

I. NOTA DE ADVERTENCIA

La hipótesis desarrollada en esta obra puede ser novedosa o, quizás, controvertida. En múltiples ocasiones, hablar de sentencias emitidas por jueces nacionales o por los máximos órganos judiciales internos que sugieren o establecen acciones que deben realizar los Poderes Legislativos o Ejecutivos es debatible y surgen voces que sostienen la edificación de un “gobierno de jueces” y la ruptura de la división o equilibrio de poderes.

Por ello, puede ser aún más cuestionable cuando se postula que dichos jueces son o sean interamericanos. Y hablo en dos tiempos, por lo que aquí se abordará: resulta que esto ya se ha hecho por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH o Corte o Corte Interamericana) y muy seguramente se seguirá haciendo y se fortalecerá en el futuro cercano.

Ahora bien, es preciso señalar que aquí se afirma que todas las resoluciones emitidas por la Corte Interamericana —tanto de naturaleza contenciosa como consultiva— deben ser vinculantes u obligatorias para todos los Estados ya que son la base de la interpretación, comprensión y cumplimiento de las normas convencionales. No obstante, en la presente obra se sostendrá —en un primer momento— que las sentencias emitidas en contra de un país, así como todas las opiniones consultivas deben ser la base para la edificación de políticas públicas al interior de ese Estado.

Asimismo, se analizarán las determinaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH, Comisión o Comisión Interamericana) que por su propia naturaleza tienen un carácter que podría calificarse de orientador por muchos Estados. Aquí se sostendrá que es fundamental que los países retomen los informes y recomendaciones emitidas por la Comisión, ya que con-

tienen elementos de diagnóstico sobre problemáticas específicas y posibles líneas de acción a seguir por parte de los Estados.

Todo lo anterior es consecuencia natural del “diálogo jurisprudencial” que debe transitar para convertirse en un diálogo con el ejecutivo y el legislativo, es decir, en un “diálogo interamericano-estatal”. Todos los órganos de un Estado están compelidos a cumplir con las determinaciones de los órganos internacionales, y los Ejecutivos a nivel federal, local y municipal no son la excepción.

El lector también encontrará una somera referencia a los órganos creados por disposición de los tratados surgidos en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Si bien no es el eje central del presente estudio, sí se empleará como ejemplo de la recepción que debe existir.

En suma, esta obra posiciona la dignidad humana y el cumplimiento de obligaciones convencionales más allá de competencias, órdenes de gobierno y luchas de poder o entre poderes.

¿Cuál es la relación entre las políticas públicas, los derechos humanos y el sistema interamericano?

Ese es el eje central de este trabajo. Existen estudios sobre los vínculos entre las políticas públicas y los derechos humanos¹ pero en esta ocasión el análisis se centrará en cómo y por qué el sistema interamericano puede y debe ser fuente de políticas públicas, tal y como lo anuncia el título del presente libro.

Esta postura adquiere relevancia frente a la situación que la humanidad ha vivido a raíz de la pandemia, además de que

el fenómeno de la globalización conduce a abandonar las formas autoritarias, jerárquicas, verticales y autárquicas de producción de normas jurídicas, para pasar a la adopción de nuevas modalidades negociadas, horizontales, consensuadas, características de un “derecho en redes”... (ello sucede con el) diálogo entre los jueces nacionales y los jueces internacionales en materia de

¹ Cfr., entre otros, Morales Sánchez, Julieta, *Políticas públicas y derechos humanos*, México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2020, *passim*.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

derechos humanos, al momento de examinar una posible vulneración a un derecho convencional, imputable a un Estado Parte.²

Por ello y frente a esta interacción, hoy se podría hablar del “Estado Convencional de los derechos y la convencionalización del Derecho”.³

Ahora bien, es necesario mencionar la relevancia que tiene la perspectiva de género como uno de los ejes transversales al momento de elaborar las políticas públicas, pero “no basta con la existencia de un cuerpo normativo, se requiere el compromiso de construir indicadores que permitan medir la efectividad de las políticas públicas y su impacto”.⁴ Sin embargo, en esta obra no se abordará específicamente lo relativo a la perspectiva de género,⁵ ni a indicadores, si bien existe una valiosa experiencia en este último tema.⁶

² Ramelli Arteaga, Alejandro, *Diálogos entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales latinoamericanos*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2019, p. 25.

³ Aguilar Cavallo, Gonzalo et al., *El control de convencionalidad: las constitucionales commune y diálogo judicial multinivel latinoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 143 y ss.

⁴ Galván Tello, María del Carmen y Riojas Dávila, Gloria Martha, “La armonización legislativa como política pública: un medio para lograr la igualdad de género. El caso Coahuila”, en Galván Tello, María del Carmen y Centeno Maldonado, Juan Carlos (coords.), *Las políticas públicas y los derechos humanos, una relación indisoluble*, México, Tirant lo Blanch, Universidad Autónoma de Coahuila, 2020, p. 65.

⁵ Véase, entre otros, a: Martín Sánchez, María, *La perspectiva de género en la protección internacional de los derechos humanos. Diálogo multinivel y deconstrucción de estereotipos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

⁶ Como ejemplos pueden verse: *Bases técnico-metodológicas para el informe de México al Protocolo de San Salvador*, Programa Universitario de Derechos Humanos, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en torno a los derechos a la salud, educación, seguridad social, derechos culturales, medio ambiente sano y alimentación adecuada, los cuales pueden verse en: http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/lib_ProtocoloSanSalvador_DerSalud.pdf; http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/lib_ProtocoloSanSalvador_DerEducacion.pdf; http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/lib_ProtocoloSanSalvador_DerSeguridadSocial.pdf; <http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/lib-Protocolo-San-Salvador-Derechos-Culturales.pdf>; http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/lib_ProtocoloSanSalvador_DerMedioAmbiente.pdf; http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/lib_ProtocoloSanSalvador_DerAlimentacion.pdf

En otro orden, también se analizarán las posturas encontradas que existen al interior de la Corte IDH: ¿margen de apreciación nacional o intromisión interamericana? ¿garantía efectiva o excesos de la Corte Interamericana?

Es importante que se tenga presente que nada de lo expuesto aquí tiene como finalidad disminuir o vulnerar la distribución de competencias al interior de un Estado; por el contrario, persigue acercar elementos a quienes toman decisiones para que hagan mejor su trabajo y logren mejores resultados. Además, se busca que conozcan y que se capaciten para que: 1) eviten violar derechos humanos; 2) cumplan con las normas nacionales y convencionales; 3) ganen mayor legitimidad y confianza entre la ciudadanía, y 4) eviten condenas de responsabilidad internacional para su Estado.

Finalmente, el lector también encontrará una propuesta metodológica (pasos y directrices) para utilizar la jurisprudencia interamericana como fuente de políticas públicas en sede doméstica, la cual —se espera— pueda ser de utilidad.

Y es que en el año 2021 no puede negarse que “la incorporación de los derechos humanos a los ordenamientos jurídicos ha sido (y seguirá siendo) un reto para las administraciones de diversos países”.⁷ Ese es el reto que se presenta en la obra que se pone a disposición del público.

⁷ Cepeda Rincón, Francisco de Jesús, “La implementación de Políticas Públicas en los Servicios Públicos para la materialización de los Derechos Humanos”, en González Sanmiguel, Nancy Nelly y Charles Manzano, Carlos (coords.), *La administración pública en la materialización de derechos*, México, Tirant lo Blanch, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2019, pp. 96 y 97.

II. DIAGNÓSTICOS PARA LA CREACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ELEMENTOS PARA SU DECONSTRUCCIÓN

En primer lugar, es necesario esbozar el concepto de política pública⁸ a fin de entender cómo la realización de un diagnóstico es fundamental para vislumbrar posibles soluciones a problemas sociales.

La política pública

comprende un conjunto de acciones que van desde decidir que existe un problema, a determinar qué se debe resolver y concretar cómo hacerlo... Pero también una política pública puede consistir en tomar la decisión de no hacer nada... (pero es) evidente que las políticas públicas tienen un carácter político relevante pues... no hay problemas objetivos, sino que éstos concretan las demandas que los ciudadanos articulan a través de sus representantes.⁹

Por ello, los intereses políticos están presentes desde la definición misma de cuáles son los problemas, o permiten establecer por qué se sostiene que un problema es considerado como tal, así como en la definición de las opciones a seguir y el cómo hacerlo.

⁸ Para ahondar en este rubro *cfr.*, entre otros, Morales Sánchez, Julieta, *Políticas públicas...*, *op. cit.*, pp. 8-13.

⁹ González Rabanal, Miryam de la Concepción, "Las políticas públicas como instrumento de la actuación de la administración", en González Rabanal, Miryam de la Concepción (dir.), *Estrategias y acciones de gobierno en el marco de una crisis persistente*, Madrid, UNED, Editorial Universitas, 2014, p. 227.

También se ha establecido que las políticas públicas se pueden definir “como programas desarrollados por autoridades públicas”.¹⁰ En ese orden, se ha planteado que “el objetivo de una política pública es encarar y resolver un problema público de forma racional a través de un proceso de acciones gubernamentales”.¹¹

Entonces, “la política pública... es todo aquello que los gobiernos eligen hacer o no hacer”,¹² ya que el no hacer nada frente a un problema es también una decisión; pero se debe recordar en este punto, que existen omisiones del Estado violatorias de derechos humanos. Por ello, hay que tener mucho cuidado con las decisiones de no hacer o con las negligencias que redundan en un menoscabo/violación a los derechos humanos y que pueden generar responsabilidades individuales y del Estado, tanto a nivel nacional como internacional.

Las políticas públicas implican “procesos, decisiones y resultados, pero sin que ello excluya conflictos entre intereses presentes en cada momento, tensiones entre diversas definiciones del problema a resolver, entre diferentes racionalidades organizativas y de acción, y entre diferentes perspectivas”.¹³

Como primer punto se tiene que analizar cómo se definen los problemas que dan origen a las políticas públicas;¹⁴ es decir, de qué forma se establece cuál es el problema o problemas sociales que requieren una acción o decisión del Estado para su posible solución. Este proceso es complejo, requiere que la situación adquiera relevancia social para lograr su posicionamiento en la agenda pública a fin de que se valoren las opciones existentes para su

¹⁰ Harguindéguy, Jean-Baptiste, *Análisis de políticas públicas*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2015, p. 24.

¹¹ Vázquez, Daniel y Delaplace, Domitille, “Políticas públicas con perspectiva de Derechos Humanos: un campo en construcción”, *Sur, Revista Internacional de derechos humanos*, Sao Paulo, 2011, vol. 8, núm. 14, p. 36.

¹² Trinidad Requena, Antonio y Pérez Sánchez, Margarita, *Análisis y evaluación de políticas sociales*, Madrid, Tecnos, 2010, p. 14.

¹³ Lindblom, Charles E., “Introducción”, en Lindblom, Charles E., *El proceso de elaboración de políticas públicas*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, p. 3.

¹⁴ Para profundizar en este aspecto *cfr.*, entre otros, Morales Sánchez, Julieta, *Políticas públicas...*, *op. cit.*, pp. 16-22.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

atención y se produzca la toma de decisiones. Así se ha dicho que “las políticas públicas existen para resolver unos problemas, y estos problemas son unos asuntos sociales que (un colectivo social, organización civil, grupo o persona en el poder) ha(n) convertido en problemas. Este punto es fundamental porque las políticas desarrolladas dependen estrechamente de la forma que se percibe el problema que las justifica”.¹⁵

Ahora bien, ya que se determinó que un problema es un problema —por una decisión del grupo o persona en el poder debido a la realidad avasallante, al influjo social o a una determinación meramente autoritaria—, es fundamental entender cuáles son sus orígenes o causas. Para el entendimiento de las causas del problema es necesario contar con datos duros sobre la realidad que se vive, a fin de elaborar un diagnóstico lo más pertinente posible. En el proceso de diagnóstico del problema o de su definición, también hay que considerar al entorno y justamente son los tomadores de decisiones los que analizan y “construyen” esa realidad.¹⁶ Por ello, es indispensable cuestionar la forma en la que se han venido elaborando los diagnósticos en México y reconstruir la manera de hacerlos, retroalimentando el análisis con los elementos provenientes de los organismos internacionales.

Lo anterior, está muy lejos de significar un atentado a la soberanía estatal —bajo un concepto clásico u obsoleto— ni una invasión a las competencias de los órganos internos. Se procederá a explicar las bondades de realizar esta elaboración de diagnósticos a partir no sólo de las “realidades nacionales” visibilizadas, sino también de las realidades detectadas por los organismos internacionales en sus múltiples resoluciones.

Por un lado, se cuenta con una amplia gama de organismos supranacionales con competencias relevantes y recursos más o menos suficientes para su funcionamiento —aquí depende del caso y de la instancia internacional—. Sin embargo, la mayoría —por no decir casi todas— en sus resoluciones o determinaciones revisten

¹⁵ Harguindéguy, Jean-Baptiste, *Análisis...*, op. cit., p. 40.

¹⁶ Parsons, Wayne, *Políticas públicas. Una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*, trad. Atenea Acevedo, México, Flacso México, 2007, pp. 600 y 601.

JULIETA MORALES SÁNCHEZ

el carácter de normas de *soft law*, no vinculantes para los Estados. Esto ocasiona que los tomadores de decisiones al interior de los países, en múltiples casos, no cumplan ni atiendan las sugerencias ahí planteadas e incluso —y mucho más grave— ni las conozcan. Esto hace que se desperdicie una gran cantidad de recursos humanos y financieros invertidos en el diagnóstico y recomendaciones surgidas de los organismos internacionales, en múltiples casos por apatía o ignorancia.

Así, la actividad de las instancias supranacionales es relevante para la definición de los problemas, o para posicionar en la agenda pública aquellos que estaban invisibilizados o no eran atendidos. En las resoluciones internacionales se detectan las problemáticas y se realiza un diagnóstico de las posibles causas, pero también se plantean las sugerencias o líneas a seguir para corregir esa situación. Solamente si el diagnóstico analiza de forma objetiva e integral las posibles causas del problema, hay una esperanza de elaborar políticas que coadyuven a la solución del mismo. He aquí la relevancia de conocer y utilizar las determinaciones internacionales; a esto se dedicará el apartado siguiente.

Por otro lado, el análisis contenido en las resoluciones supranacionales tiene una ventaja adicional: es apartidista y más objetivo que el que pueda producirse a nivel nacional. La lucha de poderes y de partidos en los regímenes democráticos tiene como consecuencia que algunos gobernantes no comprendan que deben desligarse de los partidos políticos que los llevaron al puesto respectivo, por lo que al momento de detectar o definir un problema pueden existir sesgos que vician el diagnóstico y lo alejan de una posible decisión, propuesta o política real para su solución. Lo mismo puede suceder si se elige una muestra que se supone aleatoria para realizar el diagnóstico o detectar las causas del problema, pero en dicho proceso imperan intereses políticos y económicos.

La ventaja que ofrecen las instancias internacionales es que, al ser personas en múltiples ocasiones ajenas a la realidad nacional o desvinculadas de intereses que pudieran prevalecer en sede local, pueden lograr garantizar un poco más de objetividad e imparcialidad. Por supuesto que no hay que basar el diagnóstico exclusivamente en el análisis de las instancias internacionales, pero éste es

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

un elemento fundamental que puede y debe retroalimentarse de datos duros nacionales; de la participación y opinión de las personas implicadas, afectadas o beneficiarias de las medidas y decisiones; de la prioridad respecto a otras necesidades y políticas; de los recursos disponibles, entre otros. En suma, la realización del diagnóstico es un proceso complejo y debe ser integral y deliberativo en una sociedad democrática, por lo que es necesario que se tomen en cuenta las recomendaciones o determinaciones adoptadas por las instancias internacionales en sus resoluciones o sentencias.

Adicionalmente, este proceso deconstruido¹⁷ y reconstruido de realización de diagnósticos, base para el diseño y elaboración de políticas públicas, permite que se avance en dos direcciones, ambas paralelas e igualmente importantes: por una parte, se atienda una problemática social urgente; y, por otra parte, se lleve a cabo el cumplimiento a las recomendaciones o sentencias internacionales, logrando un mejor desempeño de México ante los órganos de supervisión de tratados. Así, la propuesta planteada en este trabajo, no solamente es viable sino necesaria y conveniente.

¹⁷ Conforme al Diccionario de la Lengua española deconstruir significa “des-hacer analíticamente algo para darle una nueva estructura”. <https://dle.rae.es/deconstruir?m=form>

III. EL PAPEL DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES EN LOS ANÁLISIS DE CONTEXTO Y EN LA DETECCIÓN DE SITUACIONES ESTRUCTURALES INTERNAS

Para comenzar este apartado es necesario reiterar que los órganos creados a raíz de los tratados internacionales tienen como finalidad coadyuvar con los países en el cumplimiento de sus compromisos convencionales. Por lo tanto, la emisión de informes, recomendaciones u observaciones generales son fundamentales para los países, ya que realizan un diagnóstico de la situación que guarda el ejercicio de los derechos o el estado en el que vive un grupo de población en su territorio. Por lo que, a pesar de considerarse normas de *soft law* —específicamente en el Sistema de Naciones Unidas y en gran parte de la actividad de la CIDH y de la Corte IDH—, son una fuente elemental para realizar los análisis de contexto y la detección de situaciones estructurales internas a fin de crear políticas públicas focalizadas y efectivas.

El presente apartado se dividirá en dos segmentos: el primero, dedicado al análisis de las resoluciones emitidas por el Sistema de la ONU; y, el segundo, abordará lo relativo al Sistema Interamericano de protección de derechos humanos. Si bien este trabajo se centra en el sistema interamericano cuyas resoluciones, como se dijo, revisten el carácter de normas de *soft law* —en su mayoría al seno de la CIDH y en la facultad consultiva de la Corte IDH— y de *hard law* —en lo que respecta a la facultad contenciosa de dicha Corte—, se hará una breve mención a las determinaciones del sistema universal de forma ejemplificativa para comprender la relevancia de la actividad internacional y la posibilidad de aprovechamiento, uso y extracción de elementos para alimentar la construcción de políticas públicas domésticas.

1. EL SISTEMA DE NACIONES UNIDAS

Los órganos surgidos de las convenciones de la ONU tienen un carácter diverso y emiten una serie de resoluciones de distinta naturaleza. Aquí no se abordará la diversidad de determinaciones producto de la actividad de comités, relatorías, etcétera, por no ser objeto del presente trabajo. Sin embargo, de ellos se pueden desprender diagnósticos de situación y contexto, así como directrices para la edificación de políticas públicas.

Magdalena Cervantes observa que

las recomendaciones que formula un órgano internacional a un Estado tienen una lógica y buscan asesorarlo en reformas de derecho interno, de políticas públicas, de adecuaciones institucionales, de capacitaciones, etc., para cumplir con los derechos y obligaciones que prevé el documento internacional. De esta forma, el sentido de las decisiones que emite es contribuir a la vigencia de los derechos humanos.¹⁸

Esta perspectiva es relevante por la discusión que se abordará *infra* en torno a la competencia/potestad de instancias internacionales de sugerir o imponer medidas de política pública a los Estados. En este momento solo basta reiterar que

las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos son un insumo básico, que aporta medidas concretas de diferente índole para la vigencia de los derechos humanos (en sede nacional)... el reconocimiento de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales implica el cumplimiento de las interpretaciones y decisiones de los órganos previstos en

¹⁸ Cervantes Alcayde, Magdalena, “El deber adicional de cumplimiento de las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos a la luz de la reforma constitucional en la materia”, en Sepúlveda, Ricardo, Cervantes, Magdalena *et. al.* (eds.), *Las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo: a diez años de su promulgación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Tirant lo Blanch, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2021, p. 257.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

ellos con la finalidad de dar efectividad a las normas de derechos humanos.¹⁹

A continuación, se hará un extracto ejemplificativo del tipo de líneas de acción vinculadas a políticas públicas que derivan de las observaciones finales, observaciones generales, recomendaciones generales o informes de algunos de los órganos que funcionan en el marco de la ONU.

Por ejemplo, existe una serie de determinaciones adoptadas por los distintos Comités creados a partir de tratados específicos, las cuales complementan, precisan o interpretan los textos convencionales, tales como: Observaciones Generales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas;²⁰ Recomendaciones generales aprobadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer;²¹ Observaciones Generales aprobadas por el Comité de Derechos Humanos;²² Observaciones Generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;²³ y Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño.²⁴ Si bien en estas observaciones no se hacen señalamientos específicos hacia un país, sí se dan directrices que se deben de cumplir para entender y atender de mejor forma los compromisos convencionales de los Estados.

Como una muestra de lo anterior, en noviembre de 2018 se presentó el Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal de México, y en éste se incluyeron 264 recomen-

¹⁹ *Idem.*

²⁰ Que complementan, precisan o interpretan preceptos de especial relevancia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *cfr.* <http://www.convenciondiscapacidad.es/observaciones/>.

²¹ *Cfr.* https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CEDAW/00_4_obs_grales_CEDAW.html.

²² *Cfr.* https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html.

²³ *Cfr.* https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html.

²⁴ *Cfr.* <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLos-DerechosDelNino-WEB.pdf>.

daciones.²⁵ El 14 de marzo de 2019 México aceptó 262 recomendaciones.²⁶

Finalmente, de manera ejemplificativa y derivado de los tratados de la ONU, se establece la obligación de presentar informes sobre las medidas adoptadas y avances logrados para la garantía efectiva de los derechos en los diferentes países. A continuación, se verán algunos ejemplos.²⁷

Con fundamento en los artículos 16 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados parte adquirieron el compromiso de presentar informes sobre el cumplimiento del mismo ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ComitéDESC). Sobre esta base, el Estado mexicano presentó el 18 de junio de 2016 los informes periódicos quinto y sexto combinados. Una vez recibidos los mencionados informes, el Comité los examinó el 12 y el 13 de marzo de 2018 y el día 29 de dicho mes y año aprobó sus observaciones finales²⁸ en diversos temas, como: justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales; empresas; pueblos indígenas; máximo uso de los recursos disponibles; corrupción; salario mínimo; pobreza; y, desigualdad.

El Comité de la CEDAW examinó el informe inicial de México (CRPD/C/MEX/1), el 16 y el 17 de septiembre de 2014, y aprobó

²⁵ Cfr. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/447/02/PDF/G1844702.pdf?OpenElement>.

²⁶ Se sostuvo: “México consideró aceptables todas las recomendaciones realizadas a nuestro país por los Estados, con excepción de dos: La número 5, referente a la ratificación de las enmiendas de Kampala al Estatuto de Roma, toda vez que permanecen vigentes las consultas correspondientes por parte del Gobierno de México y la número 62, relativa al respeto y defensa de la vida desde la concepción hasta la muerte natural, recomendación que es inconsistente con el marco constitucional y la legislación penal mexicana tanto a nivel federal como estatal”. <https://www.gob.mx/sre/prensa/el-gobierno-de-mexico-acepta-262-recomendaciones-de-la-tercera-evaluacion-del-mecanismo-del-epu-del-consejo-de-derechos-humanos?idiom=es>.

²⁷ Para profundizar en ellos puede verse: García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *Constitución y derechos humanos. La reforma constitucional sobre derechos humanos*, 5ª ed., México, Porrúa, UNAM, 2019, pp. 441-450.

²⁸ <https://hchr.org.mx/comite/comite-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales-de-la-onu-observaciones-finales-a-los-informes-periodicos-quinto-y-sexto-combinados-de-mexico/> y https://hchr.org.mx/wp/wp-content/themes/hchr/images/doc_pub/E_C-12_MEX_CO_5-6_30800_S.pdf.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

las observaciones finales.²⁹ El 6 de julio de 2018 examinó el noveno informe periódico de México (CEDAW/C/MEX/9) (CEDAW/C/SR.1608 y CEDAW/C/SR.1609). Entre las observaciones finales a ese informe periódico (CEDAW/C/MEX/CO/9) se recomendó que México:

Refuerce su estrategia de seguridad pública para luchar contra la delincuencia organizada, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, incluidas las derivadas de la Convención, y acabe con los altos niveles de inseguridad y violencia que siguen afectando a las mujeres y las niñas.

Adopte las medidas adecuadas para mejorar el conocimiento de los derechos humanos de las mujeres mediante *campañas y actividades públicas...* concebidas y puestas en práctica con la participación activa de organizaciones de mujeres, y para contrarrestar la propaganda contra la igualdad de género...

Adopte un proceso integrado de *elaboración de presupuestos con perspectiva de género* y asigne recursos presupuestarios suficientes para hacer efectivos los derechos de las mujeres, vele por la utilización de mecanismos eficaces de control y rendición de cuentas en todos los sectores y niveles de gobierno, y mejore el sistema de seguimiento de la asignación de recursos destinados a la mujer;

Redoble esfuerzos para lograr una *coordinación sistemática e institucionalizada* entre el Instituto Nacional de las Mujeres y las oficinas de la mujer estatales y municipales;

Implante mecanismos eficaces de control, evaluación y rendición de cuentas para afrontar los factores estructurales que generan desigualdades persistentes y aplique el planteamiento integrado de incorporación de la perspectiva de género basándose en el cumplimiento de las metas y la utilización de los indicadores pertinentes, y en una reunión eficaz de datos (cursivas propias).³⁰

²⁹ <https://www.onu.org.mx/wp-content/uploads/2019/04/MEXICO-ANTE-LA-CE-DAW-2018-web.pdf>.

³⁰ *Idem*.

Como puede verse en este ejemplo, las observaciones finales contienen un amplio número de directrices para la elaboración, implementación, seguimiento y evaluación de las políticas públicas.

Otra muestra se encuentra en el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad el cual examinó el informe inicial de México (CRPD/C/MEX/1) el 16 y el 17 de septiembre de 2014 y aprobó las observaciones finales el 30 de septiembre de ese año.³¹ Entre éstas se encuentran las relativas a: “realizar campañas contra la discriminación de personas con discapacidad dirigidas a la profesión legal, incluyendo los funcionarios del poder judicial y los abogados”; “establecer una distinción clara entre el carácter privado de las campañas Teletón y las obligaciones que el Estado debe acometer para la rehabilitación de las personas con discapacidad”. También recomienda “desarrollar programas de toma de conciencia sobre las personas con discapacidad como titulares de derechos” y no como sujetos de caridad; “adoptar medidas para asegurar que los planes de accesibilidad incluyan los edificios existentes y no solamente las nuevas edificaciones”; “diseñar e implementar un plan nacional de accesibilidad aplicable al entorno físico, al transporte, a la información y a las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público”; y “brindar asistencia legal gratuita para las personas con discapacidad que viven en pobreza”.³²

El Comité solicitó al Estado parte que presentara sus informes periódicos segundo y tercero combinados a más tardar el 17 de enero de 2018. El 22 de febrero de 2018 (cinco días después de la fecha de vencimiento) el Comité recibió los informes periódicos segundo y tercero combinados que México debía presentar en virtud del artículo 35 de la Convención.³³

³¹ <https://hchr.org.mx/comite/comite-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-observaciones-finales-sobre-el-informe-inicial-de-mexico/> y https://hchr.org.mx/wp/wp-content/themes/hchr/images/doc_pub/G1419180.pdf.

³² https://hchr.org.mx/wp/wp-content/themes/hchr/images/doc_pub/G1419180.pdf.

³³ https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=es&TreatyID=4&DocTypeID=5.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

El 30 de octubre de 2019, se solicitó a México se sirviera informar sobre las medidas adoptadas para aplicar plenamente las recomendaciones formuladas por el Comité en sus anteriores observaciones finales.³⁴ Y el 29 de abril de 2021, se dieron a conocer las respuestas de México a la lista de cuestiones relativas a sus informes periódicos segundo y tercero combinados.³⁵

Hasta 2021, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, emitió observaciones finales para los países de El Salvador, Turquía, Albania, Australia, Kuwait, Ecuador, Myanmar, Iraq, India, Grecia y Estonia.³⁶

Adicionalmente, existen otros documentos, producto de la actividad de las relatorías y de los grupos de trabajo,³⁷ de los cuales también se desprenden elementos para el diagnóstico y diseño de políticas públicas.

2. LOS SISTEMAS REGIONALES

En este apartado se hará una mención a los sistemas regionales, si bien existen diferencias relevantes, es preciso reiterar que este trabajo gira en torno al sistema interamericano. Por supuesto que la creación de directrices a atender en la elaboración y revisión de políticas públicas en los sistemas regionales excede las determinaciones de sus órganos jurisdiccionales, así como las reparaciones previstas en ellas. Sin embargo, no se entrará a este punto por ser ajeno al objetivo central de este trabajo.

En el sistema europeo, por lo que corresponde al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), el artículo 41 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y

³⁴ Puede verse la lista de cuestiones relativas en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fMEX%2fQ%2f2-3&Lang=en.

³⁵ https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fMEX%2fRQ%2f2-3&Lang=en.

³⁶ https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=es&TreatyID=4&DocTypeID=5.

³⁷ Cfr. https://hchr.org.mx/relatorias_grupos/.

las Libertades Fundamentales,³⁸ establece el concepto de “satisfacción equitativa” y ha ordenado el pago de una indemnización, pero “diversos analistas se han replanteado si el TEDH podría interpretar dicho artículo de manera más integral”.³⁹

En el sistema africano, el artículo 27 del Protocolo a la Carta de Banjul habla de medidas apropiadas para reparar la violación, incluyendo el pago de una justa compensación.⁴⁰ Por lo que Jorge Calderón sostiene que “el mecanismo contemplado en sí en el artículo 63.1 de la CADH (Convención Americana sobre Derechos Humanos) brinda un mecanismo más amplio de reparación para la Corte IDH que el contemplado en el sistema europeo y africano...”⁴¹

Por lo tanto, la emisión de directrices de políticas públicas por parte de la Corte IDH puede desprenderse de dos competencias o potestades:

1. Como parte de la reparación integral y dentro de las garantías de no repetición; en este punto se verá *infra* que es necesario independizar a las garantías de no repetición del apartado de reparaciones y darle autonomía, aunque ello no significa renunciar al seguimiento ni a la supervisión de cumplimiento —puntual y estricta—; o
2. Como consecuencia de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre

³⁸ El artículo dispone: “Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”.

³⁹ Calderón Gamboa, Jorge, “La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, (coords.), *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, t. I, México, SCJN, UNAM, Fundación Konrad Adenauer, 2013, p. 155, <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/pagina/documentos/2016-11/Dh%20en%20la%20Constitucion%20comentarios%20TOMO%201.pdf>.

⁴⁰ <https://www.african-court.org/wpafc/wp-content/uploads/2020/10/2-PROTOCOL-TO-THE-AFRICAN-CHARTER-ON-HUMAN-AND-PEOPLES-RIGHTS-ON-THE-ESTABLISHMENT-OF-AN-AFRICAN-COURT-ON-HUMAN-AND-PEOPLES-RIGHTS.pdf>.

⁴¹ Calderón Gamboa, Jorge, “La reparación...”, *op. cit.*, p. 156.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

Derechos Humanos (en adelante, CADH),⁴² consistentes en el deber de respeto y garantía y la obligación de adecuación del derecho interno.⁴³

En lo que respecta al primer rubro, la toma de decisiones y el diseño de políticas públicas deben considerar a las garantías de no repetición planteadas u ordenadas por resoluciones diversas de organismos nacionales o internacionales, ya que se erigen como patrón de actuación del Estado que obligatoriamente debería diseñar políticas públicas para su cumplimiento.

Por tanto, las garantías de no repetición evitan o buscan evitar la reproducción social de las acciones u omisiones violatorias de derechos humanos; son “una formulación jurídica (del) deseo de prevención y de la materialización de la esperanza de que esos hechos nunca más vuelvan a producirse. Además, estas medidas suelen abordar problemas estructurales, de políticas públicas o legales, o incluso de prácticas administrativas, que trascienden la situación específica de las víctimas hasta alcanzar un nivel público. Son, en

⁴² Que a la letra disponen: “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano. Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

⁴³ Para profundizar en las obligaciones generales y su manejo por parte de los sistemas regionales de protección *cfr.*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María, *Las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Deber de respeto, garantía y adecuación de derecho interno)*, Col. Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, CNDH, 2017, pp. 7-19, <http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/CESIDH-Obligaciones-Convencion-Americana.pdf>.

ese sentido, obligaciones que tienen un efecto *erga omnes*".⁴⁴ A este rubro se regresará *infra*.

En cuanto al segundo rubro, la CADH es muy clara al aludir a las obligaciones de respeto y garantía, así como al deber de adoptar medidas de diverso carácter para hacer efectivos los derechos, por lo que la emisión de políticas públicas se vuelve un reflejo-efecto directo de las obligaciones convencionales generales contenidas en los artículos 1 y 2 de dicho instrumento.

La legitimidad de la Corte Interamericana para sugerir y plantear directrices de políticas públicas nacionales deriva de los dos ámbitos referidos y debería de ser incuestionable. Ello no sucede así, como se analizará más adelante.

⁴⁴ Martín Beristain, Carlos, *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, pp. 87 y 88, <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1585/dialogos-sobre-la-reparacion-2010.pdf>.

IV. DECISIONES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NACIONALES

La CIDH realiza una actividad muy importante que puede ser utilizada como fuente de políticas públicas por los Estados Americanos. Sin duda despliega un amplísimo número de acciones con valiosos productos que deben conducir a la toma de decisiones en las Américas; no obstante, en el presente apartado solamente se presentarán algunos ejemplos, ya que referirse a todos los informes y decisiones de la CIDH sería materia de un estudio específico. Asimismo, más adelante, puede ser que el lector observe algún tipo de disparidad entre los apartados que corresponden a la CIDH y a la Corte IDH, ello obedece a que, en el caso de México, se ha producido una diferenciación entre el carácter que revisten las determinaciones de la CIDH y las de la Corte IDH, particularmente sus sentencias: las primeras son *soft law* o decisiones “orientadoras”; las segundas, son vinculantes para todos los jueces en sede nacional por decisión de la Suprema Corte de Justicia mexicana y también forman parte del ejercicio del control de convencionalidad, que quien escribe reivindica como una obligación para todas las autoridades,⁴⁵ por lo que es fundamental que se realice dicho control al momento de diseñar, implementar y evaluar políticas públicas.⁴⁶ Por lo anterior, se ha buscado ahondar en dichas decisiones como un medio para coadyuvar a la recepción de las mismas

⁴⁵ Véase, Morales Sánchez, Julieta, “Propuestas para la aplicación del control de convencionalidad en sede legislativa y ejecutiva”, en Guerrero Agripino, Luis Felipe y Astrain Bañuelos, Leandro Astrain (coords.), *Para lo que sirve el derecho... Estudios jurídicos sobre la obra de Sergio García Ramírez*, Universidad de Guanajuato (en prensa).

⁴⁶ Morales Sánchez, Julieta, *Políticas públicas...*, *op. cit.*, pp. 115-122.

en sede doméstica. Se anticipa una disculpa al lector si hubiese resultado útil otro abordaje, pero ésta fue la opción por la que quien escribe se decantó.

Por ejemplo, la CIDH ha emitido una serie de informes temáticos,⁴⁷ de los cuales se desprenden un conjunto de directrices específicas que buscan orientar a los Estados para coadyuvar a la solución de los grandes problemas del Continente.

Todos estos informes incluyen una serie de recomendaciones que deberían ser retomadas por los Estados a fin de instaurar políticas públicas o redireccionar las existentes con base en los estándares interamericanos. Por ejemplo, en el Informe “Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos” cuenta con un capítulo sobre “El enfoque de derechos humanos en las políticas públicas para la lucha contra la corrupción” y contiene una serie de recomendaciones. Entre otras cosas, afirma:

⁴⁷ Tan sólo en los últimos cinco años (2016-julio 2021) se han abordado diferentes temas como son: verdad, memoria, justicia y reparación en contextos transicionales; lineamientos y recomendaciones para la elaboración de planes de mitigación de riesgos de personas defensoras de derechos humanos; obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los estándares interamericanos de derechos humanos; derechos laborales y sindicales. Estándares interamericanos; debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada y apátrida, y el otorgamiento de protección complementaria; personas privadas de libertad; personas trans y de género diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; empresas y derechos humanos; violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes; corrupción y derechos humanos; personas defensoras de derechos humanos y líderes sociales en Colombia; protesta y derechos humanos; igualdad y no discriminación; pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía; migración forzada de personas nicaragüenses a Costa Rica; políticas públicas con enfoque de derechos humanos; desplazamiento interno en el Triángulo Norte de Centroamérica; reconocimiento de derechos de personas LGBTI; violencia policial contra afrodescendientes en Estados Unidos; libertad de expresión en Cuba; mujeres periodistas y libertad de expresión; mecanismo de seguimiento al asunto Ayotzinapa; niños, niñas y adolescentes en el sistema penal adulto de EEUU; políticas integrales de protección de personas defensoras; garantía de derechos niñas, niños y adolescentes; pobreza y derechos humanos; mujeres indígenas; medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva; regiones de alta peligrosidad para ejercer la libertad de expresión; estándares para una Internet libre, abierta e incluyente; movilidad humana, estándares interamericanos; los órganos de supervisión del derecho de acceso a la información pública; criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos. Cfr. <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/informes/tematicos.asp>.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

En materia de política pública, la CIDH destaca que el acceso a la información inicia desde la etapa previa al diseño de las mismas, durante la etapa de diagnóstico. Esto debido a que el correcto desarrollo de mecanismos para garantizar los derechos humanos, requiere la recopilación de información tanto cuantitativa como cualitativa que sea suficiente y de calidad. En igual medida, no es posible implementar y evaluar el impacto de una política pública si el propio Estado no genera la información para tal fin.⁴⁸

Y específicamente se encuentra el Informe sobre “Políticas públicas con enfoque de derechos humanos”,⁴⁹ de 2018, en donde se recuerda que la noción general de política pública “fue fijada por primera vez por la CIDH en su Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos de 2009”. Allí se conceptualizó a las políticas públicas como “los lineamientos o cursos de acción que definen las autoridades de los Estados para alcanzar un objetivo determinado, y que contribuyen a crear o transformar las condiciones en que se desarrollan las actividades de los individuos o grupos que integran la sociedad”.⁵⁰ Y establece que

una política pública con enfoque de derechos humanos es el conjunto de decisiones y acciones que el Estado diseña, implementa, monitorea y evalúa —a partir de un proceso permanente de inclusión, deliberación y participación social efectiva— con el objetivo de proteger, promover, respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas, grupos y colectividades que conforman la sociedad, bajo los principios de igualdad y no discriminación, universalidad, acceso a la justicia, rendición de cuentas, transparencia, transversalidad, e intersectorialidad.⁵¹

⁴⁸ Párr. 494, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>.

⁴⁹ <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PoliticPublicasDDHH.pdf>.

⁵⁰ *Ibidem*, párr. 143.

⁵¹ *Ibidem*, párr. 147.

La CIDH afirmó que

el establecimiento de políticas públicas requiere que los Estados realicen un análisis exhaustivo y permanente de sus obligaciones en materia de derechos humanos con el objetivo de generar las políticas necesarias para cumplir con la debida diligencia de promoverlos, los derechos humanos no son elementos complementarios de las políticas públicas sino el núcleo y razón de ser de la acción estatal.⁵²

Y específicamente, en el mismo sentido que se sostiene en esta obra, la Comisión Interamericana se auto reconoce como “fuente” de políticas públicas, al afirmar:

La CIDH puede actuar como promotor de políticas públicas con enfoque de derechos humanos a través de sus decisiones y recomendaciones, y a partir del rol que juega, en particular, en materia de cooperación técnica con los Estados. Asimismo, la CIDH a través de su sistema de peticiones y casos y por medio del mecanismo de monitoreo de la situación de derechos humanos en el continente identifica periódicamente problemas individuales y sociales a partir de los cuales recomienda a los Estados las medidas correspondientes en función de los propios estándares que definen el alcance de las obligaciones internacionales asumidas.

A su vez, la Comisión a través de los informes de país y de los informes temáticos realiza diagnósticos sobre problemáticas particulares que aspiran a ser una fuente de información para quienes tienen a su cargo la formulación, implementación y evaluación de políticas públicas, así como también para quienes tienen la función de incidir en la agenda pública y demandar acciones estatales para la protección de derechos humanos.

En definitiva, la CIDH resalta el carácter de complementariedad del mandato que ostenta orientado a apoyar través de sus distintos mecanismos los esfuerzos que emprenden los Estados Miembros para transformar las causas estructurales que gene-

⁵² *Ibidem*, párr. 158.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

ran situaciones de desigualdad y discriminación a partir de la formulación de políticas públicas (énfasis agregado).⁵³

Por lo que afirma que: “...la CIDH ha emitido recomendaciones estructurales, y en particular recomendaciones de políticas públicas, a través de los distintos mecanismos con los que cuenta: el sistema de casos individuales y procesos de solución amistosa, las audiencias públicas, los informes de país e informes temáticos, y la asistencia técnica, entre otros”.⁵⁴

No obstante, la CIDH también indica:

... que muchas de estas herramientas se encuentran estrechamente interrelacionadas. Por ejemplo, un informe de país puede tener como antecedente una o varias audiencias que sirvieron como fundamento para después llevar a cabo una visita in loco. Un caso, de la misma manera, es necesariamente el origen de cualquier procedimiento de solución amistosa. En ocasiones, es *difícil separar los efectos específicos que una u otra herramienta tuvieron en el fortalecimiento o formulación de políticas públicas con enfoque de derechos humanos*.

También es *preciso enfatizar que el diseño y puesta en marcha de una política pública, por sí misma, no necesariamente significa que el Estado haya cumplido con su obligación en la materia*. La ejecución, monitoreo y evaluación de la misma, y su sustentabilidad en el tiempo, en coordinación con la sociedad civil, son indispensables para corregir las rutas de implementación, adecuar a nuevas realidades y fortalecer los mecanismos de las mismas (énfasis agregado).⁵⁵

En los párrafos 216 al 227 del Informe, se citan ejemplos del posible impacto de los informes temáticos y de país en la elaboración de políticas públicas.

Por otro lado, se encuentra el “Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas” de 2017. En él la CIDH enfatiza:

⁵³ *Ibidem*, párrs. 162-165.

⁵⁴ *Ibidem*, párr. 187.

⁵⁵ *Ibidem*, párrs. 189 y 190.

la necesidad de que las políticas públicas para reducir la pobreza incluyan de manera integral un enfoque de derechos humanos en todas sus etapas: diseño, planificación, implementación y evaluación. En ese sentido, es fundamental que se fortalezcan los marcos legales y normativos, a través del reconocimiento de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, con su institucionalización.⁵⁶

La CIDH indica que se debe garantizar el nivel más amplio de participación social de las personas, grupos, organizaciones de la sociedad civil y colectividades para los cuales estos programas están destinados. El principio de participación es fundamental y requiere crear un mecanismo para identificar las necesidades y prioridades a nivel local y comunitario de las personas que viven en situación de pobreza,⁵⁷ por lo que

la CIDH considera que los Estados deben asegurar la incorporación de una perspectiva de género en todas sus políticas públicas con enfoque de derechos humanos y programas sociales. Ello constituye un paso clave para construir sociedades libres de discriminación y en donde se respetan y garantizan todos los derechos de las mujeres. Es necesario además evaluar periódicamente el impacto de las medidas que se adopten para asegurar su efectividad y el continuo avance de los derechos de las mujeres.⁵⁸

Además,

Las políticas públicas destinadas a erradicar la pobreza y la pobreza extrema en las Américas deben ser sustentables y sometidas a mecanismos de evaluación y rendición de cuentas permanentes, en un escenario de amplia participación ciudadana y transparencia... *Todas las políticas públicas para enfrentar la pobreza deben ser integrales, transversales y basadas en el enfoque de derechos humanos. Ese enfoque debe estar*

⁵⁶ Párr. 485, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/pobrezaddhh2017.pdf>.

⁵⁷ Cfr. *Ibidem*, párr. 487.

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 492.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

*presente en el diseño, implementación y evaluación de las políticas social, fiscal, económica, comercial, tributaria, ambiental y, en general, para todo programa o medida que adopte el Estado en sus estrategias direccionadas a ese objetivo. Cabe dar continuidad y ampliar la cobertura de las políticas públicas que actualmente se encuentran implementando los Estados del hemisferio, incorporando siempre programas especiales que otorguen prioridad a la pobreza extrema. Las políticas fiscales deben constituirse como herramienta efectiva para superar la pobreza (énfasis agregado).*⁵⁹

Adicionalmente, se encuentran los informes de país que han referido la situación de los derechos humanos en los últimos cinco años en los siguientes países: Brasil (2021), Cuba (2020), Honduras (2019 y 2015), Nicaragua (2018), Venezuela (2017), Guatemala (2017 y 2015), México (2015) y República Dominicana (2015).⁶⁰ En todos ellos se incluyen recomendaciones específicas, muchas de ellas, base para la elaboración de políticas públicas, para atender problemas estructurales que están incidiendo en violaciones de derechos humanos a nivel nacional.

Finalmente, es preciso señalar que en este apartado no se abordarán los informes de fondo ni las soluciones amistosas como fuente de políticas públicas. En ambos tipos de decisiones la CIDH establece medidas y recomendaciones para los Estados a fin de reparar las violaciones que se abordan, muchas de las cuales son de naturaleza estructural y, por lo tanto, constituyen guías de reformas normativas fundamentales o de políticas públicas.⁶¹

Como ejemplo, el 1 de mayo de 2021 la CIDH presentó antes la Corte IDH el caso Jorge Marcial Tzompaxtle Tecpile y otros respecto de México; el cual se refiere a la detención ilegal y arbitraria de Jorge Marcial Tzompaxtle Tecpile, Gerardo Tzompaxtle Tecpile y Gustavo Robles López, a la aplicación de la figura del arraigo y a la

⁵⁹ *Ibidem*, recomendaciones 4 y 5.

⁶⁰ Cfr. <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/informes/pais.asp>.

⁶¹ Cfr. <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/fondos.asp> y <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/amistosas.asp>

falta de garantías judiciales en el proceso penal que se siguió en su contra.⁶² En su Informe de Fondo la CIDH recomendó al Estado

Adeuar el ordenamiento jurídico interno, incluyendo las normas constitucionales y legales que mantengan la figura del arraigo, a fin de eliminar definitivamente dicha figura. Mientras ello ocurre, asegurar que operadoras y operadores de justicia, llamados a aplicar la figura de arraigo, la inapliquen mediante un debido control de convencionalidad, a la luz de los estándares establecidos en el informe.⁶³

Así también, el 6 de mayo de 2021, la CIDH presentó ante la Corte IDH un caso respecto de México. El caso se refiere a las “torturas, violaciones al debido proceso y a la libertad personal en contra de Daniel García Rodríguez y Reyes Alpízar Ortíz, quienes permanecieron detenidos en prisión preventiva por más de 17 años”.⁶⁴

En su Informe de Fondo, la CIDH observó que las víctimas fueron detenidas sin orden judicial previa y sin cumplir con los requisitos procesales. Además, García Rodríguez y Reyes Alpízar “solo conocieron formalmente las razones de la detención y los cargos formulados cuando fueron puestos a disposición de un juez, 45 y 34 días respectivamente, luego de su privación de libertad, lapso que estuvieron detenidos bajo arraigo”.⁶⁵

En su Informe de Fondo la CIDH recomendó al Estado: “4. Adeuar el ordenamiento jurídico interno, incluyendo las normas constitucionales y legales que mantengan la figura del arraigo, a fin de eliminar definitivamente dicha figura. Mientras ello ocurra, asegurar que operadores jurídicos llamados a aplicar la figura de arraigo la dejen de aplicar mediante un debido control de convencionalidad, a la luz de los estándares interamericanos correspondientes”.⁶⁶

⁶² Cfr. <http://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/141.asp>

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ Comunicado de prensa, “La CIDH presenta caso sobre México ante la Corte Interamericana”, 20 de mayo de 2021, <https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/130.asp>

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ *Idem.*

V. RESOLUCIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NACIONALES

La Corte Interamericana tiene un amplio número de actividades y competencias de las cuales se podrían derivar directrices para la construcción de políticas públicas. No obstante, en este apartado únicamente se abordarán dos de ellas: opiniones consultivas y sentencias de casos contenciosos que han sido sometidos a su conocimiento.

1. EL DEBATE AL INTERIOR DE LA CORTE INTERAMERICANA: ¿GARANTÍA EFECTIVA O INTROMISIÓN INTERAMERICANA?

Respecto a las sentencias emitidas por la Corte IDH, el análisis en esta sección se centrará en las garantías de no repetición ordenadas dentro de las reparaciones. En torno a ellas, se ha producido una discusión al interior de la Corte Interamericana, la cual se ha reflejado en los votos particulares emitidos por el Juez Sierra Porto respecto a la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA).

Antes de entrar en la discusión planteada, se abordará el concepto de garantía de no repetición.⁶⁷ Éstas implican “la adopción de medidas preventivas por el Estado responsable para evitar una

⁶⁷ Este apartado en torno a las garantías de no repetición es una versión modificada y ampliada de lo expuesto en: Morales Sánchez, Julieta, “El control de convencionalidad como una garantía de no repetición en México”, en Camarillo Govea, Laura Alicia y Rousset Siri, Andrés Javier (coords.), *Proteger y reparar: aportes de la jurisdicción interamericana. Libro homenaje al profesor emérito Sergio García Ramírez*, Mexicali, Universidad Autónoma de Baja California, 2021, pp. 34-41.

repetición de la violación”.⁶⁸ Son “aquellas medidas ordenadas judicialmente a un Estado cuyo contenido está encaminado a eliminar de manera directa una deficiencia estructural del sistema nacional que está permitiendo o favoreciendo violaciones reitera(das) a los derechos humanos”.⁶⁹

Londoño Lázaro también las ha conceptualizado como

las medidas específicas ordenadas por un tribunal internacional en un juicio de responsabilidad estatal y con respeto al margen nacional de apreciación, tendientes a eliminar una deficiencia estructural que amenaza o vulnera derechos humanos en el ámbito interno del Estado, cuyo contenido —con el fin de prevenir futuras violaciones— apunta a la transformación del sistema nacional a partir de la derogación, creación o modificación de leyes, prácticas, instituciones o políticas públicas.⁷⁰

Los elementos o condiciones básicas de las garantías de no repetición en el contexto del sistema interamericano se han identificado por Londoño Lázaro como los siguientes:

- 1) En relación con su origen; se trata de medidas judiciales, esto es, órdenes decretadas por la Corte Interamericana que exigen del Estado una conducta —de acción u omisión— determinada.
- 2) En relación con su finalidad; el objetivo de estas medidas es eliminar de manera directa una falla o deficiencia estructural del Estado responsable para precaver nuevos ilícitos, de acuerdo con lo detectado por la Corte en el proceso judicial. En consecuencia, ellas miran hacia el futuro con el fin de prevenir nuevas violaciones y no hacia el pasado para restablecer una situación anterior a la violación acaecida.
- 3) En relación con su contenido y modalidad; las órdenes emitidas por el tribunal regional especifican una conducta concreta a cargo del Estado que puede consistir en alguno de los cuatro mandatos genéricos: derogar,

⁶⁸ Londoño Lázaro, María Carmelina, *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana. Derecho Internacional y cambios estructurales del Estado*, México, Universidad de la Sabana, Tirant lo Blanch, 2014, p. 89.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 103 y 104.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 197 y 198.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

crear o modificar leyes, prácticas, políticas o instituciones del Estado, así como educar a sus funcionarios públicos o a la población en general. Justamente por el objeto de la acción que se prescribe puede deducirse la modalidad de su contenido en correspondencia con la función pública (clásica) a la que se orienta; esto es, si la medida persigue en el orden interno la conducta de la rama legislativa, ejecutiva o judicial y las posibilidades de discrecionalidad que se otorgan a las autoridades encargadas para su ejecución... 4) En relación con el alcance de sus efectos; en general este tipo de medidas trascienden el ámbito de reparación de las víctimas concretas del caso en el que se decretan —aunque puedan llegar también a beneficiarlas— y tienen efectos más amplios, decididamente colectivos, en el sentido de que alcanzan de modo potencial a terceros no determinados en el proceso; por ejemplo, un grupo de la población en situación semejante a la de las víctimas del juicio internacional.⁷¹

En suma,

los elementos de mayor relieve para la construcción de ese concepto... pueden sintetizarse en los siguientes: (i) la finalidad que justifica las GNR (garantía de no repetición) es el ánimo de prevenir nuevas violaciones a los DDHH (derechos humanos) similares a las ocasionadas en el caso decidido por la Corte IDH; (ii) la resolución que ordena una GNR aparece motivada como un modo de contrarrestar un problema de orden general y permanente en el nivel nacional; (iii) el objeto de las GNR consiste en la realización de reformas específicas en el interior del Estado, las que pueden estar referidas a la derogación, creación o modificación de leyes, prácticas, instituciones o políticas públicas.⁷²

Se ha establecido que los contenidos de todas las medidas encuadran en alguno de los siguientes grupos: a) derogar o eliminar normas o prácticas; b) crear o adoptar normas, prácticas, políticas

⁷¹ *Ibidem*, pp. 104 y 105.

⁷² *Ibidem*, p. 197.

o instituciones; c) modificar normas, prácticas o políticas; d) educar o capacitar a funcionarios públicos o a la población.⁷³

Así, “las garantías de no repetición se configuran como evidencia de los efectos reflejos o irradiadores del orden internacional de los derechos humanos en el orden jurídico nacional en virtud del objeto que persiguen estas resoluciones, fenómeno que contrasta con la tradicional eficacia inter partes propia de cualquier sentencia judicial definitiva”.⁷⁴ A este punto se regresará infra y se profundizará más en el concepto en estudio, justamente porque es el que motiva la discusión surgida al interior de la Corte IDH.

Ahora bien, se iniciará con el planteamiento del debate en el seno de la Corte IDH. En una reciente entrevista⁷⁵ el Juez Sierra Porto sostuvo:

La Corte Interamericana es un tribunal, no es un órgano político, que pueda proponer políticas públicas por iniciativa propia, o que tenga competencia en la elaboración de políticas públicas. Se trata de un tribunal que decide con los elementos probatorios y según los elementos argumentativos propuestos por las partes y la Comisión. No cuenta con una planta de economistas o administradores públicos que estén en condiciones de construir políticas públicas. No es la función de un tribunal internacional de derechos humanos. Es importante tener eso presente. En las decisiones de la Corte, y en la medida en que sea pertinente, los organismos internacionales a través de sus propuestas, de sus dictámenes, de la identificación de problemas estructurales y de sus sugerencias sobre cómo resolverlos pueden sugerir decisiones, pero que la Corte motu proprio empiece a proponer no es posible... Una cosa es ordenar la elaboración de políticas públicas y otra plantear políticas públicas para que sean ejecutadas a nivel nacional (énfasis agregado).⁷⁶

⁷³ *Ibidem*, p. 107.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 133.

⁷⁵ Realizada por Isabel Wences y María Caterina La Barbera, *Andamios*, vol.17, núm. 42, México, ene./abr. 2020, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632020000100197

⁷⁶ *Idem*.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

Si bien los puntos de vista no son compartidos y son algo imprecisos o muestran confusión conceptual, se regresará a ellos en la argumentación final en contra. Se continúa con la descripción, entendimiento o planteamiento de la postura del juez Sierra Porto. En sus votos el citado juez ha expresado que

existen inconsistencias lógicas y jurídicas en la posición jurisprudencial asumida por la mayoría de la Corte sobre la justiciabilidad directa y autónoma de los DESCAs, a través del artículo 26 de la Convención. Esta posición desconoce las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, cambia la naturaleza de la obligación de progresividad, ignora la voluntad de los Estados plasmada en el Protocolo de San Salvador y mina la legitimidad del Tribunal.⁷⁷

En otro voto, y refiriéndose al derecho a la salud, afirma:

Asimismo, es necesario tener en cuenta los efectos de la decisión judicial de cara al modelo de Estado que protege el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Si bien los jueces pueden y deben delinear algunos de los medios a través de los cuales se garantizan los derechos convencionales, es imprescindible que el contenido y alcance que la Corte le da a estas obligaciones le deje un adecuado margen de acción al Estado en sus diferentes ramas o poderes públicos. En este sentido, es necesario recordar que los Estados debe tener un cierto grado de flexibilidad que les permita cumplir sus compromisos internacionales dentro de sus posibilidades materiales,

⁷⁷ Voto concurrente del juez Humberto Antonio Sierra Porto, *Opinión Consultiva OC-27/21*, de 5 de mayo de 2021, “Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género”. En sentido similar *cfr.*, entre otros: votos disidentes, parcialmente disidentes o concurrentes del Juez Sierra Porto en: *Caso Casa Nina*, Sentencia de 24 de noviembre de 2020; *Caso Spoltore*, Sentencia de 9 de junio de 2020; *Caso Hernández*, Sentencia de 22 de noviembre de 2019; *Caso de Rodríguez Revolorio y otros*, sentencia de 14 de octubre de 2019; *Caso Muelles Flores*, Sentencia de 6 de marzo de 2019; *Caso de Poblete Vilches y otros*, Sentencia de 8 de marzo de 2018; *Caso San Miguel Sosa y otras*, Sentencia de 8 de febrero de 2018; *Caso Lagos del Campo*, Sentencia de 31 de agosto de 2017, párrs. 47 y 48. *Cfr.* https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm.

y atendiendo a la demanda social y el contexto particular. En este sentido, debe evitarse adelantar una interpretación extensiva de la postura asumida en esta sentencia en relación con el tratamiento gratuito en salud para personas con discapacidad, debiendo siempre tomarse en cuenta el contexto del país, los recursos disponibles y el efecto que la priorización de determinado derecho o grupo puede tener en los restantes derechos económicos, sociales y culturales de toda la población. En el ámbito de su competencia, la Corte debe reconocer que son los mismos Estados, a través de los órganos competentes según lo dispuesto en la legislación interna, los que están en mejor posición para tomar las decisiones relativas a cómo invertir los recursos disponibles a los fines de garantizar tanto el derecho a la salud, como otros derechos reconocidos en sus legislaciones internas y en la Convención Americana. Así, la falta de implementación de un modelo específico no puede por sí solo implicar una violación de sus obligaciones internacionales en materia de derecho a la salud (énfasis añadido).⁷⁸

Y refiriéndose a otro caso, reiteró su postura sobre el alcance de los principios de interdependencia e indivisibilidad en relación con la interpretación al artículo 26 de la Convención. Al respecto indicó:

Dichos principios señalan que todos los derechos tienen igual jerarquía e importancia y que el disfrute de un derecho depende de la realización de otros. Sin embargo, esto no implica que automáticamente se deban incorporar los DESCAs como derechos autónomos y justiciables al contenido de la Convención. Si bien es cierto que los derechos están intrínsecamente conectados y que el respeto y disfrute de ciertos derechos y libertades no puede justificar la denegación de otros, este argumento no es suficiente para modificar la competencia de un tribunal, como lo proponen quienes pretenden la justiciabilidad directa por medio de la interpretación amplia del artículo 26 de la Convención. De hecho, los principios de indivisibilidad e interdependencia y la

⁷⁸ Caso *Guachalá Chimbo y otros*, Sentencia de 26 de marzo de 2021, voto concurrente y parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto, párr. 17, https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

idea según la cual se debe prestar “la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales”, son consistentes con un análisis de los DESCAs desde la perspectiva de la conexidad, pues su aplicación no implica una expansión ilimitada de las competencias de la Corte, pero sí permite un entendimiento amplio de los derechos protegidos por la Convención, que implique el respeto y garantía de todos los derechos humanos, incluidos los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Además, *el hecho de que los derechos humanos estén interrelacionados e incluso se consideren inescindibles, no implica que no sean diferenciables entre sí y que, en consecuencia, que cada uno tenga su propio alcance* (cursivas propias).⁷⁹

Es preciso señalar que esta interpretación de los principios de interdependencia e indivisibilidad es sumamente cuestionable:⁸⁰ por supuesto que los derechos humanos son diferenciables entre sí, pero al ser interdependientes e indivisibles, cualquier acción u omisión del Estado genera un efecto sobre el conjunto de los derechos; las violaciones a derechos humanos producen resonancia o una reacción en cadena sobre el conglomerado de derechos implicados. Por lo tanto, no se trata de una “modificación a la competencia” ni una “expansión ilimitada de las competencias” de la Corte IDH, sino de la aplicación exacta y estricta de los principios de referencia producto de una interpretación viviente, extensiva y progresiva de los instrumentos convencionales, particularmente del Protocolo de San Salvador (artículo 19.6), la cual no solo es necesaria sino urgente a más de tres décadas de la adopción de dicho instrumento y de la realidad agobiante que se vive en América.

⁷⁹ Caso *empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares*, Sentencia de 15 de julio de 2020, Voto parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto, párr. 13.

⁸⁰ Para profundizar en el entendimiento de los DESCAs como derechos exigibles y justiciables *cfr.* Morales Sánchez, Julieta, “Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales frente a COVID-19: directrices de jurisprudencia interamericana”, *Parlamento y Constitución*, núm. 21, 2020, Cortes de Castilla - La Mancha, Universidad de Castilla - La Mancha, pp. 131-136, https://parlamentoyconstitucion.cortesclm.es/recursos/articulos/PyC21_Morales_Derechos.pdf.

El juez de referencia también reiteró y recalcó que:

... el hecho de que los derechos humanos estén (*sic*) interrelacionados e incluso se consideren inescindibles, no implica que no sean diferenciables entre sí y que, en consecuencia, cada uno tenga su propio alcance. Al realizar un análisis conjunto, sin diferenciar los derechos, no quedan claras cuáles son las obligaciones que cada uno de estos (*sic*) conlleva y las acciones concretas que puede emprender el Estado para evitar su vulneración. Incluso *una visión tan abierta de la interdependencia de los derechos podría generar un absurdo como entender que al estar todos de una u otra forma relacionados, cualquier tipo de vulneración conllevaría la violación de todos los derechos contenidos en la Convención*. Dotar de contenido y establecer los alcances de los derechos es de suma importancia para que las personas los entiendan y los Estados los acaten, pero es aun más relevante en estos casos en los que, como ya mencione, se están generando nuevos derechos en el marco del artículo 26 de la CADH...

Adicionalmente debo señalar, que no queda claro el grado de responsabilidad (*sic*), ni de especificidad que tendrá la Corte a la hora de supervisar esta medida. Es decir, ¿será la Corte quién apruebe los planes específicos? ¿cada seis meses el Tribunal emitirá una nueva Resolución de supervisión de cumplimiento dando luz verde o rechazando las acciones específicas? Más allá de las limitaciones teóricas y jurídicas, que surgen de la propia letra de la Convención que establece las competencias del Tribunal y su naturaleza complementaria, se encuentran las restricciones prácticas de que en este complejo ir y venir entre el actuar estatal e internacional haga *que el Tribunal se convierta en una suerte de contraloría de las actividades estatales...*

*Cabe preguntarse si estas medidas no están siendo ordenadas por un afán de protagonismo institucional que termine por ampliar desmesuradamente las actividades de supervisión de cumplimiento... (énfasis agregado)*⁸¹

⁸¹ Caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), Sentencia de 6 de febrero de 2020, voto parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto, párrs. 11, 29 y 30.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

Asimismo, también ha precisado:

Con lo anterior no sugiero que la Corte se (*sic*) deba conocer en todos los casos como el presente la política pública de los Estados en relación con los DESCA, pues en la mayoría de las ocasiones ese tipo de análisis trasciende las situaciones particulares de una víctima o un conjunto de víctimas en casos concretos. Además ese tipo de análisis son particularmente delicados. Lo que sugiero en cambio es que en caso de realizarse un análisis autónomo sobre la base del artículo 26 de la Convención, esto debe cumplir el propósito de analizar el cumplimiento de las obligaciones de desarrollo progresivo por parte de los Estados. En el resto de casos —donde se alegue la afectación a un DESCA para una persona o un grupo de personas como resultado del incumplimiento de un derecho civil y político, como es este caso— *el análisis se debe hacer sobre la base del derecho principal alegado (en el presente caso, el derecho a la protección judicial) en su relación con el DESCA en cuestión. No hacerlo así conlleva a dos extremos no deseables: o a analizar una política pública a la luz de un número limitado de personas, o a declarar violaciones autónomas a los DESCA con argumentaciones débiles y prueba insuficiente.*

En cualquier caso es fundamental delinear adecuadamente los elementos de juicio en materia de progresividad, para evitar que la Corte se convierta en un tribunal contra mayoritario frente a materias de profundo interés político y social. La interpretación que entiende que el artículo 26 es fundamento para declarar la responsabilidad internacional del Estado y la posibilidad de declarar la invalidez de normas constitucionales, legales, reglamentos o sentencias por ser regresivas y por desconocer los DESCA. Esta convicción conlleva la posibilidad de avalar decisiones en materia de reducción de las condiciones de vigencia políticas públicas (*sic*) y programas estatales relacionados con temas como la seguridad social y en particular el sistema pensional. Decisiones que pueden servir para *legitimar políticamente* medidas que reduzcan los derechos de trabajadores y ciudadanos, pero que en tanto tengan una adecuada justificación no puedan ser declaradas regresivas. En este sentido no se debe olvidar que *el principio de no regresión no significa que no pueda haber regresión, sino que debe ser una regresión justificada.*

JULIETA MORALES SÁNCHEZ

También se debe tener en cuenta que en los países sujetos a la competencia contenciosa de la Corte la jurisprudencia del Tribunal es utilizada para enriquecer la argumentación de los jueces y autoridades nacionales, quienes haciendo uso de ella pueden decidir de manera más adecuada, ilustrada y justa en asuntos relacionados con Derechos Humanos. Esto es una razón más para que la Corte haga un uso responsable de sus competencias para analizar violaciones a los DESCAs. *No hacerlo así puede abrir la puerta para que, vía control de convencionalidad, se entienda que la jurisprudencia de DESCAs es fundamento para que los tribunales nacionales se conviertan en jueces de políticas públicas, con el consecuente posible conflicto social y político y la posible crisis de legitimidad que puede enfrentar un tribunal al entrar al debate político en materia pensionaria. La Corte debe promover que la materialización de los derechos en el ámbito nacional se alcance a través del desarrollo de las competencias que cada Estado ha otorgado a los distintos poderes y autoridades (énfasis agregado).*⁸²

Aquí es preciso reiterar que no se trata de que los tribunales se conviertan en jueces de políticas públicas, pero sí es parte de su labor el ser guardianes del orden constitucional-convencional. Es su trabajo supervisar que todos los órganos de un Estado (incluidos aquellos que implementan políticas públicas) cumplan con la normatividad que constituye el bloque de constitucionalidad (por ejemplo, para el caso de México los derechos reconocidos en la Constitución, tratados internacionales y jurisprudencia interamericana) y por supuesto, están obligados a ejercer el control de convencionalidad sobre esta base.

Además, la regresividad jamás podrá justificarse en la legitimación política ya que eso desnaturaliza el principio de progresividad y es uno de los medios de evasión estatal de obligaciones internacionales. No basta, como sostiene el juez Sierra Porto, con que haya una “adecuada justificación” para que la medida no sea declarada

⁸² Caso de la Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT), Sentencia de 21 de noviembre de 2019, voto parcialmente disidente del juez Sierra Porto, párrs. 9-11.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

regresiva, como tampoco es suficiente con que se trate de una “regresión justificada”.

Las *Normas para la Confección de los Informes Periódicos Previstos en el Protocolo de San Salvador* establecidas por la resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05), actualizadas según lo dispuesto por la resolución AG/ RES. 2713 (XLII-O/12), indican que el principio de progresividad “invalida las medidas regresivas, salvo casos extremos justificables, y descalifica la inacción”.⁸³ La norma 11 señala que “las medidas regresivas, en principio, son incompatibles con la vigencia plena del Protocolo y que la progresividad como característica de las obligaciones asumidas por el Estado Parte requiere una actitud positiva de avanzar hacia el fin propuesto y no una mera inacción”. Y la nota a la norma 11 “recuerda que por medidas regresivas se entienden todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido. Se recuerda también, que el carácter acotado en el tiempo de ciertas medidas regresivas como consecuencia o continuación de situaciones excepcionales permite una evaluación distinta” (cursivas propias).

Christian Courtis observa que es posible distinguir dos tipos de regresividad: una de resultados (de una política pública) y otra normativa. En la primera, “la política pública desarrollada por el Estado es regresiva cuando sus resultados hayan empeorado en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro”; la segunda se refiere a “la extensión de los derechos concedidos por una norma”, es decir, evaluar si la norma posterior suprime, restringe o limita derechos o beneficios concedidos por la anterior.⁸⁴

⁸³ Normas para la Confección de los Informes Periódicos Previstos en el Protocolo de San Salvador establecidas por la resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05), actualizadas según lo dispuesto por la resolución AG/ RES. 2713 (XLII-O/12), <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/normas-informes-pss.pdf>

⁸⁴ Courtis, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, Centro de Estudios Legales y Sociales, 2006, pp. 3 y 4, <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/ni-un-paso-atras-la-prohibicion-de-regresividad-en-materia-de-derechos-sociales.pdf>

JULIETA MORALES SÁNCHEZ

Las posturas planteadas por el juez Sierra Porto hasta aquí expuestas, desde la perspectiva de derechos humanos, podrían considerarse conservadoras.

Ahora bien, en sentido contrario al del juez Sierra Porto, y con un voto sumamente interesante, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor ha afirmado:

Resulta frecuente que se objete la intervención de tribunales en litigios que involucren DESCA, considerando aspectos prestacionales de estos derechos —que no son ajenos a los derechos civiles y políticos—, con base en razones que, de diversos modos, aluden a la falta de legitimidad o capacidad de los órganos jurisdiccionales respecto a la definición de políticas públicas. Así, por ejemplo, se alude a la falta de información técnica o presupuestaria de los tribunales, a su incapacidad para evaluar adecuadamente dicha información, o a la ilegitimidad de tal ejercicio (atribuido, en general, a órganos ejecutivos o legislativos). Aspectos como los señalados presentan ciertamente, y de acuerdo a cada caso, desafíos importantes para la actividad jurisdiccional. No obstante, no pueden llevar a negar o mermar la justiciabilidad o eficacia de derechos plenamente vigentes y autónomos. La Sentencia, al respecto, ha procurado asumir tal desafío, buscando un modo de implementación de las medidas de reparación que, a la vez, sea eficaz para restituir (sic) los derechos lesionados y atienda a las dificultades y complejidad que presentan las acciones necesarias para tal fin.

Del modo referido, la Corte IDH ha procurado lograr, a la vez de un examen autónomo de los DESCA, establecer medidas de reparación acordes a la lesión de los mismos, y que estas (sic) resulten realmente idóneas en la materia. Ello, a partir de posibilitar definiciones posteriores más precisas para su implementación, siempre supervisada por la Corte IDH y en los tiempos que se estiman suficientes para su ejecución.

De este modo las reparaciones como las indicadas en ese capítulo tienen un verdadero trasfondo de derechos sociales y buscan restaurar el goce del contenido de cada uno de los derechos indicados y declarados violados en la Sentencia. Considero que esta especificación en cuanto a las medidas de reparación, constituye una muestra de la posibilidad que tiene el Tribunal In-

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

*teramericano para ir estableciendo reparaciones acorde con las violaciones a DESCA y conforme a las particularidades de cada caso (énfasis agregado).*⁸⁵

Y concluyó: “El caso *Lakha Honhat* constituye el primer caso contencioso en el cual la Corte IDH se pronuncia de manera directa y autónoma sobre los derechos al medio ambiente sano, a la alimentación, al agua y a la identidad cultural, este último como proyección del derecho a disfrutar de la vida cultural”.⁸⁶

Por su parte, en voto concurrente del juez Ricardo Pérez Manrique a la sentencia de 21 de noviembre de 2019 en el *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT)* afirmó:

considero que la Corte IDH sí tiene competencia para conocer y pronunciarse sobre los DESCA. Esto mismo me permite hacer un análisis sistemático de la Convención, el Protocolo de San Salvador, la Carta de la OEA y otros instrumentos del corpus juris interamericano. A continuación, trataré de explicar mi visión de los fundamentos en función de los cuales la Corte IDH puede conocer y pronunciarse sobre los DESCA.

La parte II de la Convención Americana, que trata de los medios de protección, señala en su artículo 44 que: “Cualquier persona o grupo de personas ...puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”. Por su parte, el artículo 48 indica que: “La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos...”. De igual manera, el artículo 62 No 3 de la Convención indica que: “La Corte tiene competencia para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido...” (subrayados del autor).

⁸⁵ Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, *Caso Comunidades indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra)*, Sentencia de 6 de febrero de 2020, párrs. 67-69, https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm.

⁸⁶ *Ibidem*, párr. 83.

JULIETA MORALES SÁNCHEZ

Los artículos de la Convención antes indicados son claros en cuanto a que cualquiera de los derechos indicados en la Convención (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales) pueden ser llevados a conocimiento de ambos órganos de protección y que éstos tienen competencia para conocer de los mismos. Los artículos en comento, no hacen distinciones entre civiles, políticos, sociales, culturales y ambientales en lo que respecta a la protección de los mismos. Por otro lado, pretender que los órganos de protección interamericanos solo puedan conocer los derechos civiles y políticos y no así los DESCA, sería contrario por un lado a la indivisibilidad e interdependencia de los derechos, y por el otro lado llevaría a una fragmentación de la protección internacional de la persona y de su titularidad como sujeto de derecho internacional.

En relación a lo anterior, es interesante destacar lo señalado en el artículo 4 del Protocolo de San Salvador en cuanto a la no admisión de restricciones de los DESCA. Sobre el particular, el artículo indicado señala que: “no podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado” (subrayado del autor). A mi modo de ver, este artículo leído conjuntamente con la Convención Americana, permite concluir que no es de recibo restringir el acceso a la justicia interamericana respecto a alegadas violaciones de los DESCA invocando la Convención Americana, de hacerse se estaría en contra del propio Protocolo que no permite restricciones y como señalé anteriormente afectando a la persona como sujeto de derechos. *Sería violatorio del principio de interpretación pro persona de los Derechos Humanos* (art. 29 de la Convención Americana) (cursivas añadidas).⁸⁷

El Caso *Cuscul Pivaral y otros*, sentencia de 23 de agosto de 2018, da pie a una discusión interesante, en torno a la materia del presente libro, vía votos de dos jueces: Sierra Porto y Ferrer Mac-Gregor.

⁸⁷ Voto parcialmente disidente del juez Ricardo Pérez Manrique, *Caso Comunidades indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra)*, Sentencia de 6 de febrero de 2020, párrs. 7-10, https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

En su voto parcialmente disidente, el Juez Humberto Sierra Porto incluyó un apartado denominado “Garantías de no repetición y políticas públicas de salud en el presente caso”, en donde afirma:

Además, como puede observarse, las reparaciones ordenadas no se dirigen solamente a la reparación del daño sufrido por las víctimas, sino que apuntan a la creación de una política pública en materia de salud, dirigida a toda la población que vive con el VIH. Si bien esta práctica de ordenar diversas medidas administrativas o de política pública, con un impacto que va más allá de las víctimas del caso bajo análisis, no es nueva en la jurisprudencia de la Corte, considero que existen razones que requieren, cuanto menos, una aproximación cautelosa de este tipo de medidas cuando se encuentran en juego derechos con características prestacionales como lo es el derecho a la salud... si bien el presente caso versa sobre el derecho a la salud, específicamente en relación con las personas que viven con el VIH, es necesario tener en cuenta que, junto con ellas, conviven personas cuyo acceso a la vivienda, alimentación, agua, empleo y seguridad social, entre otras, tampoco se encuentra satisfecha. Por ello, los Estados tienen la obligación de administrar sus recursos de manera de poder atender a todas estas necesidades...

Asimismo, es necesario tener en cuenta cuál es el órgano que se encuentra en una mejor posición para analizar la razonabilidad de la medida. Si bien los jueces pueden y deben utilizar sus poderes para ordenar medidas que afecten tanto la legislación interna como las políticas públicas, es imprescindible que dichas órdenes sean realizadas teniendo en cuenta los roles que corresponden a los poderes legislativo y ejecutivo en una democracia. En este sentido, es necesario recordar que la política pública debe tener necesariamente un cierto grado de flexibilidad que le permita al Poder Ejecutivo realizar las modificaciones y ajustes necesarios cuando ello resulte apropiado, en respuesta a las posibilidades materiales, la demanda social y el contexto particular del país. No es el rol de las Cortes analizar cuál es la mejor opción o diseñar detalladamente las políticas públicas que deberán aplicarse en un país determinado, sino analizar si las mismas cumplen con la Constitución y la legislación interna en el caso de los tribunales domésticos, y con la Convención Americana, en el

caso de este Tribunal. En otras palabras: *las órdenes que emitan los jueces no deben estar formuladas de manera que impidan que el Ejecutivo tome decisiones legítimas en materia de políticas públicas, en la medida en que éstas se encuentren dentro de aquello que la legislación interna y la Convención Americana permiten y requieren.*

... considero que son los mismos Estados, a través de los órganos competentes según lo dispuesto en la legislación interna, los que están en mejor posición para tomar las decisiones relativas a cómo invertir los recursos disponibles a los fines de garantizar tanto el derecho a la salud, como otros derechos reconocidos en sus legislaciones internas y en la Convención Americana... En efecto, *las decisiones en materia de política pública a menudo involucran decisiones difíciles de ponderación de distintos derechos en pugna, las cuales deben ser tomadas a nivel político a la hora de determinar el presupuesto, y a nivel operativo al decidir cuáles serán las prioridades de la política pública. Las cortes no deben interferir con las decisiones de aquellos órganos que están mejor equipados para tomarlas, salvo que éstas resulten violatorias de los derechos reconocidos en la legislación interna o la Convención Americana.*

Todas estas cuestiones deben ser adecuadamente tenidas en cuenta por esta Corte a la hora de dictar reparaciones, las cuales deben alcanzar un balance entre el objetivo que persiguen —es decir, reparar íntegramente las violaciones sufridas por las víctimas— y la necesidad de otorgar a los Estados el margen de acción y la flexibilidad necesarias cuando se encuentran comprometidos derechos de carácter prestacional, como lo es el derecho a la salud (cursivas propias).⁸⁸

Ahora bien, hay al menos dos aspectos en el voto del juez Sierra Porto que resultan preocupantes o que pueden ser contradictorios. El primero de ellos se produce cuando afirma que “las órdenes que emitan los jueces no deben estar formuladas de manera que impidan que el Ejecutivo tome decisiones legítimas en materia de

⁸⁸ Voto parcialmente disidente del Juez Sierra Porto, *Caso Cuscul Pivaral y otros*, Sentencia de 23 de agosto de 2018, párrs. 13 y 15-18, https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

políticas públicas, en la medida en que éstas se encuentren dentro de aquello que la legislación interna y la Convención Americana permiten y requieren”. Lo anterior es válido pero deja de lado qué hacer cuando esa decisión del Ejecutivo es inconventional o consiste en una omisión (o decisión —consiente o inconsiente— de no hacer). En los casos en que eso sucede se entendería que los jueces sí pueden emitir órdenes en el sentido de modificar una práctica inconventional o de realizar algo a fin de dejar de incurrir en la omisión inconventional o violatoria de derechos humanos. Además de decir en general qué debe hacer el Ejecutivo respectivo, es importante dar un contenido mínimo a la instrucción a fin de que se cumpla por los Estados, sin trucos, evasivas ni matices.

En ese orden, el juez Sierra Porto también expresa que “las decisiones en materia de política pública a menudo involucran decisiones difíciles de ponderación de distintos derechos en pugna, las cuales deben ser tomadas a nivel político a la hora de determinar el presupuesto”. Si bien sería inocente desconocer que la política tiene incidencia en el goce y ejercicio de los derechos humanos, es preocupante que se le otorgue un carácter definitorio a la política a la hora de determinar los presupuestos o de ponderar qué derecho tutelar —a través de una política pública— frente a otro (simulando una *pseudo* ponderación). Frente a posturas como esta hay que reafirmar ferozmente: los Estados tienen la obligación irrestricta de garantizar todos los derechos y dictar todas las medidas que sean necesarias para avanzar en su cobertura y protección.

En sentido contrario al voto *supra* citado, se encuentra el del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, al que se adhirieron la Jueza Elizabeth Odio Benito y el Juez Patricio Pazmiño Freire. En dicho voto se sostiene:

... la Sentencia ordenó ciertas garantías de no repetición que están dirigidas a que el Estado mejore las condiciones de atención para las personas que viven con el VIH en Guatemala, sean o no víctimas del caso. Este es un aspecto que es relevante resaltar, pues con ello se persigue impulsar aquellos cambios sistémicos necesarios para que el Estado cumpla de manera más efectiva

con sus obligaciones en materia de protección al derecho a la salud...

Sin duda, las reparaciones ordenadas en *Cuscul Pivaval*, en lo que respecta a las medidas de rehabilitación y a *las garantías de no repetición*, tienen el objetivo doble de que se reparen las omisiones que derivaron en las violaciones a los derechos a la salud, la vida y la integridad personal de las víctimas, así como para servir como un medio para impulsar al Estado a cumplir con su deber de protección progresiva del derecho a la salud de la población que vive con el VIH en Guatemala. Esta doble dimensión ha sido una constante a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, y sin duda cobrará un papel central en aquellos casos que —como el que nos ocupa— las acciones dirigidas a la realización de cambios sistémicos en los Estados sean fundamentales para la efectiva protección de un DESCA en un contexto determinado.⁸⁹

E incluso el mismo Sierra Porto ha reconocido que:

Las garantías de no repetición permiten cambiar la legislación, práctica o situación estructural que dio origen a la violación a los derechos humanos, lo cual beneficia a más personas dentro del país. Por ejemplo a través de medidas de capacitación a funcionarios públicos y educación a la sociedad en derechos humanos; mediante reformas a la normativa jurídica interna o mediante la adopción de otras medidas de carácter administrativo o judicial dirigidas a modificar un acto, acción u omisión interna que está causando la falta de cumplimiento del Estado de su obligación de proteger y garantizar los derechos humanos, no sólo en el caso concreto sino también a una generalidad de personas (énfasis agregado).⁹⁰

⁸⁹ Voto razonado del Juez Ferrer Mac-Gregor, *Caso Cuscul Pivaval y otros*, Sentencia de 23 de agosto de 2018, párrs. 37 y 41, https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm

⁹⁰ Sierra Porto, Humberto, “Reflexiones sobre los mecanismos interamericanos para el cumplimiento de las órdenes contenciosas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Perspectivas de evolución y retos” en Matia Portilla, Francisco Javier y Robledo Silva, Paula (dirs.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Mecanismos de cumplimiento e informes nacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, Gobierno de España, 2020, p. 29.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

Por otro lado, se ha dicho que

la crítica del juez Sierra Porto no es exclusiva al otorgamiento de reparaciones en derechos sociales, sino una crítica más general al otorgamiento de reparaciones fuertes que, como las GnR (garantías de no repetición), impliquen una erogación presupuestaria importante para su cumplimiento, o el diseño de políticas públicas y programas orientados a garantizar una prestación específica. En esa medida, ¿se equivoca Humberto Sierra Porto al criticar las reparaciones que, tal como lo hacen las GnR, tienden a afectar el diseño, implementación y seguimiento de las políticas públicas?⁹¹

Y a ello se ha respondido que el

... el SIDH (Sistema Interamericano de Derechos Humanos) ha llevado la delantera en el otorgamiento de medidas de reparación orientadas a prevenir la repetición de violaciones en el futuro... el otorgamiento de GnR en casos de derechos sociales, así como de derechos civiles y políticos, no resulta incompatible con la doctrina dominante en el Sistema Interamericano... su otorgamiento forma parte de la evolución normal que el derecho de las reparaciones ha tenido en el derecho internacional, dentro del cual, el SIDH ejerce un rol preponderante.⁹²

No obstante, Londoño y Hurtado recuerdan algunos dilemas existentes en torno a las garantías de no repetición y preguntan:

¿resulta concordante con los principios de las democracias de la región que serias transformaciones estructurales del orden interno obedezcan a mandatos de un tribunal internacional?, ¿la reconocida primacía de los derechos humanos puede justificar las órdenes imperativas de la CIDH?, ¿son las GNR (garantías de no repetición) medidas que facilitan o entran los procesos

⁹¹ Guarnizo-Peralta, Diana, *¿Cortes pasivas, cortes activas o cortes dialógicas? Comentarios en torno al caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, pp. 440 y 442, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6407/16.pdf>.

⁹² *Idem*.

internos?, ¿con la práctica de las GNR se está construyendo un sistema jurídico unificado para la región, a modo de *ius commune* latinoamericano de los derechos humanos?, ¿es legítimo, posible y necesario configurar ese *ius commune* para mejorar las condiciones sociales generales que claman justicia en nuestra región?⁹³

Frente a todas estas preguntas, es preciso recordar que también se ha hablado de sentencias estructurales y se ha afirmado que

cualquier ley, política, acción u omisión de la administración deben sujetarse a un test de razonabilidad o proporcionalidad, en clara referencia a los derechos e intereses fundamentales que deben ser garantizados en cuanto a su disfrute. Entonces, el juez... (es) el legitimado para garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales, dicta o propone medidas para el diseño o modificación de políticas públicas que materialicen la tutela de los derechos fundamentales, medidas que han de ser implementadas a través del tiempo.⁹⁴

Por lo que Tron Petit ha llegado a concluir que

las sentencias estructurales pueden ser apreciadas en paralelo o en concurrencia con las garantías de no repetición, entendidas como medios para la búsqueda de la mejor interpretación del diseño institucional a efecto de lograr la efectiva protección de los derechos (aunque se debe cuidar que exista) un adecuado nivel de autorrestricción, evaluando las consecuencias de políticas públicas, pero solo en clave de la eficacia de los derechos

⁹³ Londoño Lázaro, María Carmelina y Hurtado, Mónica, “Las garantías de no repetición en la práctica judicial interamericana y su potencial impacto en la creación del derecho nacional” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año L, núm. 149, mayo-agosto de 2017, p. 751, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/11356>.

⁹⁴ Tron Petit, Jean Claude, “Un enfoque jurisdiccional de los derechos fundamentales y las políticas públicas”, en Sepúlveda, Ricardo, Cervantes, Magdalena et. al. (eds.), *Las reformas...*, op. cit., p. 110.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

fundamentales, ponderando que sea en la medida indispensable, razonable y necesaria.⁹⁵

A este punto se regresará *infra*.

2. OPINIONES CONSULTIVAS

Se han dictado 28 Opiniones Consultivas desde 1982 hasta el 7 de junio de 2021,⁹⁶ sobre múltiples temas como son: reelección presidencial indefinida, asilo, identidad de género, asistencia consular, derechos de la niñez, niñez migrante, derechos de personas migrantes indocumentadas, medio ambiente, *habeas corpus*, estado de emergencia, derecho de rectificación o respuesta, pena de muerte, colegiación obligatoria, etcétera. Todas ellas esclarecen los parámetros convencionales que los Estados deben de cumplir y, por lo tanto, su conocimiento por los órganos internos es fundamental ya que dichos estándares tienen que ser retomados y respetados al momento de dictar políticas públicas, y deben ilustrar la toma de decisiones nacionales.

Las Opiniones Consultivas tienen ciertas características que le otorgan utilidad para el empleo nacional al momento de generar e implementar políticas.

Son solicitadas, entre otros, por los Estados, dependiendo de los intereses, dudas y necesidades de cada país.

Asimismo, en las Opiniones Consultivas se responde a preguntas específicas que también plantean los países, por lo que atienden a las preocupaciones o cuestionamientos particulares de los Estados parte.

Por ejemplo, en la Opinión Consultiva OC-27/21, solicitada por la CIDH, de 5 de mayo de 2021,⁹⁷ señala que “los Estados tienen

⁹⁵ *Ibidem*, p. 111.

⁹⁶ Cfr. https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm.

⁹⁷ *Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género* (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del

la obligación de adecuar sus legislaciones y sus prácticas a las nuevas condiciones del mercado laboral, cualesquiera que sean los avances tecnológicos que producen dichos cambios, y en consideración a las obligaciones de protección de los derechos de los trabajadores y trabajadoras que impone el derecho internacional de los derechos humanos, y para ello deben fomentar la participación efectiva de representantes de los trabajadores y trabajadoras, y los empleadores y empleadoras, en el diseño de la política y legislación de empleo”.

La Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica, indicó:

3. Los Estados deben garantizar que las personas interesadas en la rectificación de la anotación del género o en su caso a las menciones del sexo, en cambiar su nombre, adecuar su imagen en los registros y/o en los documentos de identidad de conformidad con su identidad de género auto-percibida, puedan acudir a un procedimiento o un trámite: a) enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) debe ser confidencial. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) debe ser expedito y en la medida de lo posible debe tender a la gratuidad, y e) no debe requerir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales. El procedimiento que mejor se adecua a esos elementos es el procedimiento o trámite materialmente administrativo o notarial. Los Estados pueden proveer paralelamente una vía administrativa, que posibilite la elección de la persona.⁹⁸

Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belem do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_esp.pdf.

⁹⁸ *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de*

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

En la Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia,⁹⁹ la Corte IDH estableció que: “los Estados tienen la obligación de prevenir daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio, para lo cual deben regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño significativo al medio ambiente; realizar estudios de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente; establecer un plan de contingencia, a efecto de tener medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales, y mitigar el daño ambiental significativo que hubiere producido.”

En la Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, solicitada por la Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, entre otras cosas, se indicó:¹⁰⁰

7. Los Estados deben diseñar e incorporar en sus respectivos ordenamientos internos un conjunto de medidas no privativas de libertad a ser aplicadas mientras se desarrollan los procesos migratorios, que propendan de forma prioritaria a la protección integral de los derechos de la niña o del niño, con estricto respeto de sus derechos humanos y al principio de legalidad, y las decisiones que ordenen dichas medidas deben adoptarse por una autoridad administrativa o judicial competente en un procedimiento que respete determinadas garantías mínimas...

8. Los espacios de alojamiento deben respetar el principio de separación y el derecho a la unidad familiar, de modo tal que si se

género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

⁹⁹ *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). https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf.

¹⁰⁰ *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf.

JULIETA MORALES SÁNCHEZ

trata de niñas o niños no acompañados o separados deben alojarse en sitios distintos al que corresponde a los adultos y, si se trata de niñas o niños acompañados, alojarse con sus familiares, salvo que lo más conveniente sea la separación en aplicación del principio del interés superior de la niña o del niño y, además, asegurar condiciones materiales y un régimen adecuado para las niñas y los niños en un ambiente no privativo de libertad...

Adicionalmente, en materia migratoria también se han establecido diversas líneas de acción pública en otras opiniones consultivas.¹⁰¹

Si se realiza un análisis se podría ubicar el surgimiento de esta “tendencia” de la Corte IDH de “sugerir” líneas de políticas pública justamente a partir de la OC-17/2002; es decir, hace casi 20 años, pero no era una característica “originaria” en la emisión de opiniones consultivas. Más bien se puede entender como parte del proceso de evolución progresiva e interpretación expansiva de las propias competencias de la Corte IDH y de los textos convencionales para ubicarlos en las necesidades de las sociedades actuales.

En la Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002,¹⁰² solicitada por la Comisión Interamericana, se indica:

4. Que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo.

6. ... el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas.

¹⁰¹ Al respecto *cf.* Opiniones Consultivas 16 y 18 de la Corte IDH, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf y https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf. El análisis de las mismas puede verse en: Morales Sánchez, Julieta, *Migración irregular y derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 315-325.

¹⁰² *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

... Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.

9. Que los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones inter-individuales o con entes no estatales.

Éstos son sólo algunos ejemplos de cómo las respuestas de la Corte IDH a las preguntas específicas planteadas pueden orientar las políticas públicas estatales, tanto de los países solicitantes como de todos los Estados parte del sistema.

3. SENTENCIAS

Antes de analizar algunas resoluciones en las que la Corte IDH ha sugerido políticas públicas, cómo lo hace y por qué deben ser retomadas por los Estados, se regresará someramente a la discusión intestina en torno a la actividad y competencia de la Corte Interamericana planteada *supra*, la cual se mueve en dos ejes: 1) respecto a la justiciabilidad de los DESCAs; y 2) sobre la competencia o legitimidad que tiene la Corte IDH para el dictado de garantías de no repetición como medidas para la reparación integral.

En lo relativo al primero, es claro que el Protocolo de San Salvador y la CADH, aunque instrumentos previos a la Declaración y Plataforma de Acción de Viena, se rigen por los principios de interdependencia e indivisibilidad. Adicionalmente, deben ser interpretados a través de una perspectiva extensiva y progresiva que ubique a ambos textos en las circunstancias actuales de nuestra América. Hay que huir de las interpretaciones literales y decimonónicas. A continuación, se retornará al análisis relativo a las garantías de no repetición.

A. Reparaciones y garantías de no repetición

En lo que respecta a las garantías de no repetición,¹⁰³ ya se ha dicho que éstas ofrecen protección o inciden a favor de un grupo mucho mayor que el de las víctimas específicas del caso, llegando incluso a beneficiar a toda la población de un país.

En otra ocasión quien escribe ya había cuestionado que las garantías de no repetición estuvieran comprendidas en el rubro de reparaciones.¹⁰⁴ No porque se considere improcedente su dictado, sino porque se cree que deben ubicarse en un apartado específico e independiente dentro de las sentencias interamericanas, el cual sea también objeto de una supervisión de cumplimiento puntual por parte de la Corte IDH.

La actividad administrativa nacional debe atender y retomar las garantías de no repetición contenidas en las sentencias internacionales, pero éstas también deberían de estar presentes —y en ocasiones lo están— en las sentencias nacionales, que cada vez se presentan con mayor frecuencia. Se ha afirmado que “la garantía de no repetición implica toda aquella acción que lleve a prevenir violaciones a los derechos humanos; así como eliminar obstáculos para ejercer los derechos contemplados en la CADH y otros tratados relativos a los derechos humanos”.¹⁰⁵

Asimismo, el derecho a la reparación integral

abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima y comprende la adopción de medidas en búsqueda de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición; lo anterior tanto en su dimensión individual, pero igualmente a favor de las colectividades o comunidades directamente afectadas con los delitos perpetrados... la única manera de

¹⁰³ El contenido de este apartado se basa en *Cfr.* Morales Sánchez, Julieta, “El control de convencionalidad...”, *op. cit.*

¹⁰⁴ *Idem.*

¹⁰⁵ Benavides Hernández, Marcela, “Jurisprudencia sobre reparaciones”, en Astudillo, César y García Ramírez, Sergio (coords.), *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Organización, Funcionamiento y trascendencia*, México, Tirant lo Blanch, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2021, p. 965.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

garantizar este derecho para las víctimas pobres... o de autores no identificados que sustituya la marginalidad de la mayoría (de las víctimas).¹⁰⁶

La Corte Interamericana entiende a las garantías de no repetición como una forma de reparación integral. Basta ver sus sentencias recientes, por ejemplo: *Caso Azul Rojas Marín y otra*.¹⁰⁷ En dicha sentencia, las garantías de no repetición aparecen en el apartado VIII correspondiente a “reparaciones”. También puede verse el *Caso Casa Nina*¹⁰⁸ en donde las garantías de no repetición aparecen en el rubro IX.D dentro de las reparaciones; o el *Caso Guerrero, Molina y Otros*,¹⁰⁹ en donde en el rubro VIII.E se habla de las “medidas de no repetición”.

No obstante, se ha dicho que:

al seguir la lógica de la Corte IDH de calificar las garantías de no repetición como reparaciones, la apuesta por un derecho preventivo parece colisionar, en primer lugar, con un principio elemental del sistema que rige la responsabilidad internacional del Estado —de índole correctiva—: se es responsable por los hechos ilícitos y sólo se reparan los daños causados. Mientras que la reparación se orienta hacia el pasado, las garantías de no repetición, por definición, apuntan hacia el futuro. En consecuencia, queda en evidencia que la naturaleza de las garantías de no repetición difiere de aquella de las reparaciones, lo que impone revisar su identidad, para luego —eventualmente— sustentar su validez.¹¹⁰

Así, las garantías de no repetición “generan efectos directos colectivos o generales sobre grupos poblacionales que no han hecho

¹⁰⁶ Martínez, Mauricio, “Es tiempo de las víctimas. De su instrumentalización en el populismo punitivo a la justicia restaurativa en el pensamiento crítico y la justicia transicional” en Ferrajoli, Luigi y Martínez, Mauricio, *Fundamentos de la justicia transicional para Colombia. Es tiempo de las víctimas y de la reconstrucción*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Grupo Editorial Ibañez, 2017, pp. 83 y 84.

¹⁰⁷ Sentencia de 12 de marzo de 2020.

¹⁰⁸ Sentencia de 24 de noviembre de 2020.

¹⁰⁹ Sentencia de 3 de junio de 2021.

¹¹⁰ Londoño Lázaro, *Las garantías...*, op. cit., pp. 196 y 197.

parte del litigio internacional; es decir, que sus alcances benefician a terceros que no son declarados víctimas en el proceso, por lo que no pueden entenderse como modalidades de reparación”.¹¹¹

En razón de lo anterior, las garantías de no repetición por supuesto que tienen que ser parte integrante de sentencias internacionales y nacionales, pero no deberían de ser consideradas en el apartado de reparaciones. Restarle autonomía al concepto de garantía de no repetición contribuye a cuestionar su emisión y su naturaleza. Los tribunales tienen la total potestad de dictar o sugerir medidas o políticas públicas que puedan evitar la reproducción de violaciones a derechos humanos. Así, se ha dicho que

los tribunales cuentan con muchas respuestas posibles —más allá del “sí” y el “no”— para asegurar el cumplimiento de un derecho: ellos pueden, por caso, obligar al Poder Legislativo a satisfacer un derecho en un plazo determinado sin definir el modo en que debe hacerlo, o a justificar su negativa, o pueden convocar a una audiencia pública para que los poderes públicos diseñen la mejor forma de responder al problema, etcétera.¹¹²

Por lo tanto, es fundamental que las sentencias contengan garantías de no repetición. Si bien un caso sirve para detectar cuáles son las falencias estructurales de un Estado y propicia el dictado de dichas medidas, las garantías de no repetición no se agotan en dicho caso y tienen un efecto de irradiación sobre toda la actividad estatal. En esta lógica es importante crear al interior de las sentencias interamericanas y nacionales un apartado de garantías de no repetición que sea autónomo y desvinculado de los conceptos de reparación integral que se dicten en el caso específico.

Sería relevante, además, instaurar un mecanismo de seguimiento particular dentro de las sentencias de supervisión de cumplimiento, que permitiera un acatamiento más puntual al interior de

¹¹¹ Londoño Lázaro, María Carmelina y Hurtado, Mónica, “Las garantías de no repetición en la práctica judicial interamericana y su potencial impacto en la creación del derecho nacional” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLX, núm. 149, enero-abril de 2017, pp. 730 y 731.

¹¹² Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2012, p. 12.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

los Estados ya que, por tratarse justamente de modificaciones estructurales, son difíciles de cumplir y pueden retrasar el seguimiento y archivo de los casos. Una opción adicional es la de aglutinar o conjuntar el seguimiento por países que tengan sentencias o condenas recurrentes. Como ejemplo de supervisión de cumplimiento de una garantía de no repetición, se encuentran los casos de fuero militar para México que ordenaban la reforma del artículo 57 del Código de Justicia Militar para limitar dicha jurisdicción: *Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, Rosendo Cantú y otra, Cabrera García y Montiel Flores*. En los casos que sea procedente y posible, el seguimiento podría hacerse por bloque de sentencias y específicamente para las garantías de no repetición reiteradas en ellas; algo parecido ya se hizo por la Corte Interamericana.¹¹³

En otro orden, se ha criticado la emisión de las garantías de no repetición por parte de la Corte Interamericana, no sólo al interior de la misma. Si bien se entienden tanto la preocupación de Londoño Lázaro como algunos de sus razonamientos, no se comparte —en gran medida— su postura en los puntos que a continuación se mencionan.

La autora sostiene que las garantías de no repetición han sido diseñadas

para ejercer —desde el plano internacional— un control preventivo de violaciones recurrentes a los derechos humanos, pero no para sustituir la acción propia del Estado que es el primer comprometido con la realización de las obligaciones convencionales. Pensar lo contrario, por un lado, trasuntaría un idealismo de corto alcance: nunca será un organismo internacional quien esté

¹¹³ *Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 17 de abril de 2015. Aunque por aparte emitió otra determinación en la misma fecha, en donde también analiza la reforma al artículo 57 del Código de Justicia Militar: *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 17 de abril de 2015. En torno a este último caso, se emitió nueva resolución de supervisión de cumplimiento en lo relativo a la reforma del Código de Justicia Militar y al registro de detención de fecha 24 de junio de 2020. Y respecto a los primeros casos se separó nuevamente la supervisión que se había realizado en bloque, *cf.* *Caso Rosendo Cantú y otra*, Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de fecha 12 de marzo de 2020.

en mejores condiciones para decidir de qué modo concreto se garantiza mejor la no repetición de violaciones de los derechos humanos en un contexto local, en circunstancias concretas que le son en buena medida desconocidas.¹¹⁴

También afirma que

si cuando la Corte IDH ordena GNR lo hace sin una visión comprensiva de los problemas sociales y omitiendo la consideración de las consecuencias de esa decisión, puede caer en una posición poco responsable que, finalmente, afecte de manera grave decisiones importantes asumidas por el Estado para la resolución de sus problemas sociales. Cualquiera de los dos aspectos señalados constituye en un verdadero riesgo que amenaza no sólo la legitimidad de la práctica de las GNR, sino la legitimidad misma del órgano judicial que las emite.¹¹⁵

Por lo que finalmente, Londoño Lázaro sostiene que “desconocer el margen nacional de apreciación... no sólo rechaza el principio del *self-restrain* (*sic, self-restraint*) judicial, sino que además acarrea la violación del principio de subsidiaridad y con él, también, el principio de no intervención”.¹¹⁶

Se coincide con Londoño Lázaro en que el Estado es el principal y único responsable del cumplimiento de las obligaciones convencionales. Sin embargo, si bien es cierto que los jueces de la Corte Interamericana pueden no conocer la realidad de todos los países americanos, justamente por eso se presentan *amicus curiae* que, en múltiples ocasiones, establecen el contexto de las violaciones o la situación nacional que se vive, además de la opinión propia de las víctimas que el Estado tiene posibilidad de confrontar. Por lo tanto, la realidad no es desconocida para la Corte IDH, sino que forma parte del expediente. Además, una de las cualidades de sus sentencias es el abordaje del contexto como marco fáctico en el que ocurren las violaciones.

¹¹⁴ Londoño Lázaro, *Las garantías...*, *op. cit.*, pp. 306 y 307.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 306.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 308.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

Ahora bien, aunque la lógica diría que en efecto es el propio Estado quien está en mejores condiciones para decidir de qué forma garantizar la no repetición de los hechos en su territorio, la verdad es que creer esto es inocente o falaz. Posiblemente los Estados sepan cómo evitar la reiteración de las violaciones, pero de ser así surgen algunas preguntas: ¿por qué no modifican entonces su propia realidad?; si saben y conocen tan bien cómo mejorar las cosas y, a pesar de eso, no hacen nada ¿puede explicarse su inacción o simplemente no les importa? ¿o se dejan presionar por intereses político-económicos? Si saben cómo resolver sus propios problemas sociales y fingen miopía o ceguera y permanecen inmóviles, la situación es gravísima.

Entonces, es más lógico pensar que los Estados están tan inmersos en sus propias pugnas políticas o partidistas, en su lucha por conservar el poder, que realmente no saben cómo evitar violaciones a derechos humanos y no les interesa saber, porque si supieran o quisieran o pudieran hacerlo ya lo hubieran hecho, sin necesidad de una sentencia internacional que se los ordenara.

Por lo tanto, es la Corte Interamericana quien, con una visión de conjunto y con base en la experiencia de otros países y en su misión de aplicar y hacer respetar el derecho convencional, dicta las medidas de la forma más inteligente posible —o al menos, más inteligente que los propios Estados que han sido omisos, desobligados, negligentes o perezosos en perjuicio de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción—.

Posteriormente, la autora habla de la necesidad de respetar el margen nacional de apreciación lo cual, por supuesto, debe hacerse, pero con límites a fin de que los Estados no diseñen subterfugios para evadir el cumplimiento de las sentencias internacionales. Además, el margen nacional de apreciación puede llevar a una protección diferenciada de los derechos conforme a lo que cada Estado entienda, crea o decida, lo que es grave, ya que a pesar de que todos los países están regidos por un mismo marco convencional se pueden crear niveles de protección dispares afectando el objetivo del sistema interamericano que justamente es homogenizar o igualar la protección de la dignidad humana en el Continente.

La autora también habla de la necesidad de no rechazar el principio de *self-restraint*, lo cual sí llama la atención ya que la Real Academia de la Lengua Española en su “Diccionario panhispánico del español jurídico” define al *self-restraint* justamente como una “posición de autorrestricción de los tribunales; tendencia conservadora en la interpretación de las leyes que se atiende de modo estricto a su letra, al criterio seguido en actuaciones anteriores o a la adopción de las soluciones menos innovadoras del orden establecido”.¹¹⁷

Poyanco Bugueño afirma que

ante la posibilidad cierta de que el ejercicio indebido o ideológico de las facultades del Tribunal Constitucional entorpezca el ejercicio de las competencias asignadas al legislador, algunos autores, tanto en el mundo del derecho continental como en la corriente del *Common Law*, han teorizado acerca de la necesidad de que aquél ejerza sus atribuciones con moderación. Dicha moderación ha recibido el nombre de *judicial self-restraint*, autorrestricción, deferencia judicial o deferencia razonada.¹¹⁸

Por supuesto no se pugna a favor del activismo judicial ni del gobierno de jueces, menos aún de que se vulnere la separación de funciones o de poderes en un Estado. Pero jamás se pediría a la Corte IDH —que sortea muchos obstáculos y hace un gran papel a favor del continente y para la defensa efectiva de la dignidad humana— que sea moderada, que sea conservadora y que se “contenga” al momento de dictar sus resoluciones para no herir susceptibilidades de los gobiernos.

Finalmente, parece exagerado sostener que podría haber una violación de los principios de subsidiaridad y de no intervención, como se afirma. Suena a un resabio soberanista decimonónico, ya no aplicable en 2021. Los países suscriben tratados internacionales y aceptan la competencia de órganos internacionales,

¹¹⁷ <https://dpej.rae.es/lema/self-restraint>.

¹¹⁸ Poyanco Bugueño, Rodrigo Andrés, “Los jueces constitucionales, la política y la deferencia judicial”, en *Derecho Público Iberoamericano*, Santiago de Chile, núm. 2, abril de 2013, p. 80.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

precisamente en ejercicio de su soberanía; por lo que la Corte Interamericana tiene plena competencia para dictar en sus sentencias las medidas que sean necesarias para defender los derechos humanos. Jamás se esperaría suplir al Estado, quien es el único responsable y obligado de respetar los derechos, pero la Corte IDH sí puede y debe señalar las violaciones al orden internacional, los focos rojos que existen al interior de los países e indicar a los Estados las acciones a realizar para cumplir con sus obligaciones convencionales.

En ese sentido, se afirma que la “reciente tendencia a forzar a las cortes nacionales a aplicar de forma directa la CADH y a ignorar o invalidar las leyes nacionales que violan la CADH, es un logro extraordinario”.¹¹⁹

Reafirmando los argumentos antes planteados, se ha sostenido que

parecería fácil pintar la interpretación evolutiva de la Corte Interamericana como ‘activismo judicial’, que sobrepasa su mandato, o que es *ultra vires* y por lo tanto ilegal. Sin embargo, pocas instituciones domésticas han llegado a esa conclusión. Muchos aceptan este desarrollo como legal y legítimo ¿Por qué? Porque esta interpretación evolutiva no fue unilateral, ni un proceso impuesto desde arriba por una Corte en busca de hegemonía. Al contrario, fue un proceso común de múltiples actores.¹²⁰

Claramente hay que reconocer que “no todos están de acuerdo con que la Corte (IDH) asuma este mandato poderoso y transformador. Sin embargo, las fuerzas que interpretan la Convención de esta manera tienen suficientes argumentos para apoyar su legalidad y lo que reviste igual importancia, han reunido suficiente apoyo

¹¹⁹ Novack, Manfred, “Autoridad y legitimidad de las Cortes Regionales. Impacto, resistencia, dificultades y retos”, en *Diálogo entre Cortes Regionales de Derechos Humanos*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020, p. 145, <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/dialogo-es.pdf>.

¹²⁰ Von Bogdandy, Armin, “El mandato del Sistema Interamericano. Constitucionalismo transformador por un derecho común de derechos humanos” en *ibidem*, p. 68.

para seguir en este camino”.¹²¹ Y aquí valdría plantear lo siguiente: en un continente como el americano, marcado por la pobreza, la desigualdad, la injusticia, la impunidad, la discriminación —todas ellas ofensivas—, si la Corte IDH no asume ese necesario e ingente papel, entonces ¿quién lo hará? ¿los Estados? Esa es justamente la utopía.

Las garantías de no repetición tienen una naturaleza preventiva y de incidencia colectiva: buscan modificar situaciones estructurales o relaciones asimétricas de poder que reproducen violaciones a los derechos humanos, por ello se reitera que son un concepto autónomo e independiente que permite prevenir las violaciones de derechos humanos y su infinita reiteración.

Finalmente, no sobra mencionar que en la mayoría de países americanos existe un déficit de acceso a la justicia a nivel doméstico, que se proyecta también a nivel interamericano: casi ningún caso llega a sede interamericana a pesar de los esfuerzos que se han realizado; es decir, a pesar del Fondo de Asistencia Legal a Víctimas y del Defensor Interamericano, entre otros. Por eso la relevancia de las garantías de no repetición para socializar los beneficios de la existencia del sistema y del diagnóstico ya realizado en un caso específico sobre la realidad nacional; todo ello como base o fuente de políticas públicas de incidencia general.

B. Algunos ejemplos de garantías de no repetición como posible fuente de políticas públicas

Corresponde ahora hablar de la actividad de la Corte Interamericana como fuente para la edificación de políticas públicas convencionales al interior de los Estados. Existen múltiples ejemplos —aquí solamente se mencionarán algunos de ellos para efectos ilustrativos—, pero no sobra decir que la jurisprudencia interamericana es fundamental para orientar el contenido de las políticas públicas y las establece como condición y vía para la no repetición de hechos violatorios de derechos humanos. Claramente las garantías de no

¹²¹ *Ibidem*, p. 69.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

repetición tienen una incidencia o beneficio colectivo: al mejorar una situación particular se evitan que las violaciones a los derechos se reproduzcan.

Puede afirmarse que prácticamente de cada sentencia interamericana puede desprenderse, al menos, dos fuentes de políticas públicas para distintos destinatarios:

BLOQUE 1. Instrucciones de garantías de no repetición, a título de reparaciones, dirigidas al Estado condenado en el caso específico.

BLOQUE 2. Una o varias líneas jurisprudenciales surgidas de la interpretación que realiza la Corte IDH de los textos convencionales en sus sentencias por lo que son parte integrante de dichos tratados y están dirigidas a todos los Estados parte del sistema para generar políticas públicas domésticas. El diseñar e implementar políticas públicas congruentes con la jurisprudencia interamericana puede evitar que los Estados incurran en responsabilidad internacional, por ello es fundamental incentivar el uso de estas líneas jurisprudenciales y conocer/aplicar toda la jurisprudencia interamericana y no solamente los criterios vertidos en los casos condenatorios para el país de que se trate. Este ejercicio es como un “control de convencionalidad en sede ejecutiva o administrativa”¹²² que permite verificar la compatibilidad de todas las políticas públicas con el marco normativo internacional, entendiendo por éste, tanto el texto del tratado como la interpretación que de él ha realizado el órgano autorizado, es decir, la Corte IDH.

A continuación, se enunciarán algunos ejemplos relacionados a las dos posibles fuentes, con base en las sentencias emitidas.

BLOQUE 1

Una postura extensiva o progresista permitiría retomar las garantías de no repetición de sentencias dictadas a países diversos del propio continente, a fin de utilizarlas como fuente de políticas públicas internas. Sin embargo, en este primer momento se postula que los países —al menos— deben atender las garantías de

¹²² Para profundizar en este aspecto, *cf.* Morales Sánchez, Julieta, *Políticas públicas...*, *op. cit.*, pp. 115-122.

no repetición contenidas en las sentencias emitidas en su contra y, como ya se abordó *supra*, las directrices dictadas en todas las opiniones consultivas (ya que tiene un carácter más abstracto). Si se proyectara la clasificación clásica de los mecanismos de control constitucional sobre las resoluciones interamericanas, se encontraría que las sentencias serían mecanismos de control concreto de la convencionalidad y las opiniones consultivas —en lo general y de la OC-17 a la fecha, en lo particular— se podrían entender como mecanismos de control abstracto de la convencionalidad.

A continuación, solamente se mencionarán algunos ejemplos, ya que en todas las sentencias se contienen líneas y políticas públicas a implementar por parte de los Estados condenados.

Respecto a México, en el *Caso González y otras*, se estableció el deber de

continuar con la estandarización de todos sus protocolos, manuales, criterios ministeriales de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia, utilizados para investigar todos los delitos que se relacionen con desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres, conforme al Protocolo de Estambul, el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas y los estándares internacionales de búsqueda de personas desaparecidas, con base en una perspectiva de género.¹²³

Se ordenó también crear una

página electrónica que contendrá la información personal necesaria de todas las mujeres, jóvenes y niñas que desaparecieron en Chihuahua desde 1993 y que aún continúan desaparecidas. Dicha página electrónica deberá permitir que cualquier individuo se comuniquen por cualquier medio con las autoridades, inclusive de manera anónima, a efectos de proporcionar información relevante sobre el paradero de la mujer o niña desaparecida o, en su caso, de sus restos.¹²⁴

¹²³ *Caso González y otras* (“*Campo Algodonero*”), Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 502.

¹²⁴ *Ibidem*, párr. 508.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

Y la Corte IDH también ordenó:

la creación o actualización de una base de datos que contenga la información personal disponible de mujeres y niñas desaparecidas a nivel nacional; ii) la creación o actualización de una base de datos con la información personal que sea necesaria, principalmente genética y muestras celulares, de los familiares de las personas desaparecidas que consientan —o que así lo ordene un juez— para que el Estado almacene dicha información personal únicamente con objeto de localizar a la persona desaparecida, y iii) la creación o actualización de una base de datos con la información genética y muestras celulares proveniente de los cuerpos de cualquier mujer o niña no identificada que fuera privada de la vida en el estado de Chihuahua. El Estado en todo momento deberá proteger los datos personales contenidos en dichas bases de datos.¹²⁵

Respecto a capacitación, se instruyó al Estado que continúe implementando:

... programas y cursos permanentes de educación y capacitación en: i) derechos humanos y género; ii) perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género, y iii) superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres.

... Los programas y cursos estarán destinados a policías, fiscales, jueces, militares, funcionarios encargados de la atención y asistencia legal a víctimas del delito y a cualquier funcionario público, tanto a nivel local como federal, que participe directa o indirectamente en la prevención, investigación, procesamiento, sanción y reparación. Dentro de dichos programas permanentes deberá hacerse una especial mención a la presente Sentencia y a los instrumentos internacionales de derechos humanos, específicamente, a los relativos a violencia por razones de género, entre ellos la Convención Belém do Pará y la CEDAW, tomando en cuenta cómo ciertas normas o prácticas en

¹²⁵ *Ibidem*, párr. 512.

el derecho interno, sea intencionalmente o por sus resultados, tienen efectos discriminatorios en la vida cotidiana de las mujeres. Los programas deberán también incluir estudios sobre el Protocolo de Estambul y el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas. El Estado deberá informar anualmente, durante tres años, sobre la implementación de los cursos y capacitaciones.

... Además, teniendo en cuenta la situación de discriminación en contra de la mujer reconocida por el Estado, es necesario que éste realice un programa de educación destinado a la población en general del estado de Chihuahua, con el fin de superar dicha situación. A tal efecto, el Estado deberá presentar un informe anual por tres años, en el que indique las acciones que se han realizado con tal fin.¹²⁶

En torno a la grave problemática de violencia de género, también se emitió la Sentencia del *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco*, en la que se establecieron las siguientes garantías de no repetición para México:

ordenar al Estado la creación e implementación, en el plazo de dos años, de un plan de capacitación de oficiales de la Policía Federal y del estado de México orientado a: (i) sensibilizar a los miembros de los cuerpos de policía en abordar con perspectiva de género los operativos policiales, el carácter discriminatorio de los estereotipos de género como los empleados en este caso y el absoluto deber de respeto y protección de la población civil con la que entran en contacto en el marco de sus labores orden público, así como a (ii) capacitar a los agentes de policía sobre los estándares en materia del uso de la fuerza en contextos de protesta social establecidos en esta Sentencia y en la jurisprudencia de esta Corte. Este plan de capacitación debe ser incorporado en el curso de formación regular de los miembros del cuerpo de policía federal y estadual.

... De igual manera, la Corte dispone que el Estado deberá establecer al nivel federal un observatorio independiente que

¹²⁶ *Ibidem*, párrs. 541-543.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

permita dar seguimiento a la implementación de las políticas en materia de rendición de cuentas y monitoreo del uso de la fuerza de la Policía Federal y la policía del estado de México, dentro del cual se permita la participación de miembros de la sociedad civil. Asimismo, dicho observatorio deberá generar información que permita realizar mejoras institucionales en la materia. Para tales efectos, el Estado deberá generar sistemas de información que permitan: (i) evaluar la efectividad de los mecanismos existentes de supervisión y fiscalización de los operativos policiales antes, durante y después del uso de la fuerza, y (ii) brindar retroalimentación sobre las mejoras institucionales que correspondan de acuerdo con la información obtenida por medio del observatorio. Para el cumplimiento de esta medida el Estado deberá acreditar la creación del observatorio, con las características especificadas, así como su puesta en funcionamiento. Sin embargo, la Corte no supervisará su implementación.¹²⁷

Adicionalmente, la Corte IDH consideró pertinente ordenar al Estado que, en un plazo de dos años, elaborara

un plan de fortalecimiento calendarizado del Mecanismo de Seguimiento de Casos de Tortura Sexual cometida contra Mujeres, que incluya la asignación de recursos para el cumplimiento de sus funciones en el territorio nacional, y establezca plazos anuales para la presentación de informes. En particular, el Estado deberá incluir dentro de las funciones del mecanismo la realización de un diagnóstico del fenómeno de la tortura sexual a mujeres en el país y formular propuestas de políticas públicas de manera periódica.¹²⁸

A fin de mostrar la cercanía de las medidas de no repetición ordenadas por la Corte IDH a distintos países, pero sobre los mismos temas/problemáticas, se retomará a continuación la Sentencia del *Caso Vicky Hernández y otras*.

¹²⁷ *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco*, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, párrs. 355 y 356.

¹²⁸ *Ibidem*, párr. 360.

En este caso la Corte IDH ordenó al Estado de Honduras:

crear e implementar, en el plazo de dos años, un plan de capacitación permanente para agentes de los cuerpos de seguridad del Estado para: a) sensibilizar a los miembros de los cuerpos de seguridad del Estado en cuanto al respeto de la orientación sexual y expresión de género en sus intervenciones a civiles; b) capacitarlos sobre los estándares en materia de debida diligencia en la conducción de investigaciones relacionados con hechos de violencia contra personas LGBTI; c) insistir sobre el carácter discriminatorio que tienen los estereotipos de orientación sexual y expresión de género y el impacto negativo que su utilización tiene sobre las personas LGBTI, e d) instruir sobre los derechos de las personas que desarrollan actividades vinculadas con el trabajo sexual, con la labor de defensa de derechos humanos de la población LGBTI, y con las personas que viven con VIH, así como sobre la forma de desempeñar sus funciones en relación con esas mismas personas. Este plan de capacitación debe ser incorporado en el curso de formación regular de los cuerpos de Policía... Del mismo modo, los colectivos y organizaciones que se dedican a la protección de los derechos de las personas *trans* deberán participar en la planeación y ejecución de esos cursos de formación y capacitación.¹²⁹

Además, instruyó al Estado que:

... en el plazo de dos años contados a partir de la notificación de la presente Sentencia, adopte un procedimiento para el reconocimiento de la identidad de género. Este procedimiento deberá permitir a las personas adecuar sus datos de identidad, en los documentos de identidad y en los registros públicos, de tal forma que éstos sean conformes a su identidad de género auto-percibida.

... La adopción de ese procedimiento para el reconocimiento de la identidad de género deberá ser conforme a lo dispuesto en la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017.

¹²⁹ Caso *Vicky Hernández y otras*, Sentencia de 26 de marzo de 2021, párrs. 168 y 169.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

En particular, el mismo deberá garantizar que las personas interesadas en la rectificación de la anotación del género o en su caso a las menciones del sexo, en cambiar su nombre, adecuar su imagen en los registros y/o en los documentos de identidad de conformidad con su identidad de género auto-percibida, puedan acudir a un procedimiento o un trámite: a) enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) confidencial, siendo además que los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) expedito, y en la medida de lo posible, debe tender a la gratuidad; e) no debe exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales, y f) sin que se requiera necesariamente que sea regulado por una ley. Por último, el Estado deberá presentar un informe cada seis meses desde la notificación de la presente Sentencia, indicando de forma detallada los pasos que han sido adoptados para cumplir con esta medida.¹³⁰

Además, debe adoptar, en el plazo de dos años:

un protocolo de investigación y administración de justicia durante los procesos penales para casos de personas LGBTI víctimas de violencia. El protocolo debe tener carácter vinculante de acuerdo con la normativa interna. Este protocolo deberá estar dirigido a todos los funcionarios públicos que intervengan en la investigación y tramitación de procesos penales en casos de personas LGBTI víctimas de violencia, así como al personal de salud público y privado que participe en dichas investigaciones. Dicho protocolo deberá incluir la obligación de que los agentes estatales se abstengan de hacer uso de presunciones y estereotipos discriminatorios al momento de recibir, procesar e investigar las denuncias.¹³¹

¹³⁰ *Ibidem*, párrs. 172 y 173.

¹³¹ *Ibidem*, párr. 176.

También ordenó al Estado que:

... diseñe inmediatamente e implemente en un plazo de un año, a través del organismo estatal correspondiente, un sistema de recopilación de datos y cifras vinculadas a los casos de violencia contra las personas LGBTI, con el fin de evaluar con precisión y de manera uniforme el tipo, la prevalencia, las tendencias y las pautas de la violencia y la discriminación contra las personas LGBTI, desglosando los datos por comunidades, el origen étnico, la religión o las creencias, el estado de salud, la edad, y la clase o la situación migratoria o económica. Además, se deberá especificar la cantidad de casos que fueron efectivamente judicializados, identificando el número de acusaciones, condenas y absoluciones. Esta información deberá ser difundida anualmente por el Estado a través del informe correspondiente, garantizando su acceso a toda la población en general, y deberá garantizar la reserva de identidad de las víctimas. A tal efecto, el Estado deberá presentar a la Corte un informe anual durante tres años a partir de la implementación del sistema de recopilación de datos, en el que indique las acciones que se han realizado para tal fin.¹³²

Como puede verse Honduras y México prácticamente coinciden en las políticas públicas nacionales a implementar o son muy semejantes o convergentes. Incluso esta última medida dictada para Honduras es idéntica a la ordenada a Perú en el *Caso Azul Rojas Marín y otra*.¹³³

¹³² *Ibidem*, párr. 179.

¹³³ *Caso Azul Rojas Marín y otra...*, *op. cit.*, párr. 252. Que a la letra dispuso: “252. La Corte valora positivamente los avances del Estado peruano en la recopilación de datos sobre violencia contra las personas LGBTI. No obstante, el Tribunal entiende que es necesario recolectar información integral sobre la violencia que sufren las personas LGBTI para dimensionar la magnitud real de este fenómeno y, en virtud de ello, diseñar las estrategias para prevenir y erradicar nuevos actos de violencia y discriminación. Por tanto, la Corte ordena al Estado que diseñe inmediatamente e implemente en un plazo de un año, a través del organismo estatal correspondiente, un sistema de recopilación de datos y cifras vinculadas a los casos de violencia contra las personas LGBTI, con el fin de evaluar con precisión y de manera uniforme el tipo, la prevalencia, las tendencias y las pautas de la violencia y la discriminación contra las personas LGBTI, desglosando los datos por comunidades, la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, el estado de salud, la edad, y la clase o la situación migratoria o económica. Además, se deberá especificar la cantidad de casos que fueron efectivamen-

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

Lo anterior es una muestra de la relevancia de retomar las garantías de no repetición contenidas en las sentencias de la Corte IDH, ya que ello permitiría a los Estados mejorar la situación de los derechos humanos en su territorio y adecuar sus políticas al marco convencional. El que aún no se haya emitido sentencia de la Corte Interamericana en contra de algún país en particular, sobre alguna violación a derechos humanos, no significa que esa problemática no exista en su territorio o que los derechos se garanticen de forma efectiva; solo quiere decir que los casos aún no han llegado al Sistema Interamericano o a la Corte Interamericana, por lo que sería fundamental retomar estas líneas jurisprudenciales y garantías de no repetición para evitar que en el futuro se le finque responsabilidad internacional a ese Estado.

En ese orden sería conveniente que, a fin de dotarle de mayor institucionalidad, la misma Corte IDH como parte de sus labores de promoción —como ya lo ha hecho y casi a modo de cuadernillo—¹³⁴ pudiera sistematizar las garantías de no repetición que tienen mayor reiteración en casos, a fin de que puedan ser valoradas por las autoridades nacionales de todos los países.

Por otro lado, y vinculado a pueblos indígenas, la Corte Interamericana ordenó a la Argentina, de conformidad con el marco de las competencias y funciones propias de su sistema de organización federal:

adoptar las medidas pertinentes a fin de que: a) las medidas normativas y/o de otro carácter ordenadas... sean de aplicación tanto respecto al Estado nacional como a todas las entidades federativas, y b) respecto de las acciones de reconocimiento, implementación o garantía de los derechos de pueblos o comunidades indígenas al reconocimiento de la propiedad colectiva, se asegure la coordinación del ámbito federal y de las entidades federativas, de modo que las actuaciones desarrolladas en uno de tales ámbitos tengan validez

te judicializados, identificando el número de acusaciones, condenas y absoluciones. Esta información deberá ser difundida anualmente por el Estado a través del informe correspondiente, garantizando su acceso a toda la población en general, así como la reserva de identidad de las víctimas. A tal efecto, el Estado deberá presentar a la Corte un informe anual durante tres años a partir de la implementación del sistema de recopilación de datos, en el que indique las acciones que se han realizado para tal fin”.

¹³⁴ <https://www.corteidh.or.cr/publicaciones.cfm>.

en los otros y que se evite la duplicidad, superposición o contradicción de procedimientos o actos jurídicos. Por último, el Estado deberá presentar un informe cada seis meses desde la notificación de la presente Sentencia, indicando de forma detallada los pasos que han sido adoptados para cumplir con esta medida.¹³⁵

Posteriormente, en interpretación de esa sentencia, la Corte IDH precisó:

... la Corte, evacuando la solicitud de interpretación presentada por los representantes de las víctimas, precisa lo que sigue: *las medidas que debe adoptar el Estado... deben ser aptas para posibilitar medios adecuados de reclamación y reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena*, en una forma que dote de seguridad jurídica al derecho de propiedad comunitaria, considerando los diversos aspectos que integran ese derecho... entre ellos, la “*garant[ía de] la participación efectiva*” de comunidades indígenas, mediante la consulta previa, libre e informada, de conformidad con las consideraciones efectuadas en la presente Sentencia de Interpretación.¹³⁶

... las medidas legislativas y/o de otro carácter que adopte el Estado para dotar de seguridad jurídica al derecho de propiedad comunitaria indígena, deben incluir, entre los distintos aspectos que comprende este derecho, la consulta previa, libre e informada (cursivas propias).¹³⁷

Esto es fundamental y aunque la sentencia fue emitida en contra de la Argentina, debería de ser considerada por muchos países, entre ellos México, particularmente a raíz de las graves problemáticas y violaciones a derechos humanos de los pueblos indígenas en nuestro territorio.

¹³⁵ Caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra)..., *op. cit.*, párr. 357.

¹³⁶ Caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2020, párr. 30.

¹³⁷ *Ibidem*, párr. 31.2.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

Finalmente, como fuente de política para Ecuador —con deber de extensión para todos los Estados parte de la CADH— se encuentra la sentencia del *Caso Guachalá Chimbo y otros*, en donde se establecieron las siguientes medidas de no repetición:

... la Corte considera conveniente ordenar al Estado regular, en el plazo de dos años contados a partir de la notificación de la presente Sentencia, de forma específica, la obligación internacional de brindar apoyos a las personas con discapacidad para que éstas puedan dar su consentimiento informado a tratamientos médicos... el Estado deberá establecer expresamente la obligación de brindar apoyos a las personas con discapacidad, para así garantizar el derecho a la salud sin discriminación.¹³⁸

... esta Corte considera pertinente ordenar al Estado que diseñe e implemente, en un plazo de un año y por una única vez, un curso de capacitación sobre el consentimiento informado y la obligación de brindar apoyos a las personas con discapacidad dirigido al personal médico y sanitario del Hospital Julio Endara.

... (también) se ordena al Estado que diseñe una publicación o cartilla que desarrolle en forma sintética, clara, accesible y de lectura fácil los derechos de las personas con discapacidad al recibir atención médica, así como las obligaciones del personal médico al proveer la atención a las personas con discapacidad, en la que se deberá hacer mención específica al consentimiento previo, libre, pleno e informado y la obligación de brindar los apoyos necesarios a las personas con discapacidad. Dicha publicación deberá estar disponible en todos los hospitales públicos y privados del Ecuador, tanto para las pacientes como para el personal médico, así como en el sitio web del Ministerio de Salud Pública. En el mismo sentido, el Estado deberá realizar un video informativo sobre los derechos de las personas con discapacidad al recibir atención médica, así como las obligaciones del personal médico al proveer la atención a las personas con discapacidad, en el que se deberá hacer mención específica al consentimiento previo, libre, pleno e informado y la obligación de brindar los apoyos necesarios a las personas con discapacidad. Dicho video deberá estar disponible en el sitio web del Ministerio de Salud Pública, y en la medida de

¹³⁸ *Caso Guachalá Chimbo y otros*, Sentencia de 26 de marzo de 2021, párr. 245.

lo posible, deberá ser proyectado en los hospitales públicos. El Estado deberá informar anualmente sobre la implementación de esta medida por un período de tres años una vez se inicie la implementación de dicho mecanismo.¹³⁹

... la Corte considera oportuno que el Estado desarrolle en el plazo de un año un protocolo de actuación en casos de desapariciones de personas hospitalizadas en centros de salud públicos, que contemple los estándares desarrollados en la presente sentencia respecto de la obligación de notificar a las autoridades competentes para que se inicie una investigación.¹⁴⁰

Como puede apreciarse la Corte Interamericana cada vez avanza más en la definición de las garantías de no repetición y es más específica en qué se debe de hacer por los Estados y cómo tienen que hacerlo o con qué características. Adicionalmente, cuando ello no sucede, las víctimas lo han solicitado por medio de la interpretación de sentencia.

Aquí quizás sea conveniente hacer una precisión o un señalamiento: nada de lo expuesto en este trabajo tiene la finalidad de menoscabar las competencias y distribución de funciones al interior de los Estados, conforme a su marco normativo. Todas las propuestas que han sido y serán planteadas en el presente libro estiman la necesidad de valoración y definición final por parte de las autoridades nacionales; es decir, la Corte IDH, la CIDH, o los órganos de la ONU proporcionan directrices de políticas públicas y constituyen fuente de las mismas, pero —por más descriptivas que sean— siempre queda un amplio margen de operatividad, definición y ejecución para las autoridades nacionales.

Adicionalmente, hay que recordarles a las autoridades nacionales dos cosas: 1) que el marco convencional es parte de su derecho interno por su propia decisión y ejercicio de soberanía; y 2) que las garantías de no repetición son de obligatorio cumplimiento y no están sujetas a ningún factor ni circunstancia; y que si bien, las resoluciones de la ONU o los informes de la CIDH o las opiniones consultivas de la Corte IDH no son formalmente vinculantes, el

¹³⁹ *Ibidem*, párrs. 250 y 251.

¹⁴⁰ *Ibidem*, párr. 253.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

conocerlas, guiarse por ellas y darles cumplimiento tiene múltiples beneficios para los Estados y para las instituciones: mejoran su funcionamiento y desempeño; ganan legitimidad ante la población; previenen violaciones a derechos humanos, cumpliendo así con el marco normativo constitucional-convencional; y libran a los países de futuras condenas de responsabilidad internacional.

BLOQUE 2

Existen amplísimas líneas jurisprudenciales que pueden ser fuente de políticas públicas, muchas de ellas han sido reiteradas en diversos casos.¹⁴¹ En México todas son vinculantes para todos los jueces nacionales, sin importar el país contra el que fue emitida la sentencia.¹⁴² Ello obedece a una lógica muy sencilla: la Corte IDH en todas sus sentencias está interpretando la CADH u otros tratados, por lo que dicha interpretación es parte integrante del tratado, el cual fue ratificado por los Estados. Dicha interpretación actualiza y desentraña el sentido y alcance de los textos convencionales por lo que se integra al texto normativo, tal y como sucede con los Po-

¹⁴¹ Cfr. Rubro: “Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona”. Tesis: P./J. 21/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, abril de 2014, t. I, p. 204.

¹⁴² Para profundizar en las líneas jurisprudenciales, véase diversos artículos de la autoría de García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta: “Vocación transformadora de la jurisprudencia interamericana”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 24 (1), enero/junio 2020, p. 32, <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=1435&IDA=39027> “Hacia el ius commune interamericano. La jurisprudencia de la Corte IDH en 2013-2016”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 20, 2016, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 433-463, <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=1369&IDA=37899> “Afirmaciones y novedades en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009-2012)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 17, 2013, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 441-477, <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=1312&IDA=36783> “La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el periodo 2007-2009”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 13, 2009, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 497-540, <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=681&IDA=27566> y Morales Sánchez, Julieta, “Los derechos económicos, sociales..., *op. cit.*”

deres judiciales y las normas domésticas: la jurisprudencia emitida por los órganos autorizados es parte integrante de las normas y debe ser observada como vinculante.

No sobra decir que la Corte IDH se ha pronunciado sobre una amplísima diversidad de temas por lo que en el siguiente apartado se ha hecho una selección de tópicos de la jurisprudencia interamericana a fin de mostrar que las sentencias de la Corte IDH deben leerse en clave de políticas públicas y que todos los servidores públicos que trabajan en las dependencias estatales de cualquier país americano deben analizar la conformidad de dicha jurisprudencia con las políticas públicas que diseñan e impulsan.

Así, a continuación, se exponen algunos ejemplos de líneas jurisprudenciales —literales, cuasi literales o fraseadas— establecidas por la Corte Interamericana, debajo de cada una de ellas se cita el caso correspondiente; de todas ellas se pueden desprender políticas públicas ejecutables en todos los Estados parte del sistema regional de protección de derechos.

a. Obligación del Estado de fiscalizar o supervisar servicios de salud proporcionados por particulares

Con respecto a la obligación del Estado relacionada con la atención médica en instituciones privadas, la Corte IDH ha sostenido que el deber de supervisión y fiscalización es del Estado, aun cuando el servicio de salud lo preste una entidad privada. El Estado mantiene la obligación de proveer servicios públicos y de proteger el bien público respectivo.

Cuando un paciente está bajo el cuidado directo del Estado o de un hospital privado que tenga convenio o contrato con aquél, debe responder el Estado por las violaciones a derechos que sufra el paciente. La Corte IDH cita al TEDH para señalar que el Estado mantiene el deber de otorgar licencias y ejercer supervisión y el control sobre instituciones privadas. Cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, sea por entidades públicas o privadas (como es el caso de un hospital privado), la responsabilidad

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

resulta de la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo.

Caso Gonzales Lluy y otros, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, párr. 184.

b. VIH y discapacidad

La Corte IDH afirma que, como producto de la evolución del concepto de discapacidad, el modelo social en esta materia entiende aquélla como el resultado de la interacción entre las características funcionales de una persona y las barreras de su entorno. Por ello, la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva.

La Corte IDH puntualiza que el convivir con el VIH no es *per se* una situación de discapacidad. Sin embargo, en algunas circunstancias, las barreras actitudinales que enfrenta una persona por vivir con el VIH generan que las circunstancias de su entorno la coloquen en una situación de discapacidad, bajo la conceptualización que a este respecto establece la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Caso Gonzales Lluy y otros, cit.*, párrs. 236-238.

c. Acceso a expediente médico

Tanto en el supuesto de fallecimiento del paciente como en otras hipótesis, las normas domésticas pueden disponer que se proporcione el expediente médico a los familiares directos o a terceros que acrediten interés legítimo en conocerlo. *Caso Albán Cornejo y otros*, Sentencia de 22 de noviembre de 2007, párr. 67.

d. Libertad de expresión

El Estado debe abstenerse de actuar en forma que propicie, estimule, favorezca o profundice la vulnerabilidad en la que se encuentran, por situaciones de riesgo, determinadas personas al ejercer la libertad de expresión. Aquél ha de adoptar, cuando sea pertinente,

medidas necesarias y razonables para prevenir o proteger derechos e investigar los hechos que los vulneren. *Caso Ríos y otros*, Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 107; y *Caso Perozo y otros*, Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 118.

e. Pluralidad y no monopolios de medios de comunicación

El pluralismo de ideas en los medios no se puede medir a partir de la cantidad de medios de comunicación, sino de que las ideas y la información transmitidas sean efectivamente diversas y estén abordadas desde posturas divergentes sin que exista una única visión o postura. Lo anterior debe tenerse en cuenta en los procesos de otorgamiento, renovación de concesiones o licencias de radiodifusión. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión)*, Sentencia de 22 de junio de 2015, párrs. 170 y 171.

f. Expropiación

La privación de bienes debe fundarse en razones de utilidad pública o interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, limitarse a los casos previstos en la ley. El pago de indemnización se halla amparado por el Derecho internacional y deriva de la necesidad de alcanzar un razonable equilibrio entre los intereses general y particular que entran en colisión.

La indemnización debe ser adecuada, pronta y efectiva. Para que resulte adecuada, se debe tomar como referencia el valor comercial del bien expropiado anterior a la declaratoria de utilidad pública y servir al mencionado equilibrio entre el interés general y el interés particular. *Caso Salvador Chiriboga*, Sentencia de 6 de mayo de 2008, párrs. 6, 96 y 98.

g. Personalidad jurídica de pueblos indígenas y concesiones

El reconocimiento de la personalidad jurídica del pueblo indígena o tribal, es una forma de asegurar que la comunidad podrá gozar y ejercer

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

plenamente el derecho a la propiedad, así como el derecho a recibir igual protección judicial contra la afectación de aquel derecho. *Caso del Pueblo Saramaka*, Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 171.

El Estado puede restringir el derecho de propiedad mediante concesiones para exploración y extracción de recursos naturales que se hallan dentro del territorio de los pueblos indígenas, si garantiza la participación efectiva y el beneficio de éstos, y realiza o supervisa evaluaciones previas de impacto ambiental o social. *Caso del Pueblo Saramaka, cit.*, párr. 134.

h. Aseguramiento y depósito de bienes vinculados a ilícitos

Es admisible el aseguramiento y depósito de bienes vinculados con actividades ilícitas, cuando sea necesario hacerlo para garantizar la investigación y el pago de las responsabilidades pecuniarias o para evitar la pérdida o deterioro de pruebas sobre los delitos cometidos. La adopción y supervisión de estas medidas corresponde a las autoridades judiciales para evitar que la medida se convierta en una pena anticipada, que constituiría una restricción improcedente del derecho a la propiedad.

Los bienes que incauta el Estado, en operaciones contra el narcotráfico, quedan bajo la custodia de aquél, que adquiere una posición de garante en relación con el buen uso y la conservación de los bienes. A este respecto, se reitera que las medidas cautelares no tienen carácter sancionatorio. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 188.

i. Derecho de circulación y residencia

El disfrute del derecho de circulación y establecimiento de residencia no depende del motivo que tenga su titular para circular o permanecer en determinado lugar. Ese derecho puede resultar vulnerado por restricciones *de facto*, cuando el Estado no haya establecido las condiciones, ni provisto las garantías necesarias para que transite o resida con libertad en el lugar de su elección; dichos supuestos abarcan amenazas y hostigamientos provenientes

tes de actores no estatales. *Caso Valle Jaramillo y otros*, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 138.

j. Acceso a cargos públicos

El respeto y garantía del derecho a acceder a un cargo público se cumple cuando los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución sean razonables y objetivos, y las personas no sean objeto de discriminación en el ejercicio de este derecho. *Caso Apitz Barbera*, Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 206; y *Caso Reverón Trujillo*, Sentencia de 30 de junio de 2009, párr. 138.

k. Prisión preventiva

Una medida cautelar especialmente compleja es la prisión preventiva. Esta privación de libertad, previa a la condena, debe ser una medida excepcional. No debe constituir la regla en el ejercicio de la persecución penal por parte del Estado. Se podrá ordenar la prisión preventiva de un procesado sólo de manera excepcional y cuando, por ejemplo, no existan otras garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. La aplicación de medidas privativas de libertad, en forma consecuente con la CADH, debe conllevar un carácter excepcional y respetar el principio de presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática; y la presunción de inocencia exige que las autoridades estatales sean discretas y prudentes al realizar declaraciones públicas sobre un proceso penal.

Caso J. vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párrs. 228 y 157; y *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche)*, Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 310.

l. No devolución, extradición y asilo

Las personas que pretenden adquirir la condición de asilados no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

adecuado e individualizado de sus peticiones. Por ello, los Estados deben asegurarse (de) que la persona que solicita asilo se encuentra en la capacidad de acceder a una protección internacional apropiada mediante procedimientos justos y eficientes de asilo en el país a donde se le estaría expulsando. Con respecto al *non refoulement*, los Estados deben abstenerse de devolver o expulsar a una persona que solicita asilo donde exista la posibilidad de que sufra algún riesgo de persecución o bien a (un Estado) desde donde (los sujetos) puedan ser retornados al país donde sufren dicho riesgo (la llamada “devolución indirecta”). *Caso Familia Pacheco Tineo*, Sentencia de 25 de noviembre de 2013, párr. 153.

Advirtió que tanto la obligación de garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, como el principio de no devolución cuando existe riesgo de tortura o de otras formas de trato cruel, inhumano o degradante, o bien riesgo para la vida del sujeto extraído, se aplica a todas las modalidades de devolución de una persona a otro Estado, incluso por extradición.

Los Estados que han abolido la pena de muerte no pueden exponer a una persona bajo su jurisdicción al riesgo real y previsible de aplicación de la pena capital. Por lo tanto, no es admisible la expulsión, por deportación o extradición, de las personas bajo su jurisdicción si se puede prever razonablemente que pueden ser condenadas a muerte, sin exigir garantías de que dicha pena no les será aplicada.

Caso Wong Ho Wing, Sentencia de 30 de junio de 2015, párrs. 130 y 134.

m. Familias homoparentales

La CADH no determina un concepto cerrado de familia, ni protege solamente, un modelo “tradicional”; en el mismo sentido se han pronunciado otros órganos internacionales.

El interés superior del niño llamado a vivir en el seno de una unión integrada por personas del mismo sexo, debe ser examinado casuísticamente, a la luz de circunstancias concretas de la vida familiar, y no de preconcepciones a propósito de características de

las personas homosexuales y el impacto que éstas pueden tener sobre los menores de edad que conviven con ellos.

La Corte IDH considera que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad.

Caso Atala Riffo y niñas, Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrs. 110, 121, 127 y 165.

n. Independencia judicial y democracia

La Corte Interamericana ha señalado que el ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado por el Estado, tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. La Corte IDH estima pertinente precisar que la dimensión objetiva se relaciona con aspectos esenciales para el Estado de Derecho, tales como el principio de separación de poderes y el importante rol que cumple la función judicial en una democracia.

Por ello, esta dimensión objetiva trasciende la figura del juez e impacta colectivamente en toda la sociedad. Asimismo, existe una relación directa entre la dimensión objetiva de la independencia judicial y el derecho de los jueces a acceder y permanecer en sus cargos en condiciones generales de igualdad, como expresión de su garantía de estabilidad.

Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y Otros), Sentencia de 23 de agosto de 2013, párr. 154.

La destitución arbitraria de jueces, especialmente jueces de carrera sin faltas disciplinarias previas, constituye un atentado contra la independencia judicial y afecta el orden democrático. La Corte IDH resalta que la independencia judicial, inclusive al interior del Poder Judicial, guarda una estrecha relación, no solo con la consolidación del régimen democrático, sino además busca pre-

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

servar las libertades y derechos humanos de los ciudadanos. *Caso López Lone y otros*, Sentencia de 5 de octubre de 2015, párr. 201.

ñ. Igualdad y discriminación estructural

La Corte IDH ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *jure* o de *facto*. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. *Caso Flor Freire*, Sentencia de 31 de agosto de 2016, párr. 110.

La Corte Interamericana estima que el Estado incurre en responsabilidad internacional en aquellos casos en que, habiendo discriminación estructural, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas. La propia victimización de éstas demuestra su particular vulnerabilidad, lo que demanda una acción de protección también particular. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, Sentencia de 20 octubre de 2016, párrs. 336 y 338.

o. Discriminación por percepción y orientación sexual

La Corte IDH advierte que la discriminación puede tener fundamento en una orientación sexual real o percibida. La Corte Interamericana ya ha señalado que es posible que una persona resulte discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la autoidentificación de la víctima. La discriminación por percepción tiene el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona

objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se autoidentifica o no con una determinada categoría. Al igual que otras formas de discriminación, la persona es reducida a la única característica que se le imputa, sin que importen otras condiciones personales. Esta disminución de la identidad se concreta en un trato diferenciado y en la vulneración de los derechos de quien lo sufre. *Caso Flor Freire...*, *cit.*, párr. 120.

La discriminación por orientación sexual puede tener fundamento en una orientación sexual real o percibida, por lo que incluye casos en los cuales una persona es discriminada con motivo de la percepción que otros tengan acerca de su orientación sexual. Esta percepción puede estar influenciada, por ejemplo, por el modo de vestir, el peinado, los manierismos, o la forma de comportarse que no corresponde a las normas tradicionales o estereotipos de género, o constituye una expresión de género no normativa. *Caso Azul Rojas Marín y otra*, Sentencia de 12 de marzo de 2020, párr. 94.

p. Violencia contra la comunidad LGBTTTIQ

La Corte Interamericana ha reconocido que las personas LGBTI han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, de estigmatización y de diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales.

La violencia contra las personas LGBTI está basada en prejuicios, percepciones generalmente negativas hacia aquellas personas o situaciones que resultan ajenas o diferentes. En el caso de las personas LGBTI se refiere a prejuicios basados en la orientación sexual, la identidad o la expresión de género. Este tipo de violencia puede ser impulsada por “el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género”.

La violencia contra las personas LGBTI tiene un fin simbólico, la víctima es elegida con el propósito de comunicar un mensaje de exclusión o de subordinación. Esta violencia, alimentada por discursos de odio, puede dar lugar a crímenes de odio.

Caso Azul Rojas Marín..., *cit.*, párrs. 90-93.

q. *Interseccionalidad de ejes o vectores de discriminación*

La Corte IDH ha establecido 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. En ese sentido, 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 discriminación puede afectar a las mujeres de algunos grupos, de diferente medida o forma 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. *Caso Cuscul Pivaral y otros*, Sentencia de 23 de agosto de 2018, párr. 138.

r. *Violencia de género*

Un estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales.

La Corte IDH advierte que, del derecho a las mujeres a vivir una vida libre de violencia y los demás derechos específicos consagrados en la Convención de Belém do Pará, surgen las correlativas obligaciones del Estado para respetarlos y garantizarlos. Las obligaciones estatales especificadas en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará deben alcanzar todas las esferas de actuación del Estado, transversal y verticalmente, es decir, todos los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial), tanto a nivel federal como

estadual o local, así como en las esferas privadas. Ello requiere la formulación de normas jurídicas y el diseño de políticas públicas, instituciones y mecanismos destinados a combatir toda forma de violencia contra la mujer, pero también requiere, la adopción y aplicación de medidas para erradicar los prejuicios, los estereotipos y las prácticas que constituyen las causas fundamentales de la violencia por razón de género contra la mujer.

La Corte IDH ya ha señalado que justificar la violencia contra la mujer y, de alguna manera, atribuirles responsabilidad en virtud de su comportamiento es un estereotipo de género reprochable que muestra un criterio discriminatorio contra la mujer por el solo hecho de ser mujer.

Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, párrs. 213, 215 y 216.

s. *Derechos de personas mayores*

Las personas mayores tienen derecho a una protección reforzada y esto exige la adopción de medidas diferenciadas. La Corte IDH 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. *Caso Poblete Vilches y otros*, Sentencia de 8 de marzo de 2018, párrs. 127 y 132.

t. *Transparencia y acceso a la información*

Las personas que viven en una situación de pobreza a menudo tienen un acceso inequitativo a los servicios e información en materia de salud, lo que los expone a un mayor riesgo de infección y de recibir una atención *médica inadecuada o incompleta*. *Caso Cuscul Pivaral y otros...*, *cit.*, párr. 131.

El actuar del Estado debe estar regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la in-

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

formación bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.

Además, la Corte IDH establece que el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad. *Caso Claude Reyes y otros*, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párrs. 86 y 87.

u. Derecho al trabajo

La Corte Interamericana ha definido 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. *Caso Lagos del Campo*, Sentencia de 31 de agosto de 2017, párr. 143.

Además, se requiere proteger el derecho de asociarse para la defensa de los derechos, es decir, el derecho a formar sindicatos y la libertad sindical.

El derecho al trabajo también implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo. La Corte IDH establece que los Estados incumplen con su obligación de proteger cuando se abstienen de adoptar todas las medidas para evitar que terceros vulneren el derecho al trabajo, lo que incluye el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente.

Caso Huilca Tecse, Sentencia de 3 de marzo de 2005, párrs. 70, 71, 77 y 147.

v. Derecho a un medio ambiente sano

El derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal y es un derecho fundamental para la existencia de la hu-

manidad y como derecho autónomo protege los componentes del ambiente, tales como bosques, mares, ríos y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales.

La jurisprudencia interamericana además recuerda que el principio de prevención de daños ambientales entraña la obligación de los Estados de llevar adelante las medidas que sean necesarias *ex ante* la producción del daño ambiental, teniendo en consideración que, debido a sus particularidades, frecuentemente no será posible, luego de producido tal daño, restaurar la situación antes existente. Por lo que es fundamental que los Estados entiendan que están obligados a usar todos los medios a su alcance con la finalidad de evitar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción, causen daños significativos al ambiente.

Ahora bien, de manera enunciativa más no limitativa, la Corte IDH menciona las medidas que podrían tomar los Estados con el fin de cumplir este deber de prevención frente a actividades potencialmente dañinas: “i) regular; ii) supervisar y fiscalizar; iii) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; iv) establecer planes de contingencia, y v) mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental”.

Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), Sentencia de 6 de febrero de 2020, párrs. 203, 208, 244 y 245.

w. Derecho al agua

La Corte Interamericana indica que el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina, así como las necesidades de higiene personal y doméstica. El acceso al agua comprende el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica,

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

así como recursos de agua adicionales en razón del clima, las condiciones de trabajo, etcétera.

La Corte IDH señala que el derecho al agua entraña tanto libertades como derechos. Las primeras implican poder mantener el acceso a un suministro de agua y no ser objeto de injerencias, entre las que puede encontrarse la contaminación de los recursos hídricos. Los derechos están relacionados con el hecho de contar con un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar de dicho derecho.

Y los Estados deben cumplir con los siguientes factores y características:

- *La disponibilidad. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos.*
- *La calidad. El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables.*
- *La accesibilidad. El agua y las instalaciones y servicios de abastecimiento deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado parte.*

No se desconoce que el acceso al agua implica obligaciones de realización progresiva; sin embargo, los Estados tienen obligaciones inmediatas, como garantizar dicho acceso sin discriminación y adoptar medidas para lograr su plena realización.

Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra)..., cit., párrs. 226, 227 y 229.

En lo relativo a pueblos y comunidades indígenas, el Estado debe garantizar que su acceso a los recursos de agua en sus tierras ancestrales sea protegido de toda transgresión y contaminación ilícitas y facilitar recursos para que los pueblos indígenas planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua.

Ibidem, párr. 230.

x. Derecho a la alimentación

La Corte Interamericana, con perspectiva de interdependencia e indivisibilidad, ha establecido que el Estado deberá suministrar agua potable suficiente para el consumo y aseo personal, brindar atención médica periódica y medicinas adecuadas para conservar la salud de todas las personas, especialmente los niños, niñas, ancianos y mujeres embarazadas, entregar alimentos en cantidad, variedad y calidad suficientes para que los miembros de la Comunidad tengan las condiciones mínimas de una vida digna.

La Corte IDH indica que el derecho a la alimentación adecuada protege, esencialmente, el acceso de las personas a alimentos que permitan una nutrición adecuada y apta para la preservación de la salud. Y dicho derecho se ejerce cuando las personas tienen acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla sin que deba entenderse de forma estrecha o restrictiva, asimilándolo a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos.

El contenido esencial o básico del derecho a la alimentación comprende la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada, y la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos.

Asimismo, es fundamental garantizar la seguridad alimentaria que se relaciona con el concepto de “sostenibilidad”, y entraña la posibilidad de acceso a los alimentos por parte de las generaciones presentes y futuras.

En suma, el derecho a una alimentación adecuada es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos e inseparable de la justicia social, pues requiere la adopción de políticas económicas, ambientales y sociales adecuadas, en los planos nacional e internacional, orientadas a la erradicación de la pobreza y al disfrute de todos los derechos humanos por todos.

Caso Comunidad indígena Yakye Axa, Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 221; y *Caso Comunidades Indígenas Miembros de*

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra)..., cit., párrs. 216, 218, 220 y 246.

y. Derecho a la salud

La Corte IDH estableció la naturaleza y alcance de las obligaciones que derivan de la protección del derecho a la salud, tanto en aquellos aspectos que tienen una exigibilidad inmediata, como aquellos que tienen un carácter progresivo en relación con las primeras (obligaciones de exigibilidad inmediata). Los Estados deberán adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para este derecho. Respecto a las segundas (obligaciones de carácter progresivo), la realización progresiva significa que los Estados parte tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

En cuanto al derecho a la salud, la Corte explicó que se refiere al derecho de toda persona a gozar del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Este derecho abarca la atención de salud oportuna y apropiada conforme a los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. El cumplimiento de la obligación del Estado de respetar y garantizar este derecho deberá dar especial cuidado a los grupos vulnerables y marginados. *Caso Cuscul Pivaral y otros...*, cit., párrs. 75-107; *Caso Poblete Vilches y otros...*, cit., párrs. 100-124.

En el caso *Cuscul Pivaral*, la Corte IDH destaca que en un contexto de enfermedades endémicas es necesario que los Estados den cuenta de la interrelación entre garantizar una política eficiente de seguridad social y la atención a la salud. También, remarca que el acceso a los medicamentos forma parte esencial del derecho a la salud, en el contexto de pandemias.

Caso Cuscul Pivaral y otros..., cit., párr. 99 y 108.

La Corte IDH ha entendido que cada Estado parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes, servicios públicos y centros de atención de la salud, así como de programas; esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud,

como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales. Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros...*, cit., párrs. 121 y 174; y *Caso Cuscul Pivaral y otros...*, cit., párr. 106.

En suma, se debe tomar a la jurisprudencia interamericana como fundamento para el diseño de políticas públicas, no sólo a nivel federal sino también local y municipal. Asimismo, las directrices aquí planteadas y toda la jurisprudencia interamericana deben ser guía no sólo dentro de los poderes ejecutivos en los tres órdenes de gobierno, sino también se hace extensivo a todos los órganos e instancias que tengan competencias materialmente administrativas y les corresponda elaborar políticas públicas, por ejemplo, los órganos autónomos. Para todo esto se requerirá un proceso de capacitación de todos los servidores públicos en esta materia.

C. *La postura de la Suprema Corte de Justicia mexicana*

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha tenido un desarrollo interesante en torno a las garantías de no repetición. Para efectos de este trabajo, a continuación se mencionarán algunos de los criterios más significativos.

Lamentablemente se observa una postura ambivalente de la SCJN cuando pretende explicar la naturaleza de las garantías de no repetición y la facultad de los jueces para poder dictarlas.

En un primer momento, la Primera Sala de la SCJN concibe a las garantías de no repetición como medidas de reparación no pecuniarias y sostiene que “tienen la finalidad de asegurar que no se repita una práctica violatoria, incluyendo ordenar acciones que afectan las instituciones sociales, legales y políticas, así como las políticas públicas”.¹⁴³

¹⁴³ Rubro: ACCESO A LA JUSTICIA. EL DEBER DE REPARAR A LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS ES UNA DE LAS FASES IMPRESCINDIBLES DE DICHO DERECHO. Tesis: 1a. CCCXLII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 24, noviembre de 2015, t. I, p. 949.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

Posteriormente afirma que “las medidas de reparación no pecuniarias desarrolladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituyen el aspecto más innovador de su doctrina sobre reparaciones, las cuales han sido dictadas en la gran mayoría de los casos que involucran violaciones graves o sistemáticas a derechos humanos cometidas en los países de la región”.¹⁴⁴

No obstante, en un razonamiento cuestionable la Primera Sala “entiende que las violaciones a derechos humanos de las que conocen los tribunales del Poder Judicial de la Federación con motivo de los juicios de amparo, en términos generales, no guardan similitud con los casos analizados por la Corte Interamericana que dieron lugar a medidas de reparación de carácter excepcional”.¹⁴⁵ Esto es grave porque no se dimensiona que las violaciones a derechos humanos justamente son las mismas: acciones u omisiones del Estado que afectan a las personas. Por supuesto que los asuntos del Poder Judicial no sólo guardan similitud con los casos analizados por la Corte Interamericana, son hechos que pueden ser idénticos y lo único que cambia es el camino o momento procesal para obtener justicia, verdad y reparación, ya que las víctimas primero tienen que transitar por la sede nacional a fin de cumplir el requisito de previo agotamiento de recursos internos y poder acceder a la justicia interamericana. Así, son los mismos hechos los que llegan al conocimiento de la Corte Interamericana cuando los tribunales nacionales no fueron capaces de impartir justicia —en razón de la subsidiariedad del sistema internacional—.

Además de ese cuestionable razonamiento, la Primera Sala sostiene que las garantías de no repetición “no pueden dictarse en el juicio de amparo, no sólo por las diferencias señaladas entre el tipo de violaciones analizadas en sede internacional e interna (¿cuáles

¹⁴⁴ Rubro: MEDIDAS DE REPARACIÓN INTEGRAL ANTE VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS. POR REGLA GENERAL NO ES POSIBLE DECRETAR EN LAS SENTENCIAS DE AMPARO MEDIDAS NO PECUNIARIAS DE SATISFACCIÓN O GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN PARA REPARAR AQUÉLLAS. Tesis: 1a. LIII/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 42, mayo de 2017, t. I, p. 469.

¹⁴⁵ *Idem*.

diferencias? nunca quedaron claras), sino también porque no existe fundamento legal para decretarlas”.¹⁴⁶

Y finalmente señala que:

no existe disposición alguna en la ley de la materia que permita a los Jueces decretar medidas de satisfacción tales como: disculpas públicas a cargo de las autoridades responsables; publicación de las sentencias; celebración de actos públicos en los que se reconozca la responsabilidad de las autoridades; realización de medidas o actos en conmemoración de las víctimas; y realización de obras de infraestructura con efecto comunitario o monumentos. En la misma línea, tampoco existe fundamento legal para que los Jueces puedan decretar garantías de no repetición similares a las que se encuentran en la doctrina interamericana, tales como la orden de realizar reformas legislativas o constitucionales; tipificar delitos o su adecuación a estándares internacionales; adoptar medidas administrativas como el establecimiento de programas de formación y/o capacitación de funcionarios; campañas de concientización y sensibilización dirigidas al público en general; o la elaboración de políticas públicas. Lo anterior, sin ignorar el efecto de no repetición que buscan algunas de las medidas expresamente previstas en la Ley de Amparo.¹⁴⁷

Llama la atención esta postura de la Primera Sala, ya que en diversas ocasiones la SCJN ha dictado medidas que podrían entenderse como garantías de no repetición, de alcance similar o idéntico a las dictadas por la Corte Interamericana. Para ilustrar la afirmación anterior existen algunos ejemplos, en donde los efectos de las sentencias son relevantes y se sugiere al lector consultarlos:¹⁴⁸ Amparo en Revisión 378/2014 (salud);¹⁴⁹ Amparos en Revisión

¹⁴⁶ *Idem.*

¹⁴⁷ *Idem.* Énfasis agregado.

¹⁴⁸ Para conocerlos y profundizar en ellos *cfr.* Morales Sánchez, Julieta, *Políticas públicas...*, *op. cit.*, pp. 137-167.

¹⁴⁹ La SCJN determinó que: “... no basta la simple afirmación de limitación presupuestaria por parte del Estado mexicano para que se tenga por demostrado que ha adoptado todas las medidas hasta el *máximo de los recursos que disponga* para lograr la plena realización del derecho humano del nivel más alto posible de

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

237/2014, 1115/2017, 623/2017, 547/2018, 548/2018 y la Declaratoria General de Inconstitucionalidad 1/2018 (uso de la marihuana); Amparo Directo 35/2014 (bullying);¹⁵⁰ y Amparo Directo 9/2018 (derechos de trabajadoras del hogar).¹⁵¹ Los anteriores son tan sólo algunos ejemplos de cómo la actividad jurisdiccional nacional, al igual que lo hace la internacional, puede dictar y ha dictado garantías de no repetición, aunque no las denomine así.

Con base en los argumentos ya cuestionados de la SCJN, valdría aquí hacerse una pregunta: ¿Qué inconveniente habría en que la SCJN también emita garantías de no repetición? Tanto la Corte Interamericana como la SCJN, son tribunales que, en el fondo, aunque con base —parcialmente— en diferentes instrumentos

salud... si bien en principio los tribunales no deben sustituirse en las funciones de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, por cuanto hace a la elaboración de las políticas públicas y en la asignación de recursos, lo cierto es que la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos exige al Poder Judicial que contraste la actuación de dichos órganos democráticos con los estándares contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados de derechos humanos que forman parte del sistema jurídico mexicano y que, desde luego, vinculan a todas las autoridades estatales". Amparo en revisión 378/2014. 15 de octubre de 2014. Mayoría de votos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Georgina Laso de la Vega Romero, <http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=166107&SeguimientoID=605&CAP>. Cfr. *Idem*.

¹⁵⁰ La Primera Sala de la SCJN estableció que deberían adoptarse medidas para que las autoridades competentes creen instrumentos normativos más claros y específicos, con base en los cuales las escuelas tanto públicas como privadas puedan diseñar métodos de prevención, intervención y combate al acoso escolar. Y sostuvo que "sin perjuicio de la competencia exclusiva de los órganos facultados para legislar y emitir lineamientos concretos de acción, y a partir de una revisión general de fuentes relevantes sobre el combate a la violencia escolar" era necesario construir una estrategia de combate al *bullying*. Amparo directo 35/2014. 15 de mayo de 2015. Mayoría de votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín, www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2014/1/2_166050_2712.doc. Cfr. *Idem*.

¹⁵¹ La Segunda Sala, con el fin de guiar la instrumentación de la política pública, planteó al IMSS que dentro de un "plazo prudente" que podría efectuarse al término del año 2019 "implemente un programa piloto que tenga como fin último, diseñar y ejecutar un régimen especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar". Además, estableció una serie de lineamientos a cumplir por el IMSS. Amparo Directo 9/2018, Segunda Sala, sesionado el 5 de diciembre de 2018, Unanimidad de Votos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/ResultadosPub.aspx?Tema=&Consecutivo=9&Anio=2018&TipoAsunto=01&Pertenece=0&MinistroID=0&SecretarioID=0&MaterialID=0>. Cfr. *Idem*.

normativos, juzgan sobre violaciones a derechos humanos. Y se dice que parcialmente diferentes porque a partir de la reforma de amparo de 2011, la SCJN tiene también la obligación de interpretar y aplicar los tratados internacionales al igual que la Corte IDH (artículo 103, fracción I, constitucional). Por lo que quizás la única diferencia entre ambos tribunales es que la SCJN aplica el derecho interno e internacional (ambos integrantes del derecho mexicano vinculante) y la Corte IDH verifica la convencionalidad de las normas, sentencias, actos y omisiones nacionales —tarea a la que también está llamada la SJC—, motivo por el cual la distinción se diluye. Por lo tanto, sostener que ambos tribunales emiten garantías de no repetición, no solamente es válido sino correcto: así tiene que ser en favor de la dignidad humana.

En ese sentido, existe un criterio que apunta hacia esta equiparación entre las medidas dictadas a nivel nacional y las emitidas en el orden interamericano, todas ellas concebidas como garantías de no repetición. En dicho criterio se recuerda que la Primera Sala de la SCJN ha aclarado que la Ley de Amparo

no autoriza a establecer, como medidas de reparación, garantías de no repetición similares a las que ha dictado la Corte Interamericana. No obstante *partiendo de la idea de que si la finalidad de estas medidas es que, una vez que se ha declarado la violación, la persona afectada no vuelva a sufrir la misma vulneración a sus derechos humanos y que personas en situaciones semejantes tampoco sean afectadas por actos de autoridad similares*, es evidente que la Ley de Amparo prevé una serie de instituciones que, de hecho, *deben reinterpretarse como garantías de no repetición*.¹⁵²

¹⁵² Énfasis agregado. Cfr. Rubro: REPARACIÓN INTEGRAL ANTE VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS. INTERPRETACIÓN DE LAS INSTITUCIONES PREVISTAS EN LA LEY DE AMPARO COMO “GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN”, Tesis: 1a. LV/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 42, mayo de 2017, t. I, p. 470.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

Recientemente la Primera Sala emitió la tesis aislada de rubro: “Reparación integral del daño. Medidas complementarias que la integran” y en ella se establece:

Hechos: Una persona promovió juicio de amparo indirecto contra la resolución que determina las medidas de reparación integral del daño que la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas otorgó por violaciones a derechos humanos.

Criterio jurídico: La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que *la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas debe otorgar a las víctimas, como medidas complementarias*: la investigación de los hechos; la restitución de sus derechos, bienes y libertades vulnerados; las medidas para su rehabilitación física, psicológica o social; las medidas de satisfacción, mediante la realización de actos en beneficio de las víctimas; *las garantías de no repetición de la violación*; y una indemnización compensatoria por daño material e inmaterial.

Justificación: Ello, pues resultaría imposible y, por tanto, nugatoria, la reparación integral de las víctimas si la autoridad resolutora sólo se ocupara de prescribir actos o medidas tendentes a cumplir con sólo una o algunas de esas medidas, lo que se traduciría en una reparación del daño parcial o incompleta (curativas propias).¹⁵³

¹⁵³ Tesis: 1a. XXXV/2020 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 79, octubre de 2020, t. I, p. 283.

VI. PROPUESTA DE METODOLOGÍA PARA LA UTILIZACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN SEDE DOMÉSTICA: PASOS Y DIRECTRICES

Después de todo lo expuesto es necesario contribuir a tender un puente entre los Poderes Ejecutivos —principal pero no exclusivamente, como ya se dijo— y las instancias internacionales para que, a través de sus resoluciones y determinaciones, puedan nutrir la elaboración de políticas públicas.

Para el fin anterior, se propondrán una serie de pasos que pueden seguirse con el objetivo de ayudar a quienes toman decisiones en los ámbitos federal, local y municipal para facilitar su tránsito a esta nueva vía de colaboración y retroalimentación guiada por la dignidad humana y el respeto al marco normativo constitucional-convencional.

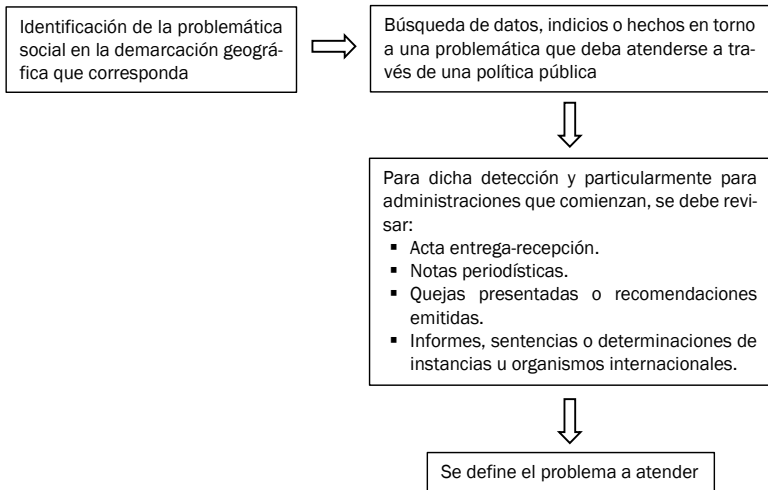
Los pasos propuestos a realizar —de forma enunciativa y no limitativa— serían los siguientes:

- *Identificación y selección de problemáticas que deban atenderse a través de políticas públicas y revisión de resoluciones interamericanas relacionadas con la temática*

Analizar los hechos que se producen en el contexto geográfico sobre el que se ejerce competencia, a fin de identificar las problemáticas que deben atenderse. Considerar las resoluciones internacionales, además de notas periodísticas de los últimos meses, así como las quejas presentadas ante organismos públicos de derechos humanos (Comisiones o procuradurías derivadas de la figura del *Ombudsman* u *Ombudsperson*) e informes de Amnistía Internacional

JULIETA MORALES SÁNCHEZ

o *Human Rights Watch*, por ejemplo. La revisión se puede realizar conforme a los pasos siguientes:



En este rubro es fundamental entender que muchos de los problemas no son nacionales; existen problemáticas regionales o locales, e incluso municipales. Por ello este paso permite identificar el grado de incidencia de una problemática en un contexto geográfico determinado a fin de proyectar políticas públicas para su posible solución. Así, las problemáticas y las políticas deben de ser focalizadas, principalmente en países tan diversos y heterogéneos como México: habrá problemas nacionales, pero también regionales y locales, por ello es obligación de los tres órdenes de gobierno considerar las resoluciones internacionales en su determinación de problemas, así como en su priorización.

- *Estudio, detección y sistematización de las causas estructurales o elementos de contexto para la elaboración del diagnóstico base para el diseño de la política pública*

Solamente conociendo cuáles son las situaciones estructurales que están reproduciendo violaciones a derechos humanos en un territorio determinado, es como se puede desentrañar el origen de

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

las problemáticas y diseñar opciones para su posible solución. Por ello, es tan importante retomar las resoluciones internacionales para la comprensión de las causas estructurales y para superar la cerrazón de algunos gobiernos que creen que todo lo están haciendo bien y que van por el camino correcto.

Por ello es fundamental identificar y ordenar los elementos de contexto que puedan desprenderse de los documentos internacionales, así como desentrañar las relaciones de causa-efecto que pudieron producirse en relación con los hechos. Además, hay que elaborar un listado de derechos afectados —a la luz de los principios de interdependencia e indivisibilidad—.

Aquí es importante entender cómo se pueden detectar situaciones estructurales u omisiones reiteradas de la administración (federal, local y municipal) o patrones de conducta de servidores públicos. Para ello puede ser útil contestar las preguntas que se exponen a continuación a partir de la información existente en torno a la problemática detectada.

Es importante precisar que estas situaciones estructurales o contextuales que se desprenden del documento internacional están sujetas a la retroalimentación de los hallazgos, datos o elementos existentes en sede nacional con los que cuente quien toma la decisión a nivel doméstico. Las preguntas que pueden coadyuvar al fin descrito son:

Detección y sistematización de elementos de contexto o situaciones estructurales que causan la problemática y que deben atenderse o resolverse a través de la política pública



1. ¿Cuáles fueron las acciones u omisiones violatorias de derechos humanos?
2. ¿Cuáles son los derechos humanos afectados? Siempre teniendo la perspectiva de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos
3. ¿Qué autoridades estuvieron involucradas en los hechos?
4. ¿Cuál ha sido el descargo, respuesta o justificación dada por las autoridades?
5. ¿Se observan reiteraciones en las acciones u omisiones? ¿Las autoridades incurren en los mismos hechos o son omisos/negligentes ante las múltiples solicitudes y señalamientos de las víctimas?
6. ¿Se puede observar una línea o patrón de conducta que sea incentivado por las autoridades o, al menos, no combatido?
7. ¿Se han documentado otros casos similares en los que se esté reproduciendo la violación?
8. Identificar claramente las circunstancias que marcaron el desarrollo de los hechos. Ello tiene como finalidad dar respuesta a dichas situaciones estructurales, así como al contexto adverso a los derechos.

Adicionalmente, y a fin de fortalecer el análisis de contexto y de causas, se pueden realizar los siguientes cuestionamientos:

1. ¿Cuáles son los hechos que se narran en el documento de la instancia internacional?
2. ¿Cuáles son las acciones, omisiones o normas (legislativas, administrativas) o determinaciones de la autoridad que se alegan como violatorias de derechos humanos?
3. ¿Cuál es la colectividad/grupo/personas que sufrió la violación a sus derechos humanos?

- *Integración del marco normativo aplicable lato sensu*

Identificar el marco constitucional y convencional (normas de *soft law*, *jus cogens*, tratados y jurisprudencia internacional que interpreta dichos tratados) aplicable a los hechos del caso y vincularlo a los derechos afectados, con el objetivo de integrar el “parámetro de control de regularidad constitucional” o “bloque de constitucionalidad” que será la base para el diseño de política pública a fin de que todas las opciones posibles a implementar sean convencionales.

- *Análisis de la convencionalidad de prácticas, omisiones, normas y sentencias prevalecientes en el país respectivo para el diseño de las posibles opciones de políticas a desarrollar, así como para la implementación de las garantías de no repetición*

Con el parámetro integrado en el punto anterior se debe realizar el control de constitucionalidad-convencionalidad de los actos, normas, omisiones o sentencias previamente existentes a fin de proyectar políticas que respeten el “bloque de constitucionalidad” y respondan a las garantías de no repetición determinadas en las resoluciones interamericanas o en el sistema ONU. Para ello, se debe realizar el análisis, contraste y determinación sobre la procedencia o aplicabilidad de las garantías de no repetición generadas a raíz de un caso para su proyección a nivel nacional o local.

El que las opciones planteadas dentro del diseño de la política pública respondan o atiendan a una garantía de no repetición

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

permite avanzar en tres direcciones: 1. previene la ocurrencia de violaciones; 2. mejora la situación de los derechos humanos en el país, y 3. se da cumplimiento progresivo a una sentencia o resolución internacional.

- *Valoración de las opciones a desarrollar y ejecución*

Es preciso decir que el margen de definición y actuación nacional queda limitado en los casos en los que el documento de la instancia internacional sea concretamente una sentencia, y en ella se estipulen garantías de no repetición. Si bien en este caso la especificidad quizás no sea total, sí se requiere cumplir puntualmente el mínimo establecido o lo solicitado, aunque al país condenado le quede un pequeño margen de actuación. Ahora bien, en los casos en los que no existe dicho carácter vinculante o no hay precisión de los contenidos ni acciones a desarrollar, entonces se podrán considerar los elementos aquí propuestos.

A raíz de los elementos contextuales y estructurales detectados como origen del problema se debe hacer un análisis de los posibles escenarios y soluciones a fin de elegir aquella acción o política que:

1. Sea factible de desarrollar con los recursos existentes a través del tiempo.
2. Garantice de mejor forma el derecho humano o cause menos estragos o afectación a otros derechos.
3. Respete el principio de progresividad.
4. Se haya escuchado a la población beneficiada o destinataria y sea la opción que más les convence o con la que más coinciden. Que sus puntos de vista sean atendidos como criterio para la selección entre las opciones planteadas y que se considere dentro de la propuesta de política pública a desarrollar.
5. Que la opción seleccionada sea la que mejor cumpla y respete plenamente con el marco normativo nacional, integrado por los textos constitucionales y convencionales, así como por la interpretación realizada por los órganos autorizados correspondientes.

En la ejecución de la política pública también se debe cumplir con el marco constitucional y convencional, así como con los parámetros establecidos en los documentos y resoluciones internacionales, tanto del sistema ONU como del sistema interamericano. Entre

otros, deben observarse los principios de transparencia, rendición de cuentas, igualdad, no discriminación y responder a las necesidades específicas de los grupos en situación de vulnerabilidad, además de responder a las necesidades regionales.

Una vez que se decidió cuál de las opciones se va a desarrollar se sugiere contestar las siguientes preguntas:

- ¿Es una medida integral?
- ¿Ataca de forma integral y transversal una problemática nacional y/o local?
- ¿Se podría complementar de otras acciones o medidas?
- ¿Qué otras medidas pueden generarse dentro de la política pública que atienda la problemática detectada? ¿Dichas medidas son convencionales?
- ¿La opción seleccionada pueden detonar otras problemáticas?
- ¿Qué se requiere para su adecuada implementación?

- *Evaluación de la implementación de la política pública*

Es relevante tener en cuenta que las resoluciones de instancias internacionales no sirven exclusivamente para el diseño de una política pública o para determinar cuál es la mejor forma de ejecutarla, ya que en muchas ocasiones se requiere emplearlas para evaluar políticas previamente existentes, para definir si es necesaria su modificación y en qué sentido, o si deben de sustituirse. Por eso es posible que en algunos casos se comience por este rubro y las resoluciones de instancias internacionales sean usadas directamente para la evaluación de las políticas preexistentes a alguna administración.

Es fundamental considerar el cambio de administraciones, ya que por ese solo hecho se considera pertinente suprimir programas que quizás sí han funcionado o que han dado algunos resultados pero que desaparecen sin una evaluación real más que el mero cambio político. En algunas ocasiones, la continuidad de los programas puede ser necesaria y a raíz de la evaluación o de los documentos internacionales se puede decidir que ajustes o adecuaciones realizar para su óptimo funcionamiento o incidencia. Adicionalmente, cualquier decisión que se tome debe atender el principio de progresividad y no regresividad.

EL SISTEMA INTERAMERICANO COMO FUENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS...

Ahora bien, el factor político es relevante y, algunas veces, ocasiona que se diseñen y se implementen políticas en una administración que no son sujetas a evaluación durante el periodo de gobierno (sexenios principalmente), es decir, la política subsiste solamente porque fue promocionada o difundida como medida del gobierno en el poder, pero sin saber si realmente sirve o si está dando los resultados necesarios o proyectados. Así, es fundamental en este ámbito contar con objetividad: ni todo lo que se hizo antes de que comenzara un gobierno debe desecharse, ni todo lo que el gobierno en el poder hace es perfecto. Se debe evaluar permanentemente los programas y políticas implementadas ya que existe una multiplicidad de factores que pueden incidir en su funcionamiento y resultados. En suma, los criterios de órganos internacionales también pueden ser un referente para evaluar las políticas públicas existentes.

Evaluación permanente de los programas y de las políticas previas, así como de los recientemente creados



- Realizar una evaluación objetiva de los resultados obtenidos y de todos los factores que inciden en la operatividad.
- Allegarse de elementos que deben ser valorados para el rediseño, modificación, adecuación o sustitución de la política en análisis.
- Respetar los principios de progresividad, no regresividad, universalidad, interdependencia e indivisibilidad.

A fin de ayudar al cumplimiento de los principios constitucionales en la materia:

Cumplimiento de principios y obligaciones en materia de derechos humanos dentro del proceso de evaluación, rediseño, fortalecimiento o sustitución de una política pública



Para este fin se pueden contestar las siguientes preguntas:

1. ¿Cuáles son las obligaciones incumplidas o parcialmente incumplidas durante la implementación de la política en cuestión?
2. ¿Se ha garantizado el acceso equitativo al ejercicio de los derechos en juego? ¿Existió algún tipo de discriminación o faltó implementar alguna medida afirmativa para la igualdad?
3. Las medidas adoptadas o las omisiones en las que se incurrió ¿afectan la progresividad del derecho?
4. ¿Las medidas adoptadas como consecuencia de la evaluación (modificación, continuidad o sustitución) son progresivas y no afectan el goce y ejercicio de los derechos en juego? ¿se respetan los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad e igualdad y no discriminación?

JULIETA MORALES SÁNCHEZ

Finalmente, es preciso reiterar que una política pública implementada a raíz de las resoluciones o decisiones internacionales, o que las tuvo como fuente, debe ser informada a las instancias supranacionales correspondientes. Por ello, es importante que las autoridades tengan plenamente identificada la instrucción, así como las acciones realizadas para su cumplimiento a fin de informarlo a los órganos de supervisión de tratados, particularmente en un Estado federal. En ese orden, las políticas públicas pueden fundamentarse en una resolución específica de un organismo internacional y con ello, además del cumplimiento referido, se gana legitimidad en la adopción de la misma.

VII. A MANERA DE CONCLUSIONES

Este apartado será muy breve y conciso, ello considerando que la propuesta de la presente obra ya fue *supra* desarrollada y que este es un tema que aún requiere mucho desenvolvimiento por lo que sería impreciso hablar propiamente de “conclusiones”. Así, las ideas aquí vertidas son más bien provisionales.

Como se ha visto, de todos los “documentos” emitidos por las instancias internacionales se pueden extraer herramientas que alimenten o fortalezcan las decisiones al interior de los Estados y particularmente el diseño de políticas públicas. De ellos se pueden obtener elementos para el diagnóstico o para visibilizar cuáles son las problemáticas más apremiantes de atender y la vía para hacerlo.

En los procesos de diagnóstico, construcción de opciones de políticas y toma de decisiones, es fundamental considerar tanto la normatividad constitucional como convencional y la jurisprudencia internacional o criterios/observaciones/recomendaciones/sentencias de organismos internacionales. Además de tomar en cuenta los estándares para la aplicación de los principios de interdependencia e indivisibilidad, entre otros. Todo ello coadyuva a la aplicación en sede administrativa del principio *pro persona*, la interpretación conforme y el control de convencionalidad.

La separación irrestricta y tajante de dos sistemas que persiguen el mismo objetivo es ya insostenible en el primer cuarto del siglo XXI: el sistema nacional y el sistema internacional (ONU e interamericano). No se puede seguir entendiendo al derecho internacional como un derecho externo o ajeno al sistema nacional ni como atentatorio a la soberanía nacional. El derecho internacional es derecho nacional.

JULIETA MORALES SÁNCHEZ

El marco convencional es aplicable en México, por decisión soberana de nuestro propio país. Y todos los órganos del Estado mexicano tienen la obligación de cumplir y hacer cumplir el marco constitucional-convencional al momento de diseñar, implementar y evaluar políticas públicas.

Es hora de lograr un uso desprejuiciado del derecho internacional por los Poderes Ejecutivos domésticos —de todos los órdenes de gobierno— o por quienes materialmente elaboran y ejecutan políticas públicas.