

Opiniones consultivas y principio de subsidiariedad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Entrevista a Alfredo M. Vítolo



Abogado, graduado con Diploma de Honor en la Universidad de Buenos Aires. Master of Laws de la Universidad de Harvard (EE.UU.). Profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos y Garantías de la UBA, UCA y Universidad de Belgrano.

Profesor invitado en numerosas universidades nacionales y del exterior.

Miembro de las Comisiones Directivas de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, Presidente del Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia (FORES) y de la Fundación para la Educación, la Ciencia y la Cultura (FECIC). Miembro del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue asesor de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. Fue también asesor del Ministerio de Defensa de la Nación y del Consejo para la Consolidación de la Democracia. Profesor invitado en diversas universidades en cursos de grado y de postgrado. Profesor en las carreras de Estado de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires. Ex-Conjuez de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo. Nominado por el gobierno Argentino para el cargo de comisionado de la Comisión Interamericana de DDHH para el período 2020-2023.

EDFA: Desde el punto de vista del texto convencional, ¿qué valor tiene una opinión consultiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Y, más allá del texto de la CADH, ¿qué efectos puede causar una opinión consultiva de la Corte en materia de derecho al cuidado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?

ALFREDO VÍTOLO: La Convención Americana confiere a la Corte Interamericana una función novedosa por su alcance, la de responder las consultas que le formulen los estados o los órganos de la OEA respecto de la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica o de otros tratados sobre derechos humanos de aplicación en el continente americano. Si bien otros organismos internacionales (por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia) también emiten opiniones consultivas, su objeto es limitado.

La Corte, históricamente ha sido prudente en la emisión de las opiniones consultivas, evitando ingresar en cuestiones en donde existan visiones controversiales. Sin embargo, en los últimos años, a partir del reconocimiento por la Corte Interamericana del llamado “control de convencionalidad” ha asumido una postura más activista a través de estas opiniones.

En línea con esta postura, frente a una postura inicial en donde la Corte señalaba que su función consultiva era de asesoramiento, ha pasado a plantear que sus interpretaciones sobre los instrumentos de DDHH revisten carácter de interpretación de seguimiento obligatorio por parte de los estados. Sin embargo, entiendo que esta postura de la Corte carece de apoyo normativo y que si bien los estados no pueden dejar de considerar la opinión del tribunal, en modo alguno están obligados a seguir su posición, pudiendo fundadamente separarse de ella⁽¹⁾.

En este sentido, son muy interesantes las posturas planteadas por el recientemente fallecido exjuez de la Corte Interamericana Eduardo Vio Grossi en su voto parcialmente disidente en el caso “Casa Nina vs. Perú” del año 2020⁽²⁾,

(1) A fin de leer más sobre la posición del autor sobre esta temática, se puede consultar: Vítolo, Alfredo M. “El valor de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, publicado en Revista Jurídica Austral, Vol 1 Nro. 1, ejemplar del mes de junio de 2020, disponible online en : <https://ojs.austral.edu.ar/index.php/juridicaaustral/article/view/338/538> (fecha de consulta: 15/02/2024).

(2) Corte IDH, Caso “Casa Nina vs. Perú”, sentencia de 24 de noviembre de 2020, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones

como también la decisión de la Corte Suprema de Panamá del año pasado en el caso “Jelensky”, en donde enfáticamente se opuso a conferir carácter de norma vinculante para Panamá a las conclusiones de la Corte Interamericana en materia de matrimonio entre personas de un mismo sexo⁽³⁾.

En síntesis, las opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana constituyen una importante fuente material de derecho, que lleva a que los estados deban considerarlas, pero sin que tengan carácter obligatorio.

EDFA: Cuando se habla del derecho al cuidado nos ubicamos en el ámbito de los DESCA y no podemos evitar pensar en el Preámbulo de la CADH, donde se dice que la “protección internacional, [es] de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos”. ¿Qué relevancia tiene el principio de subsidiariedad en esta temática?

ALFREDO VÍTOLO: La protección internacional de DDHH es siempre complementaria de la acción de los estados. Esto significa que son éstos a quienes incumbe primariamente la obligación de protección, y que el sistema internacional solo puede intervenir una vez que el estado haya intervenido previamente. Esto ha sido reconocido permanentemente por los diferentes organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

“La protección internacional de DDHH es siempre complementaria de la acción de los estados. Esto significa que son éstos a quienes incumbe primariamente la obligación de protección, y que el sistema internacional solo puede intervenir una vez que el estado haya intervenido previamente. Esto ha sido reconocido permanentemente por los diferentes organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”.

En particular, en el caso “Masacre de Santo Domingo” del año 2012, la Corte señaló: “La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, ‘coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos’”⁽⁴⁾. De tal manera, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”⁽⁵⁾.

EDFA: Gracias por formar parte de esta edición especial y por este intercambio enriquecedor.

y Costas), disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_419_esp.pdf (fecha de consulta 15/2/2024).

(3) Corte Suprema de Justicia de Panamá, Advertencia de Inconstitucionalidad en las Instancias Acumuladas N° 1042-16 y 315-17, Raúl Jelensky Carvajal y Álvaro José López Levy, sentencia del 16 de febrero de 2023.

(4) A fin de leer más sobre la posición del autor sobre esta temática, se puede consultar: Vítolo, Alfredo M. “El sistema interamericano de derechos humanos y el principio de subsidiariedad”, en AA.VV. *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, ISBN 9788411470407

(5) Corte IDH, Caso “Masacre de Santo Domingo vs. Colombia”, sentencia de 30 de noviembre de 2012, (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), párr. 142, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf (fecha de consulta 15/02/2024).

VOCES: FAMILIA - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - OPINIÓN CONSULTIVA - BIOÉTICA - DERECHO AL CUIDADO - MÉDICO - HOSPITALES Y SANATORIOS - DERECHOS HUMANOS - SEGURIDAD SOCIAL - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - PERSONA VULNERABLE - SALUD PÚBLICA - ORGANISMOS INTERNACIONALES - DERECHO CONSTITUCIONAL - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DAÑO - RESPONSABILIDAD CIVIL - CONSENTIMIENTO INFORMADO - AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD -

OBLIGACIONES - OBRAS SOCIALES - MEDICINA PREPAGA - PROFESIONALES DE LA SALUD - MENORES - MEDICAMENTOS - ESTADO NACIONAL - DISCRIMINACIÓN - PODER JUDICIAL - IGUALDAD ANTE LA LEY - DISCAPACITADOS - ACCESO A LA JUSTICIA - LEGITIMACIÓN PROCESAL - TRATAMIENTOS MÉDICOS - PODER JUDICIAL - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - TRATADOS INTERNACIONALES - POLÍTICAS SOCIALES - MEDIDAS CAUTELARES - RESPONSABILIDAD PATERNAL - INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El derecho al cuidado y su impacto en las estructuras de discriminación social

Entrevista a María Sofía Sagüés



Doctora en Derecho por la Universidad Católica Argentina, LL.M. Georgetown University, Profesora de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires, Universidad Austral y Universidad Católica Argentina.

EDFA: ¿Cómo impacta la regulación del derecho al cuidado en las estructuras de discriminación social?

MARÍA SOFÍA SAGÜÉS: Es de vital trascendencia analizar el impacto de la regulación del derecho al cuidado a la luz de las nuevas dimensiones del derecho a la igualdad, en particular la discriminación estructural, es decir “situación sistemática de exclusión, marginación o subordinación que le impide a un grupo de personas acceder a condiciones básicas de desarrollo humano”, conforme desarrolló Ferrer Mac Gregor en su voto en la causa “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil”, 2016, párr. 80⁽¹⁾.

“En definitiva, no es posible resignarnos a aceptar un concepto de igualdad que tolere tal exclusión. Por el contrario, el reconocimiento constitucional y convencional de la igualdad veda crear o perpetuar estructuras generalizadas de subordinación e invisibilización, entre ellas las de cuidadores y cuidados”.

Frente a normas legales, constitucionales y convencionales sumamente tuitivas del derecho a la igualdad y el principio de no discriminación, la realidad nos enfrenta permanentemente a grupos de personas marginadas, excluidas en el goce de sus derechos, e incluso perseguidas, hostigadas o ahogadas en la violencia o la miseria.

Tal discriminación estructural no responde a una causa única, sino que se asienta, cristaliza y proyecta en un conjunto imbricado, sistemático, generalizado de causas que la sostienen (pluricausalidad policéntrica, como expuso Lon Fuller), donde tienen especial protagonismo los estereotipos culturales discriminatorios.

Así, ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que la discriminación estructural se refiere a comportamientos arraigados en la sociedad, que implican actos de discriminación indirecta contra grupos determinados y que se manifiestan en prácticas que generan desventajas comparativas. Estas prácticas pueden presentarse como neutras, pero tienen efectos desproporcionados en los grupos discriminados (CorteIDH, “Empleadas de la Fábrica de fuegos artificiales de San Antonio de Jesús vs. Brasil”, 2020⁽²⁾).

Así, ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que la discriminación estructural se refiere a comportamientos arraigados en la sociedad, que implican actos de discriminación indirecta contra grupos determinados y que se manifiestan en prácticas que generan desventajas comparativas. Estas prácticas pueden presentarse como neutras, pero tienen efectos desproporcionados en los grupos discriminados (CorteIDH, “Empleadas de la Fábrica de fuegos artificiales de San Antonio de Jesús vs. Brasil”, 2020⁽²⁾).

(1) Corte IDH, Caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil”, sentencia de 20 de octubre de 2016, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

(2) Corte IDH, Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil”, sentencia de 15 de julio de 2020, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_esp.pdf (fecha de consulta 15/2/2024).

Justamente, la distribución inequitativa de las tareas de cuidado, al ser el cuidado socialmente atribuido a las mujeres, así como las falencias en el acceso al cuidado en sí, contribuyen como una pluricausalidad compleja, patrones sistemáticos que socaban los derechos tanto de cuidadores como cuidados.

Al concentrarse en la exclusión, marginación o sometimiento, la noción de discriminación estructural se vincula con el concepto denominado como “igualdad como no sometimiento” (citando a Owen Fiss, Roberto Saba, etc.), que se explica como la igualdad entendida como inexistencia de opresión o exclusión. A ello se suma la noción de “igualdad como reconocimiento”, que procura revertir la desigualdad simbólica por distribución injusta del reconocimiento, lesiva del valor constitucional y convencional de la diversidad, pluralismo y tolerancia.

En definitiva, no es posible resignarnos a aceptar un concepto de igualdad que tolere tal exclusión. Por el contrario, el reconocimiento constitucional y convencional de la igualdad veda crear o perpetuar estructuras generalizadas de subordinación e invisibilización, entre ellas las de cuidadores y cuidados.

Es por ello que la regulación del derecho al cuidado contribuye a desarticular estereotipos culturales discriminatorios que actúan de manera transversal en el sostenimiento situaciones generalizadas y cristalizadas de discriminación, tanto de las personas que reciben el cuidado como de los cuidadores. En definitiva, constituye una herramienta sumamente idónea en la transformación de situaciones de discriminación estructural. Transformación que es un mandato del orden regional de los derechos humanos.

EDFA: El derecho al cuidado, ¿es solo un derecho o debería considerarse también como un deber?

MARÍA SOFÍA SAGÜÉS: La pregunta nos remite a cuestionarnos ¿a quién cabe atribuir la obligación de cuidar? Frente a la identificación de una situación de vulnerabilidad, y, aún más, una situación de discriminación estructural, a quien competen obligaciones respectivas.

Sin duda, en el sistema interamericano parte de la respuesta ha sido brindada por la Corte Interamericana que, a la luz de diversos fallos, ha identificado una serie de obligaciones (positivas y negativas) de los estados frente a la discriminación estructural (obligaciones de abstención de discriminación, de adoptar medidas de acción positiva, de debida diligencia y de adoptar medidas especiales con relación a los individuos del grupo (específicos) que requieren medidas particulares de tutela).

También en el orden constitucional argentino encontramos una referencia expresa a la potestad (y para muchos, “deber”, cfr. CSJN, “García”, Fallos: 342:411) del Congreso de “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad” (art. 75 inc. 23, CN).

Trasladado el análisis del ámbito público en sentido estricto, sin duda la noción actual de igualdad, compren-