrático de la representatividad popular. Más aún, la circunstancia de que aquellas cláusulas ya hubiesen sido objeto de una exégesis particular por parte de los órganos judiciales de la provincia no obstó a la intervención de la CSJN. Por el contrario, el tribunal cimero consideró que, por la materia involucrada, una interpretación contra-constitucional de la propia ley suprema provincial podría afectar en tales casos el principio representativo y republicano.

Si trasladamos estas premisas del fallo en comentario, podemos cuestionar si la recta interpretación del art. 114 de la CPSC afecta o no el principio de representación. Y si una interpretación equivocada puede acaso lesionar una institución fundamental del ordenamiento provincial, que hace a la esencia del sistema representativo republicano.³¹ Al respecto, no es arriesgado plantear que la inteligencia asignada al recaudo de “elección directa” y “a simple pluralidad de sufragios” de la Constitución provincial, trasciende una mera discusión de derecho público local. Y que el apartamiento del verdadero sentido de aquella cláusula, al ejercer el control de constitucionalidad sobre la ley de lemas, puede vulnerar el sistema representativo y republicano, y el principio de soberanía popular.

Sobre esta cuestión, a la par de la interpretación que sostuvo el TSJSC, y dentro de la textura abierta del texto constitucional de la provincia (y otros análogos), se ha sostenido que la “simple pluralidad de sufragios” puede referirse a una relación entre los sufragios y los elegidos, y que en dicho sistema resultan electos los candidatos que hayan recibido el mayor número de votos.³² Esta interpretación –argumentada por la agrupación actora en oportunidad de fundar el recurso extraordinario– entiende que el sentido lógico, jurídico e histórico de la “simple pluralidad de sufragios” es el de atribuir la representación a todos los candidatos que hubieran obtenido más votos que otros.³³ De esta manera, se advierte que la adopción de una u otra exégesis puede validar o invalidar un sistema electoral en el cual –como

31. *Fallos*: 310:804; 336:1742 y 1756; 340:914, entre otros.

32. J. V. González, *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ángel Estrada y Cía. Editores, 15ª ed., Buenos Aires, s.d.t. [1897], p. 285.

33. C. S. Fayt, *Derecho Político*, Buenos Aires, De Palma, 7ª ed., 1988, T. II, p. 225.

sucedió efectivamente— resulte electa una persona que no haya recibido el consenso ciudadano mayoritario. Ese dilema afecta con entidad suficiente el *principio democrático de la representatividad popular* que, como parte del principio de la representación, ha sido sindicado por CSJN como límite a la autonomía electoral de las provincias. Y, en este punto, puede trascender de una mera controversia de derecho público provincial.

En consonancia con esta tesis, la CSJN ha descalificado la exégesis *contra-constitutionem* de una cláusula de limitación reeleccionista, prevista por el constituyente local, que habilitaría una elección indefinida de una persona como gobernador y vicegobernador de manera sucesiva, con la sola exigencia de alternar el cargo y al compañero de fórmula. Ello, en la medida en que dicha interpretación se encontraría en absoluta disonancia con el principio de alternancia en el poder, y de periodicidad de los mandatos, que son inherentes a la forma republicana de gobierno.³⁴ O también, una interpretación de la constitución provincial, que posibilite la aprobación de una enmienda en consulta popular, aunque el pueblo no se haya expresado mayoritariamente en ese sentido. Pues ello violentaría uno de los consensos básicos que deriva del sistema republicano como es el derecho del ciudadano a expresar su voluntad por medio del sufragio, el cual deriva también del principio de soberanía popular (de raíz constitucional).³⁵ A la luz de esos precedentes, puede discutirse si, en el caso de la ley de lemas, la interpretación del art. 114 de la CPSC no tiene acaso la misma entidad para comprometer aquellos consensos básicos. Cuando, en efecto, la cuestión constitucional planteada se vincula a cuestiones tan medulares como la manifestación de la voluntad electoral para la elección del gobernador y vice.

Lo expuesto no quita que el mandato de elección “a simple pluralidad de sufragios” pueda ser objeto de distintas lecturas. Pero, a la luz de los precedentes recientes, no es osado cuestionar una aplicación rígida del principio de no intervención en materia electoral para una cuestión de estas características. Tampoco es objetable en sí mismo que el Máximo Tribunal haya sido deferente a la exégesis del TSJSC, como intérprete natural del derecho

34. CSJN, “Frente para la Victoria-Distrito Río Negro y otros c/ Río Negro, Provincia de s/ amparo”, 22/03/2019, considerandos 24 a 26 del voto de la mayoría. *Fallos*: 342:287.

35. CSJN, “Unión Cívica Radical de la Rioja y otro c/ La Provincia de la Rioja”, 22/03/2019, considerandos 29 a 39. *Fallos*: 342:343.

público local. Pero posiblemente, el caso ameritaba ponderar –como hizo la propia Corte en sus últimos fallos electorales– las posibles ramificaciones de aquella lectura sobre los consensos esenciales de la forma republicana y representativa de gobierno. El resultado de la aplicación del sistema de lemas en Santa Cruz y otras provincias demuestra que la controversia tiene una dimensión que afecta de modo sustancial uno de aquellos consensos. Nos referimos, concretamente, al compromiso de pureza del sufragio en el procedimiento de expresión de la voluntad ciudadana, como base del sistema de representación política. Cuestión que analizaremos a continuación.

2. Violación del derecho al sufragio igualitario y a la autenticidad del voto

El segundo agravio se centró en la violación a los principios de igualdad y autenticidad del voto. En primer término, se sostuvo que los artículos 3° y 4° de la ley 3.415 resultan violatorios del artículo 37 de la CN, en lo relativo a la calidad “igual” del sufragio, que excluye el mecanismo del voto simultáneo y acumulativo. En este punto, se planteó que si el voto es “igual” debe serlo a todos sus efectos, desde el inicio de la expresión de la voluntad electoral hasta que culmina el escrutinio. De modo que el resultado de la elección no puede modificar aquella cualidad, redirigiéndolo a otro candidato que no fue el elegido por el ciudadano. Lo contrario implicaría una variación de la voluntad originalmente expresada, por lo que, al momento del escrutinio, el voto dejaría de ser “igual” al que se emitió.

También se argumentó que el sistema de la ley de lemas, al permitir el redireccionamiento del voto hacia un sub-lema no votado, lesiona el principio de autenticidad de las elecciones (art. 23 de la CADH). Ello, toda vez que enerva la correspondencia que debe existir entre la voluntad de los electores y el resultado de la elección. De este modo, se pierde la relación directa entre el elector y el elegido, como base esencial de la democracia representativa.

a) Observaciones sobre el argumento que utiliza la CSJN para desestimar el agravio

Al tratar esta cuestión, el Máximo Tribunal entendió que la recurrente no había logrado explicar concretamente de qué modo el sistema de doble voto simultáneo desconoce la garantía de igualdad del sufragio (art. 37 CN

y art. 23 inc. 1.b de la CADH). Asimismo, señaló que su planteo sobre el redireccionamiento de votos hacia un candidato distinto al elegido era solo una de las posibles premisas. También señaló que el agravio se basaba en la premisa de aquel efecto, que es *ex post* al resultado electoral, sin considerar que podría tratarse de un “cálculo escalonado”, con el que se identifica primero al partido más votado y, en segundo lugar, al candidato más elegido dentro de este último. Por lo que, a criterio de la CSJN, la recurrente “... no acreditó cómo la garantía de la igualdad del sufragio se ve directamente afectada si un sufragio dirigido por un elector a un candidato es computado para otro del mismo lema, cuando esa misma posibilidad rige *ex ante* para todos quienes participan en la votación”.³⁶

En cuanto a este problema, no puede perderse de vista la gravitación que tiene el sufragio para la forma representativa y republicana (art. 5° de la CN), que actúa como condicionante de la autonomía provincial. Sobre este punto, la propia CSJN ha destacado, en su jurisprudencia reciente,³⁷ que uno de los consensos que se desprende del sistema republicano es el derecho del ciudadano a expresar su voluntad por medio del sufragio, que deriva también del principio de soberanía popular. Dicho consenso pone necesariamente el acento en los *procedimientos* mediante los cuales se hace explícita aquella voluntad,³⁸ lo cual exige un compromiso con la *pureza del sufragio* como base del mecanismo de la representación política; y, en consecuencia, ordena *reprimir todo lo que pueda contribuir a alterarla*.³⁹ Como consecuencia de ello, señaló que la voluntad del pueblo no se presume, sino que se expresa en procesos electorales legítimos y transparentes.⁴⁰

Bajo tales premisas, en el caso “UCR c. La Rioja” antes citado, la CSJN ha descalificado la interpretación de una cláusula constitucional local, que posibilitaba la aprobación de una enmienda sin que el pueblo se haya expresado mayoritariamente en ese sentido.⁴¹ Consideró que esa lectura alteraría

36. Considerando 12 del voto de los ministros Lorenzetti y Maqueda.

37. “UCR c/ La Rioja”, *op. cit.*

38. Fallos: 336:1756, considerando 11, “UCR c. Santiago del Estero”.

39. Fallos: 9:314.

40. “UCR c. La Rioja”, *op. cit.*, considerandos 30 y 31.

41. En el precedente citado, la CSJN sostuvo que, si considerara que el piso de 35% del padrón que exige la Constitución de la Rioja debe ser alcanzado solo por el voto negativo

el principio de pureza del sufragio, como base de la forma representativa, y resultaría incompatible con los principios de la CN que condicionan la autonomía provincial. En esa inteligencia, entendió que no era posible tener por ratificada una enmienda que solo había sido aprobada por el 25% del pueblo de la provincia, pues ello implicaría desconocer su decisión mayoritaria.⁴²

Con análogo criterio, no es ilógico sostener que una interpretación constitucional que convalida un sistema donde puede resultar electo quien no haya recibido el consenso de la mayoría del pueblo altera el principio de pureza del sufragio como base de la representación política y el principio de soberanía popular. Principios que, señalados como bases de la forma republicana y representativa de gobierno, la tornarían incompatible con los arts. 5° y 122 de la CN. Por cierto, es deseable que los tribunales profundicen la revisión de los procedimientos que se adoptan para canalizar la expresión de la voluntad electoral. Y que, en consecuencia, repriman aquellos mecanismos que –como sucede con la ley de lemas– puedan conducir a su alteración, tal y como lo ha enfatizado la CSJN en sus precedentes recientes.

En especial, el respeto de la regla de la mayoría –aun conjugada con la de respeto de las minorías– es medular en los procesos electorales. Pues como tiene dicho el máximo tribunal, “...la subsistencia de los Pactos constitucionales modernos se debe sin duda a que pretenden validar en su funcionamiento *la decisión de la mayoría* y el respeto por las minorías en procesos electorales que deben buscar garantizar lo más fielmente posible ‘la efectiva vigencia del *principio democrático de la representatividad popular*’”.⁴³ En cuanto a la afectación de la regla de la mayoría, es cuestionable que aquella se encuentre a salvo en un sistema de voto doble simultáneo, bajo la tesis de que la mayoría se deposita primero en un partido o alianza transitoria (lema), y luego se designa al candidato internamente más votado. Ello así, porque no puede asimilarse la compe-

a los fines del rechazo de la enmienda, se pondría como factor fundamental de la consulta popular la cantidad de ciudadanos que están en contra, y no cuántos están a favor de su aprobación. Esa interpretación implicaría presumir que todo aquel que no votó en contra, votó a favor de la enmienda. Aun cuando, como sucedió en este caso en particular, la enmienda había recibido solamente un 25,48% de votos afirmativos (computados sobre el padrón), mientras que un 74,52% votaron negativamente, en blanco o se abstuvieron.

42. Considerandos 29 a 39.

43. *Fallos*: 338:628 y 331:866, el destacado es propio.

tencia de los partidos políticos para postular candidatos a cargos electivos, con la titularidad de los mandatos de representación. De esta cuestión nos ocuparemos en el acápite 3.

Por otro lado, el efecto de redireccionamiento del voto –más allá de su verificación concreta en las elecciones de 2015–,⁴⁴ puede configurar *per se* un agravio concreto y suficiente. Por cierto, la circunstancia de que la Ley 3.415 comience a aplicarse a los actos preelectorales, con la inscripción de diversos “sub-lemas” en al menos un partido o alianza electoral,⁴⁵ implica que indefectiblemente una parte del electorado verá redirigidos sus votos a una opción no elegida durante el escrutinio. Este efecto tiene aptitud suficiente para afectar los derechos políticos activos de los votantes, y pasivos de los candidatos y agrupaciones. En tales circunstancias, la certeza del redireccionamiento altera necesariamente la pureza del sufragio como expresión de voluntad, y la regla de la mayoría que la propia CSJN ha definido como uno de los consensos básicos de la democracia representativa.

Sobre este punto, es cierto que la acción declarativa de inconstitucionalidad⁴⁶ debe responder a un “caso”, ya que no tiene carácter simplemente consultivo ni importa una indagación meramente especulativa.⁴⁷ Sin embargo, la configuración de ese requisito exige que la pretensión tenga por finalidad precaver las consecuencias de un acto en ciernes, al que se atribuye ilegitimidad, y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto.⁴⁸ En ciertos supuestos particulares (como a nuestro juicio, se dio en el presente), la afectación del ejercicio de un derecho puede derivarse de un contexto normativo, que el peticionario puede pretender esclarecer de for-

44. El sub-lema integrado por la fórmula Alicia Kirchner/Pablo González, que fue la segunda más votada detrás de la fórmula Eduardo Costa/Carlos Zielke, resultó electo gracias a que sumó los votos de la fórmula Daniel Peralta/Francisco Venturelli, que también integraba el lema del Frente para la Victoria.

45. Arts. 2º y 3º de la ley 3.415 de Santa Cruz.

46. Según doctrina de *Fallos*: 327:3010 (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema) el pedido de declaración de inconstitucionalidad de una norma importa el ejercicio de una acción directa de inconstitucionalidad, de aquellas que explícitamente ha admitido como medio idóneo –ya sea bajo la forma de amparo o la acción de mera certeza– para prevenir o impedir las lesiones de derechos de base.

47. *Fallos*: 324:2381, entre otros.

48. *Fallos*: 330:3109, entre otros.

ma inmediata, sin estar obligado a propiciar o soportar un acto que concrete su agravio.⁴⁹

A ello se suma que, para este tipo de controversias, sea aun preferible que el control de constitucionalidad de los procedimientos fijados para la expresión de la voluntad electoral se determine con anterioridad a la realización de los comicios, y no una vez practicado el escrutinio y oficializado el resultado. De lo contrario, un control de constitucionalidad posterior a la elección, del que pueda derivar la invalidez y reiteración del acto electoral, implicaría mayores costos. Como ha señalado la CSJN, encontrándose en juego –en asuntos de esta especie– los derechos de sufragio activo y pasivo como principios fundamentales del orden democrático, debe acogerse la proporcionalidad entre los actos y sus consecuencias, como guía decisoria de extrema rigurosidad.⁵⁰

b) Sobre el principio de autenticidad del sufragio

Otra de las cuestiones conducentes para la resolución de este caso⁵¹ es la vulneración del principio de autenticidad del voto, que se sustenta en el artículo 23 inc. 1 b de la CADH.⁵² Al respecto, merece puntualizarse que dicho principio ha sido interpretado por los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH), y que sus derivaciones exhiben singular relevancia para analizar la constitucionalidad de la ley de lemas.⁵³

49. *Fallos*: 341:1017 (voto del juez Rosenkrantz) y sus citas: *Fallos*: 310: 977, 2812 y 322: 1253, entre otros.

50. *Fallos*: 340:914, considerando 13 del voto de la mayoría.

51. Cfr. doctrina de *Fallos*: 310:1764; 312:952, 1150 y 314: 1849.

52. La cuestión solo es mencionada, como comentario *obiter dictum*, luego de descartar un supuesto de inconstitucionalidad, cuando la CSJN advierte sobre los efectos disvaliosos del sistema.

53. Debe recordarse que por aplicación del principio de buena fe, que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, y la calidad de los argumentos y la autoridad de quien emanan, los informes y las opiniones de la CIDH constituyen criterios jurídicos valiosos de implementación, interpretación y de ordenación valorativa de las cláusulas de la CADH, que deben ser tomados en cuenta para adoptar decisiones en el derecho interno (cfr. *Fallos*: 336:1024; 319:1840; 318:1877, con-

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que la “autenticidad” de las elecciones “[...] significa que debe existir una correspondencia entre la voluntad de los electores y el resultado de la elección. En sentido negativo, esta característica implica la ausencia de coerciones que distorsionen la voluntad de los ciudadanos”.⁵⁴ Asimismo, la CIDH tiene dicho que aquel mandato abarca dos categorías diferentes de fenómenos: por un lado, los referidos a las condiciones generales en que el proceso electoral se desarrolla y, por otro, aquellos fenómenos vinculados con el sistema legal e institucional que organiza las elecciones y que ejecuta las acciones propias del acto electoral, es decir, aquello relacionado de manera directa e inmediata con la emisión del voto.⁵⁵

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que el segundo factor del artículo 23 de la CADH, que reconoce el derecho a “votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por *sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores*” (destacado añadido), nos remite a uno de los requisitos fundamentales de la democracia representativa, que inspira la normativa y propósitos del SIDH desde sus inicios. Se destaca allí la periodicidad y autenticidad de las elecciones, así como las características del sufragio: universal, igual y secreto. Ello, para cumplir un requerimiento que se expresa también en el mismo artículo 23: garanti-

siderando 8°; 318: 2611; voto del juez Bossert en la causa “Estévez, José Luis s/ solicitud de excarcelación –causa N°33.769–”, *Fallos*: 320: 2105; voto de los jueces Fayt y Petracchi en la causa “Tabarez, Roberto Germán s/ delito de homicidio agravado por alevosía –causa N°232–”, *Fallos*: 321:494; entre otros; “Hagelin”, voto del juez Maqueda, *Fallos*: 326:3268). Asimismo, el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (cfr. CSJN, “Girolodi”, *Fallos*: 318:514, considerando 11); por lo que al ejercer el “control de convencionalidad”, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete última de la CADH (cfr. *Fallos*: 330:3248, “Mazzeo”).

54. CIDH, Informe 1/90, México, párr. 47; Informe Anual 1990-1991, Capítulo V, III, p. 14; Informe de país: Panamá 1989, Capítulo VIII, punto 1; Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Haití, 1990, Capítulo 1, párr. 19 y ss., entre otros informes anuales y de país.

55. CIDH, Informe 1/90, México, párr. 48.

zar la libre expresión de la voluntad de los electores.⁵⁶ Por eso, dicha Corte ha observado que, más allá de estas esenciales características del proceso electoral (elecciones periódicas y auténticas) y de los principios del sufragio (universal, igual, secreto, que refleje la libre expresión de la voluntad popular), la CADH no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular mediante el cual se ejerzan los derechos a votar y ser elegido, sino que, por el contrario, se limita a establecer determinados estándares dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos. Pero esto último, siempre que dicha reglamentación sea razonable de acuerdo con los principios de la democracia representativa antes explicados.⁵⁷

Este principio tiene singular relevancia para la cuestión, de acuerdo al sentido que le han acordado los órganos del SIDH. Ello así, puesto que una de las consecuencias del sistema de voto doble simultáneo es la falta de correspondencia entre la voluntad expresada por el elector y la imputación de la misma al resultado, debido al redireccionamiento del voto antes explicado. Ello deriva en que un candidato se beneficia de los votos que no fueron emitidos a su favor, sino de otro sub-lema o fórmula dentro de la agrupación. Por otro lado, si bien es indudable que el Estado Nacional y las Provincias tienen la competencia para adoptar el sistema electoral que consideren más adecuado (toda vez que, como ha apuntado la Corte IDH, el art. 23 no prescribe un sistema en particular), su diseño institucional y normativo debe respetar los principios rectores que define el instrumento internacional analizado. Entre ellos se cuenta el de autenticidad de los comicios; y la razonabilidad con relación a los principios de la democracia representativa.

El mecanismo diseñado por la ley de lemas puede colisionar con estos principios, pues en el contexto de un sistema de elección directa –sin compromisarios, delegados o colegios electorales– tiene la aptitud de atribuir el cargo a una fórmula que no ha sido mayoritariamente elegida por la voluntad popular. Y sin perjuicio de que ese resultado se produzca o no, tiene

56. Corte IDH, Caso “Yatama Vs. Nicaragua”. Sentencia del 23 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), voto concurrente del Juez Diego García-Sayán, párr. 18.

57. Corte IDH, “Caso Castañeda Gutman vs. México”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, 149.

el efecto de redireccionar la voluntad electoral expresada por el ciudadano hacia una opción que no se corresponde con su elección. En este aspecto, se diluye la mentada correspondencia que debe asegurar el sistema electoral, entre la voluntad expresada por el ciudadano y el resultado que le imputa.

3. La centralidad de los partidos políticos

Relacionado con el punto anterior, otra de las cuestiones que ponderó la CSJN para su decisión es la centralidad de los partidos políticos en el sistema electoral. En este punto, el Tribunal enfatizó el rol de dichas agrupaciones como agentes que ordenan el debate público, evitando la dispersión de voluntades. Destacó que la propia Constitución provincial les confiere un rol preponderante, al definirlos como “instituciones indispensables de la democracia”,⁵⁸ y que la ley de partidos políticos provincial les atribuye la nominación de candidatos para cargos electivos.⁵⁹ Sobre esta premisa, la Corte observó que el sistema electoral diseñado por la ley de lemas se organiza en torno a la actuación de los partidos políticos, en consonancia con las prescripciones constitucionales y legales citadas. Agregó que, a partir de su interpretación conjunta, resulta casi imposible presentar una candidatura si no es a través de un partido político.⁶⁰ A su vez, recordó que, en el plano federal, la reforma constitucional de 1994 reconoció explícitamente a los partidos políticos como instituciones fundamentales del sistema democrático (art. 38 CN). Así como lo decidido en los casos “Ríos” y “Abarca”⁶¹ sobre la función clave de los partidos para el funcionamiento del régimen representativo.

En cuanto a ello, el Máximo Tribunal enfatizó que, según los términos de la ley de lemas, se pueden constituir “sub-lemas” para presentar candidatos a gobernador y vice, siempre que hayan obtenido avales del 15% del padrón de afiliados del partido o “lema” en el cual se inscriben. Asimismo, destacó que según el art. 7º de la ley 2.052, el “lema” pertenece al Partido

58. Considerandos 13 y 14 del voto de la mayoría.

59. Considerando 17.

60. Considerando 18.

61. *Fallos*: 310:819 y 339:1223.

o Alianza que lo haya registrado.⁶² Esto se relaciona también con el razonamiento efectuado por el Máximo Tribunal, cuando se refirió al agravio relativo al efecto de redireccionamiento del voto. Allí argumentó que este planteo omite que en un sistema de doble voto simultáneo se vota de manera escalonada, identificando primero al partido político más votado, y luego, al candidato que –dentro del anterior– haya sido el más votado.

Bajo esta lectura de la CSJN, el sistema electoral bajo análisis no se riñe con los principios de representación ni de autenticidad del voto. Por el contrario, desde una perspectiva de centralidad de los partidos políticos, la ley de lemas siempre atribuye el cargo en disputa al partido o alianza política más votado. Ratificando así su relevancia en el sistema democrático. Sin embargo, el rol de los partidos como agentes ordenadores del debate y de la expresión de la voluntad electoral no es igual a la titularidad de la representación política. En efecto, la propia CSJN ha señalado que la representación del pueblo de la Nación Argentina compete a los representantes, y no a los partidos políticos, que actúan como meros instrumentos para la designación de los candidatos, y para la formulación y realización de la política nacional.⁶³ De esta manera, en la medida en que no exista una disposición constitucional que admita la prevalencia de los partidos sobre los candidatos, se entiende que, al no pertenecer los cargos al partido sino al pueblo, entra en juego el principio de “representación libre”. Así, se reputa electa en los comicios para representar al pueblo la persona, y no la agrupación política a través de la cual se postuló. Tal el caso, por ejemplo, de los diputados nacionales, como lo ha reafirmado la jurisprudencia de la Cámara Nacional Electoral.⁶⁴ Por el contrario, en el caso de los senadores nacionales, la letra de la CN (art. 54) y de la ley electoral sí establece que las bancas corresponden al partido o alianza política que postuló a los candidatos electos. Así lo ha interpretado la CSJN, cuando señaló que, según aquellas normas, para la elección de senadores nacionales fue intención del constituyente asignar las bancas a los partidos políticos. En ese caso, se desestimó la aplicación de la

62. Considerando 16.

63. CSJN, Fallo “U.C.R. C.F.I. partido Federal y FREJUPO s/ presentaciones sobre la forma de computar los votos de las elecciones del 14/5/89”, 16-11-1989. *Fallos*: 312:2192.

64. CNE, Fallo N°3738/2006 del 29 de agosto de 2006. Causa “Pagani, Enzo Luis s/ presentación” (Expte. N°4164/05).

doctrina explicada anteriormente, por una expresa disposición constitucional que asigna prevalencia al partido por sobre el candidato.⁶⁵

Bajo esas premisas, podemos observar que, si bien la CPSC asigna un rol relevante a los partidos políticos, como “responsables de la cultura política y de la confianza que el pueblo deposita en ellos, y garantes de la participación ciudadana” (art. 80), no contiene ninguna prescripción que les otorgue preponderancia por sobre el candidato, a los efectos de la elección del gobernador y vice. En efecto, como ya se señaló, el art. 114 establece que el Gobernador y el Vicegobernador son elegidos directamente por el pueblo de la provincia, a simple pluralidad de sufragios; y que podrán ser reelectos. Por ello, puede objetarse que el sistema de ley de lemas sea compatible con el principio democrático de representatividad popular y de autenticidad del voto, bajo el argumento de que el sistema adjudica el cargo al partido político más votado. Como hemos explicado, la letra y diseño de la Constitución provincial no acuerdan una primacía a las agrupaciones políticas por sobre los candidatos a gobernador, que hiciera posible atribuir a los primeros la titularidad de la representación. Por ello, es debatible que los agravios referidos al redireccionamiento del voto puedan ser desestimados bajo una tesis basada en la centralidad de los partidos políticos.

VI. Algunas reflexiones sobre el rol de la CSJN como árbitro del juego democrático

Como se señaló en la introducción, el caso comentado –y en general, las controversias electorales que trató la CSJN recientemente– se caracterizan por involucrar disposiciones constitucionales de textura abierta. Se trata de conflictos signados por zonas de penumbra, y al tiempo, atravesados por principios indeterminados en su contenido y alcance, como la representación democrática, el principio republicano, y los principios de igualdad y autenticidad del sufragio antes analizados. En el caso de las disposiciones de textura abierta, nos referimos a las normas que prescriben la elección del gobernador “a simple pluralidad de sufragios”, que tendría una zona de determinación –que excluye un sistema de mayorías especiales– y una

65. CSJN, “Alianza Frente por un Nuevo País s/ solicita cumplimiento del art. 54 de la Constitución Nacional elecciones del 14 de octubre de 2001”, 4/6/2003. Fallos: 326:1778.

de indeterminación o penumbra, con relación a si permite o no descalificar constitucionalmente un sistema de doble voto simultáneo. Como se advierte en el caso, donde las constituciones no proporcionan una respuesta específica a las cuestiones en juego, los jueces obran con cierta discrecionalidad para interpretar y aplicar estas normas. Y, por otro lado, los principios señalados, por su mayor grado de indeterminación, solo funcionan como directrices amplias, de modo que, a diferencia de las reglas, no brindan una solución clara y determinada.⁶⁶

Así, en este tipo de controversias las soluciones suelen dividirse entre las que acuden a interpretaciones textualistas y originalistas de los preceptos constitucionales y otras propias de un activismo judicial. Las primeras indican que los jueces deben limitarse al significado unívoco que le asignó el constituyente a la norma, y que en principio surge de su literalidad. Mientras que las segundas propician una intervención del juez que vaya más allá de las referencias que surgen del documento constitucional, para acudir a criterios de valoración ideológica o teorías sustantivas de valores. El problema de las primeras es la existencia de preceptos abiertos o indeterminados, que inevitablemente conducen a una interpretación libre del juez. Y en ocasiones, la ausencia o insuficiencia de fuentes históricas que permiten extraer un significado inequívoco de la regla en cuestión. Mientras que las segundas se topan con el problema de no poder hallar criterios morales objetivos, de modo que las teorías morales a las que acuden los jueces habrán de recaer en sus propios valores, en concepciones sobre el derecho natural, o en el consenso mayoritario de la opinión pública.⁶⁷

En este punto, no pasa inadvertido que en el fallo “UCR c. Santa Cruz” el TSJSC ensayó una solución sustentada en la premisa de que la “simple pluralidad” tiene un sentido unívoco y claro, que se depende de la literalidad de los términos empleados. Y que tal sentido se limita a excluir un sistema electoral de mayoría absoluta, permitiendo una elección por mayoría simple de votos para un candidato o partido, pero que no contraindica un

66. V. Rojas Amandi, “El concepto de Derecho de Ronald Dworkin”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 2006, N°246, pp. 355-412, ap. IV, V.2 y V.3; y sus citas bibliográficas.

67. J. H. Ely, *Democracia y Desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad*, Bogotá, Ed. Siglo Hombre, 1997, p. 17.

sistema de doble voto simultáneo. Ello, a pesar de que su textura abierta permite otras interpretaciones razonables. Como la que sugiere que el sistema ordena atribuir el cargo de gobernador y vice a la fórmula que haya resultado más votada.

Por su parte, el Máximo Tribunal Federal fue deferente a la lectura del TSJSC y a su calidad de intérprete natural del derecho público local. Al tiempo que consideró razonable esa interpretación, desde una perspectiva que atiende a la intención original del Constituyente provincial. En efecto, la CSJN se refirió al debate que se dio en el seno de la Convención Constituyente de Santa Cruz de 1994, donde se analizó la propuesta de anexar una disposición anulatoria de la ley de lemas o de doble voto simultáneo, adoptado originalmente en 1988. Ello, bajo el argumento de que dicho sistema violaba la “simple pluralidad de sufragios”, que ya existía en la CPSC y que dicha reforma mantuvo. Empero, subrayó que dicha propuesta no fue aceptada por el órgano reformador local.⁶⁸ Por ende, el Tribunal entendió que la inteligencia asignada a la norma en cuestión se compadecía con la intención del constituyente, que, al no anexar la mentada cláusula anulatoria, no había juzgado inválido el sistema de doble voto simultáneo.

Además de esto último, si bien aparece como *obiter dictum*, la CSJN llamó la atención sobre la baja calidad institucional que genera el sistema de doble voto simultáneo. En el sentido de que no mejora la eficiencia de las instituciones políticas, y favorece la multiplicación de candidaturas, coadyuvando a la falta de información precisa y poca claridad para el electorado al momento de emitir su voto. Ello, pese a no descalificarlo en su validez constitucional.⁶⁹ En ese punto, sobresale un activismo reflejado en criterios extrajurídicos, concepciones morales y valoraciones subjetivas, o mismo al consenso mayoritario de la opinión pública en torno a la ley de lemas.

El problema de estas posiciones, que pueden presentarse como antagonistas, es que ninguna concilia el control de constitucionalidad con los presupuestos de la democracia representativa. Mientras el textualismo ata a los jueces a la literalidad de los preceptos constitucionales, con las limitaciones que ello implica, el activismo implica que estos últimos impongan valores subjetivos desligados de la Constitución y de las leyes, ambas sancionadas

68. Cfr. considerando 20 del voto de la mayoría.

69. Cfr. considerando 22 del voto de la mayoría.

por órganos democráticos. En ambos casos, se elude la alternativa de una noción procedimental del control constitucional. Esta última pretende ser congruente con una concepción agregativa de la democracia, que ponga el acento en las condiciones formales de participación en el proceso político.⁷⁰ Desde esta perspectiva, el control judicial deberá recaer principalmente en la corrección formal de los procedimientos legislativos. Pero, además, se justificará la intervención de los jueces en aquellos asuntos donde existan fallas en el funcionamiento de la democracia representativa, ante el bloqueo de los canales de participación política, o el beneficio sistemático de un grupo a expensas de una o más minorías. En estas condiciones, lo más adecuado es confiar esa corrección a agentes que se encuentren fuera del proceso político, como son los jueces.⁷¹

Según esta mirada, la democracia se asimila a un mercado donde compiten intereses en conflicto, y allí el juez constitucional adopta un rol de árbitro en el juego democrático, garantizando la participación y reforzando la representación de todos los jugadores, sin favorecer a unos sobre otros. Para cumplir esta función, deberá poner especial atención sobre las normas que perjudican y limitan a las fuerzas políticas minoritarias.⁷² En particular, cuando se trata de cláusulas abiertas en la Constitución, el control judicial debe estar orientado en la promoción de la participación y al refuerzo de la representación, más que a la salvaguarda de valores morales subjetivos. Este modelo de control se asienta en la premisa de que las instituciones de gobierno no funcionan mal simplemente porque conducen a resultados indeseables, por más malos que sean. Dichos valores deben ser, en principio, determinados por los representantes electos, a quienes podemos expulsar de los espacios de representación mediante el voto en caso de no acordar con los resultados arribados. Por el contrario, la verdadera disfunción ocurre cuando el procedimiento no es digno de confianza, y cuando se generan bloqueos en los canales de participación y cambio político, para asegurar que unos queden dentro, y otros se mantengan fuera del proceso de decisión política. Aun si ninguno de ellos

70. J. H. Ely, *Democracia...*, op. cit., p. 19.

71. J. H. Ely, "Toward a representation-reinforcing mode of judicial review", en *Maryland Law Review*, 1978, vol 37. En el mismo sentido, véase J. Dorado Porras, *El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 138.

72. J. H. Ely, *Democracia...*, op. cit., p. 129.

fuera privado de voz o voto, pero existieran mayorías que sistemáticamente perjudican a las minorías en el sistema representativo.⁷³

En el caso analizado, un enfoque basado en este modelo procedimental y arbitral de revisión hubiese prescindido de toda referencia textualista o histórica. También hubiese evitado incurrir en un activismo judicial, que –aun atenuado como *obiter dictum*– hiciera referencia a consecuencias indeseables, falta de eficiencia, baja calidad institucional, y a otros valores extrajurídicos referidos a la ley de lemas, cuya discusión y decisión debe permanecer en la órbita de los órganos de representación democrática. En su lugar, este análisis puede recaer en la forma en que la ley de lemas genera un bloqueo en los canales de participación política, que sistemáticamente favorece a determinados grupos políticos, para evitar el acceso de las minorías opositoras a espacios de representación política (en este caso, el poder ejecutivo provincial).

En este punto, observamos que este rol de árbitro del juego democrático fue efectivamente desplegado por la CSJN en la sucesión de fallos “UCR c. Santiago del Estero”, “FPV c. Río Negro”, y “UCR c. La Rioja” antes citados. En el último de los mencionados, la Corte puso el acento en los procedimientos mediante los cuales se hace explícita la voluntad electoral, el compromiso con la pureza del sufragio como base del mecanismo de la representación política y la necesidad de reprimir sus alteraciones. En particular, descalificó una interpretación constitucional que presumía una voluntad ratificatoria de toda expresión que no fuera taxativamente negativa; y así permitía que un grupo modifique las reglas de juego electorales a su favor, en perjuicio de los otros, y sin formar un consenso mayoritario con los otros sectores afectados. En los dos primeros casos, la CSJN adoptó también esta posición, al defender una lectura de las reglas de juego electorales, que evitara artificios por los cuales un grupo de actores políticos pudiera perpetrarse indefinidamente en el poder. En ambos casos, el rol del tribunal apuntó a desbloquear canales de participación política, asegurando el acceso de las minorías políticas al juego electoral, en igualdad de condiciones. Todo ello, sin perjuicio de que también se fundamentaron algunas conclusiones, en interpretaciones textualistas o históricas de la Constitución.

73. S. C. Fickle, “The Dawn’s Early Light: The Contributions of John Hart Ely to Constitutional Theory”, en *Indiana Law Journal*, 1981, Volume 56, Issue 4, Article 3, pp. 645-646 y sus citas.

Por eso, más allá de los argumentos analizados en los acápites anteriores, la principal observación al fallo en comentario es el repliegue de ese rol arbitral en el juego democrático, si se tiene en cuenta, sobre todo, el fallo “UCR c. Santiago del Estero”. Rol que la CSJN reasume en “FPV c. Río Negro” y “UCR c. La Rioja”.

VII. A modo de conclusión

A partir de los argumentos reseñados, entendemos que, para las controversias electorales, las soluciones que acuden exclusivamente a criterios textualistas, originalistas y activistas no conducen a las mejores decisiones para el buen funcionamiento de la democracia electoral.

Los primeros asumen un sentido unívoco de la regla constitucional a interpretar y aplicar, extraíble de la literalidad de la norma, pese a la textura abierta que en ocasiones presenta. Los últimos, tienden a buscar soluciones fuera del texto normativo. Y por su parte, las interpretaciones históricas u originalistas (como la que sostuvo el TSJSC para el caso de la ley de lemas) presentan una serie de inconvenientes que tampoco conducen a soluciones favorables para el buen funcionamiento del juego democrático. Por cierto, a la hora de valorar ese método interpretativo, no debe prescindirse de que los debates de la Convención Constituyente pueden ser insuficientes, o no contener explicación alguna del alcance y el sentido que el constituyente pretendió darle a los términos de la regla constitucional.⁷⁴ En el caso analizado, ese inconveniente se advierte en los argumentos del Tribunal provincial, que en ausencia de elementos expresos en el debate constituyente sostuvo la validez del doble voto simultáneo, solo porque la Convención provincial no aceptó la propuesta de una cláusula anulatoria de aquel sistema. Ello, pese a no existir en la fuente histórica citada una explicación sobre el alcance o el sentido de la regla de la “simple pluralidad de sufragios”. Empero, el TSJSC lo consideró argumento suficiente para concluir que su exégesis se compadecía con la intención del constituyente.

Por el contrario, al estudiar el caso “UCR c. Santa Cruz” en contraste con los otros precedentes de la CSJN en materia electoral, advertimos que el

74. CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro y otros c/ Río Negro, Provincia de s/ amparo”, *Fallos*: 342:287, disidencia de la Vicepresidenta, Dra. Elena I. Highton de Nolasco.

modelo de revisión que mejor se compadece con la democracia representativa, y que conduce a mejores decisiones para su buen funcionamiento, es el control de situaciones de bloqueo en los canales de participación política, o de beneficio sistemático de una mayoría a expensas de las minorías. Ello, a partir de un examen de los procedimientos mediante los cuales el sistema electoral hace efectiva la expresión de la voluntad electoral. En particular, cuando estos no son confiables para la ciudadanía, o mismo cuando favorecen sistemáticamente a un grupo en detrimento de otro, generando tales bloqueos.

Los fallos dictados por la Corte Federal en los casos “UCR c. Santiago del Estero”, “FPV c. Río Negro”, y “UCR c. La Rioja” ejemplifican el ejercicio de este rol del máximo Tribunal como árbitro de la democracia. Sin embargo, cuando ese rol es sustituido por una posición activista, y/o por criterios de interpretación que presentan muchos inconvenientes para la resolución de estos asuntos, se debilita la posibilidad de corregir los procedimientos electorales que generan obstáculos en los canales de participación y representación.

Bibliografía

- Dorado Porras, Javier: *El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos*, Madrid, Dykinson, 1997.
- Ely, John H.: *Democracia y desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad*, Bogotá, Ed. Siglo Hombre, 1997.
- “Toward a representation-reinforcing mode of judicial review”, en *Maryland Law Review*, 1978, vol 37.
- Fayt, Carlos S.: *Derecho Político*, Buenos Aires, De Palma, 7ª ed., 1988.
- Fickle, Stanley Conrad: “The Dawn’s Early Light: The Contributions of John Hart Ely to Constitutional Theory”, en *Indiana Law Journal*, 1981, Volume 56, Issue 4, Article 3.
- González, Joaquín V.: *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ángel Estrada y Cía. Editores, 15ª ed., Buenos Aires, s.d.t. [1897].
- Perícola, María Alejandra y Linares, Gonzalo Joaquín: “La Justicia Electoral como actor político”, en *Pensar en Derecho*, N°14, 2019.
- Rojas Amandi, Víctor: “El concepto de Derecho de Ronald Dworkin”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 2006, N°246.

