

**SECCIÓN DE DERECHO
INTERNACIONAL**

EL DERECHO SOCIAL AUTÓNOMO A LA SALUD Y SUS CONTENIDOS. EL CASO POBLETE VILCHES (CORTE IDH, 2018) Y EL EXAMEN DE (IN)CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES IMPOSTERGABLES.¹

A las y los Poblete Vilches (2018) de la región.

Martín Aldao;² Laura Clérico³

Resumen

La Corte Interamericana (Corte IDH) declaró la responsabilidad internacional del Estado chileno por no haber garantizado al Sr. Poblete Vilches su derecho a la salud. Así se consolida la tesis de que i) el derecho a la salud es un derecho social autónomo protegido por el art. 26 CADH, y ii) las personas mayores gozan de un nivel reforzado de protección para el goce efectivo de los derechos. En este trabajo nos interesa el día después: la pregunta acerca de la determinación de los contenidos y de la metodología de aplicación del derecho a la salud como derecho autónomo. Así, sostenemos que de la argumentación de la Corte se desprende: a) la posibilidad de determinar el contenido de partida de ese derecho en abstracto; b) la utilización de ese prisma para determinar si el derecho se violó en concreto. A su vez, desde una perspectiva crítica advertimos que: c) el examen desatiende el contexto del sistema de salud en el que se produce la violación. La Corte IDH olvida realizar un análisis de contexto comprensivo. Esto la lleva a trabajar el caso como si fuera un caso aislado y no logra ver que es una expresión de los déficits estructurales de los sistemas de salud en la región.

1. Introducción.

En los últimos años la Corte IDH ha dado un giro radical en su jurisprudencia sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y de Protección del Medio

¹ Agradecemos la lectura atenta y crítica de Camila Fernández Meijide. Los errores nos pertenecen.

² Abogado (UBA); Doctor en Derecho (UBA); Investigador (CIC) CONICET, Instituto de Investigaciones A. L. Gioja, Facultad de Derecho-UBA. Contacto: maldao@derecho.uba.ar

³ Abogada (UBA), Doctora en Derecho (Kiel), Investigadora CONICET; Profesora de Derecho Constitucional (UBA) y Profesora Honoraria (Univ. de Erlangen/Nürnberg). Contacto: lauraclerico@yahoo.com

Ambiente (en adelante, DESCA). Ha empezada a transitar la vía de la justicia-ambilidad directa de los DESCA que surgen del art. 26 de la CADH, como en: Lagos del Campo vs. Perú⁴, San Miguel Sosa vs. Venezuela⁵; Cuscus Pivaral vs. Guatemala,⁶ la OC-23/2017 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos;⁷ Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú⁸ y Muelle Flores vs. Perú.⁹ En marzo de 2018, dictó la sentencia Poblete Vilches y otros vs. Chile.¹⁰ Este pronunciamiento es el objeto de análisis de este trabajo.

La Corte IDH sostuvo en el caso que el Estado demandado no había garantizado al Sr. Poblete Vilches¹¹ su derecho a la salud “mediante servicios necesarios básicos y urgentes en atención a su situación especial de vulnerabilidad como persona adulta mayor, lo cual derivó en su muerte” (artículos 26, 1.1¹² y 4 de la CADH),¹³ “así como por los sufrimientos derivados de la desatención del paciente” (artículo 5 de la CADH);¹⁴ vulneró “el derecho a obtener el consentimiento informado por sustitución y al acceso a la información en materia de salud”, en perjuicio de Poblete y de sus familiares (artículos 26, 13, 7 y 11, en relación con el artículo 1.1 de la CADH),¹⁵ así como el derecho al acceso a la justicia (artículos 8 y 25 de la CADH)¹⁶ e integridad personal de los familiares del Sr. Poblete (artículo 5.1¹⁷ de la CADH).¹⁸

4 Corte IDH, caso Lagos del Campo vs. Perú, 31-8-2017.

5 Corte IDH, caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela, 8-2-2018.

6 Corte IDH, caso Cuscus Pivaral y otros vs. Guatemala, 23-8-2018.

7 Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, Schönsteiner, Judith, “Proteger el medioambiente más allá de las fronteras: Opinión Consultiva de la Corte IDH sobre Medioambiente y Derechos Humanos”, en *Justicia Ambiental*, vol. 10, 2018.

8 Corte IDH, caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú, 23-11-2017.

9 Corte IDH, caso Muelles Flores vs. Perú, 6-3-2019.

10 Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile, 8-3-2018.

11 Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018. El voto mayoritario estuvo conformado por los jueces y jueza: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot; Elizabeth Odio Benito; Eugenio Raúl Zaffaroni; L. Patricio Pazmiño Freire. El voto concurrente fue emitido por Humberto Sierra Porto.

12 Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, párrs. 99 a 143 y 174 a 176.

13 Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, párrs. 144 a 151 y 174 a 176.

14 Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, párrs. 158 a 160 y 174 a 176.

15 Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, párrs. 161 a 173 y 174 a 176.

16 Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, párrs. 182 a 193.

17 Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, párrs. 203 a 210.

18 Por lo demás, la Corte IDH interpretó que el Estado no es responsable por la violación del derecho

2. Las marchas de Poblete Vilches. Los objetivos de este trabajo

Poblete Vilches es un caso *paradigmático*. Dos puntos quedan aclarados y consolidados en cuanto al derecho a la salud y respecto de su protección reforzada teniendo en cuenta el sujeto afectado. Así se consolida la tesis de que:

- i) el derecho a la salud es un derecho social autónomo protegido por el art. 26 CADH, y
- ii) las personas mayores gozan de un nivel reforzado de protección para el goce efectivo de los derechos.

Estos dos puntos son marchas en la resolución de disputas de larga data. La balanza se inclinó por la mejor interpretación del artículo 26 de la CADH. Al respecto, nos remitimos a los minuciosos trabajos que sostienen el carácter autónomo de los derechos sociales¹⁹ basándose en

- i) el texto del art. 26 de La CADH²⁰ tomado en serio (argumento textual),
- ii) el *preámbulo* de la CADH y sus fines (argumento teleológico),
- iii) las *preceles judiciales interpretativas* que fueron abriendo el camino (argumento jurisprudencial),
- iv) la *integración* de la CADH con otros instrumentos interamericanos (Carta de la OEA, Declaración Americana, entre otros), e internacionales (argumento sistemático),
- v) la consideración de las interpretaciones sobre exigibilidad, contenido de los derechos sociales en la jurisprudencia de los tribunales de la región para *inclinarse* por aquella interpretación²¹ que mejor luz arroja desde los principios que estructuran la convención.²² Además, la consagración del

a la seguridad social (artículo 26 de la CADH), tal como lo habían alegado los representantes de las víctimas (párr. 86). La Corte IDH estimó “innecesario referirse adicionalmente al derecho a la seguridad social aludido por las representantes (párr. 90). Tampoco fue declarada la responsabilidad por violación al derecho a la imparcialidad judicial (artículo 8 CADH), de acuerdo con los párrafos 99 y 194 a 198 de Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018.

19 V. Rossi, Julieta; Abramovich, Víctor, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 9, (Universidad de Rosario), 2009, pp. 34-53; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores, Rogelio (coords.) *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, (Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro), 2018, entre muchos otros.

20 Courtis, Christian, “Artículo 26”, en: Steiner, Christian; Fuchs Marie-Christine; Uribe Granados, G. Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, (KAS, Bogotá), 2019, pp. 801-834.

21 Sobre interpretación y Corte IDH, v. Burgogue-Larsen, Laurence, “El Contexto, las Técnicas y las Consecuencias de la Interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, en *Estudios constitucionales*, 12(1), (U. de Talca), 2014, pp. 105-162.

22 En el texto de Oscar Parra Vera es claro que en su argumentación aplica el modelo dworkiniano de interpretación como novela en cadena. Parra Vera, Oscar, “La justiciabilidad de los DESCAs y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en: Ferrer Mac-Gregor/Morales Antoniazzi,

derecho a la salud como derecho social autónomo hay que leerla con efecto espejado regional.²³ Estudios empíricos demuestran que la mayor parte de las constituciones latinoamericanas reconocen derechos sociales como derechos autoejecutables y exigibles.²⁴ Estudios teóricos-prácticos sustentan la exigibilidad del derecho a la salud como derecho autónomo y desarrollan su contenido y métodos de aplicación.²⁵ Si esto es así y así es, consideramos que se consolida la tesis de la exigibilidad de los derechos sociales como derechos autónomos.²⁶ Por ello, no volveremos sobre este punto. Lo presuponemos.

zzi/Flores Pantoja (coords.), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, (Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro), 2018, pp. 181-230. Ronconi, Liliana, “Después de mucho andar, los DESCAs traspasaron las puertas de la Corte IDH y llegaron ¿para quedarse?”, en: Morales Antoniazzi, Mariela/Clérico, Laura; *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del Caso Poblete de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro), 2019.

- 23 V., por ejemplo, voto concurrente del Juez Ferrer Mac Gregor, al que adhirieron la Jueza Elizabeth Odio Benito y el Juez Patricio Pazmiño Freire, en: Corte IDH, *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, 2018, párr. 11-30.
- 24 Jung, Courtney; Hirschl, Ran; Rosevear, Evan, “Economic and Social Rights in National Constitutions”, en *American Journal of Comparative Law*, Vol. 62, No. 4, 2015, pp. 1043-1094. V. Asimismo, Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, párr. 113 con referencia a normas constitucionales en 19 de los 23 países que han ratificado la Convención.
- 25 V., entre muchos otros, Parra Vera, Óscar, “The protection of social rights”, en Bergallo, Paola; Bertomeu, Juan y Gargarella, Roberto (eds.), *The Latin American Casebook. Courts, constitutions, and rights*, (Ashgate), 2016; Arango, Rodolfo, *Realizando los derechos. Su filosofía y práctica en América Latina*, Querétaro, (Instituto de Estudios Constitucionales), 2016; Clérico, Laura, Ronconi Liliana, Aldao, Martín, *Tratado de derecho a la salud*, (Abeledo Perrot), 2013; Pou Giménez, Francisca, “Los albores de la justiciabilidad del derecho a la salud en México: el caso Pabellón 13”, en: Salazar Ugarte, Pedro; Niembro Ortega, Roberto; Alonso Beltrán Carlos (coords.), *Diez sentencias emblemáticas de la Suprema Corte* (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM), 2019, pp. 135-156.
- 26 La exigibilidad judicial hay que pensarla en su dimensión individual y en su dimensión colectiva. Advertimos que tanto en el ámbito interno como regional (Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en adelante SIDH) se encuentran desarrollos “de estándares sobre los mecanismos de tutela judicial tendientes a garantizar el litigio colectivo y especialmente, en relación con el alcance de la obligación de los Estados de proveer este tipo de procedimientos de reclamo” [CIDH, El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de Derechos Humanos, 2007, párr. 328]. No es objeto de este trabajo explorar esta doble dimensión del acceso a la justicia en materia de derechos sociales. Sin embargo, es fundamental pensar, por ejemplo, la (in)suficiencia de los servicios de acceso a la justicia para aquellos sectores de la sociedad que se encuentran en situaciones estructurales de desigualdad. En estos casos, “la CIDH ha destacado la obligación estatal de proveer servicios legales gratuitos y de reforzar los dispositivos comunitarios al efecto, a fin de facilitar a estos sectores sociales en situación de desventaja y desigualdad, el acceso a instancias judiciales de protección, y a información adecuada sobre los derechos que poseen y los recursos judiciales disponibles para su tutela” [Id., párr. 9]. Clérico, Laura; Vita, Leticia, “Efectos del litigio en derecho a la salud y equidad: El caso de la Provincia de Buenos Aires, Argentina”, en *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, (Universidad de La Plata), No. 18, 2018, pp. 219-233; Clérico, Laura; Aldao, Martín, “Hacia una pragmática de los derechos culturales. Cuestiones de marcos”, en *Revista Institucional de la Defensa Pública*, 2016, pp. 35-71. Christian Courtis compara Poblete Vilches con el caso Cuscul Pivaral sobre falta de acceso a medicamentos y tratamiento en Guatemala para personas que viven con VIH. Sostiene que mientras Poblete fue resuelto como un caso individual, Cuscul desplegaría una dimensión colectiva, v. Courtis, Christian, “Prólogo”, en: Ronconi, Liliana; Morales Antoniazzi, Mariela, Clérico, Laura (coords.), *Consolidando La Exigibilidad Directa De Los Derechos Sociales. Textos Y Contextos Regionales, Globales y Locales: Reflexiones en torno al caso “Cuscul Pivaral” de la Corte IDH*, (Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro), 2019 (en prensa).

En este trabajo nos interesa el día después. Nos interesa la pregunta acerca de:

- la determinación de los contenidos y
- la metodología de aplicación del derecho a la salud como derecho autónomo.

En este sentido, para aclarar dar respuesta a estas dos preguntas, consideramos las investigaciones que se desarrollan en el orden interno y, a su vez, en los estudios de derecho comparado e internacional comparado. Estos nos permite reconstruir la argumentación de la Corte IDH que sostiene:

a) la posibilidad de determinar el contenido de partida²⁷ de ese derecho en abstracto,

b) la utilización de ese prisma para determinar si el derecho se violó en concreto.

A su vez, la reconstrucción de la argumentación desde una perspectiva crítica nos permite marcar que:

c) el examen desplegado por la Corte IDH en Poblete Vilches desatiende el contexto del sistema de salud en el que se produce la violación.

La Corte IDH olvida realizar un análisis de contexto comprensivo. Esto la lleva a trabajar el caso como si fuera un caso aislado. El énfasis en el árbol no le permite ver el bosque. O dicho de otra manera: el caso no es único sino expresión de los déficits estructurales de los sistemas de salud (de la región).

3. La delimitación del “caso” en Poblete Vilches: hechos y cuestión normativa. ¿Un paso a la vez?

Los hechos del caso ocurrieron en Chile. Sin perjuicio de lo cual se asemejan a muchos otros que ocurren en diversos estados de la región. Poblete Vilches era un adulto mayor de 76 años, con antecedentes de diabetes tipo 2, hipertensión, una arritmia. El 22 de enero de 2001 fue atendido por una insuficiencia respiratoria grave en un hospital público e internado en cuidados intensivos.

Durante la internación y mientras estaba inconsciente, fue sometido a una intervención quirúrgica. Ni Poblete Vilches ni sus familiares prestaron consentimiento para esa intervención. Poblete Vilches fue dado de alta aunque en forma temprana. Tenía fiebre y emanaba pus por las heridas.²⁸ Poblete

²⁷ Sostenemos que este debería ser una estación en la vía del contenido del derecho y no la única. Para ello hay que tener en cuenta los documentos que la Corte IDH cita. Además, que en otras sentencias reconoció contenidos de los derechos que van más allá del de partida o del “mínimo”, o de lo “esencial” o del “piso”. La discusión de las similitudes y diferencias de las teorías del mínimo, el contenido esencial o el piso, respectivamente, escapan el objeto de este trabajo como así también la determinación del contenido más allá del mínimo que en estos trabajos sostuvimos que también son exigibles.

²⁸ Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, por ejemplo, párr. 136.

Vilches fue trasladado a su domicilio en una ambulancia privada contratada por sus familiares. No había ambulancias públicas disponibles. Sus familiares no recibieron información exacta acerca de la condición del paciente ni indicaciones acerca de los cuidados que requería y cómo responder frente a signos de alarma.

Al poco tiempo, volvió al hospital. Su estado de salud era grave, a la insuficiencia respiratoria se le sumó probable shock séptico. A pesar del cuadro, no fue internado en cuidados intensivos. Faltaban camas. La unidad de cuidados intermedios fue su destino. El tratamiento requería un respirador artificial. No se lo suministraron. Poblete Vilches no recibió los servicios básicos que requería.²⁹ Tampoco fue trasladado a otro centro con disponibilidad.

De los hechos se desprende que, durante al menos cinco días, Poblete Vilches “experimentara diversos sufrimientos motivo de la desatención a sus particulares condiciones de salud”.³⁰ El señor Poblete Vilches falleció el 7 de febrero de 2001. Los familiares de Poblete Vilches acudieron a la justicia. Entre otras cosas, solicitaron que se investigara la conducta del personal médico interviniente. En el orden interno no se determinó responsabilidad alguna por la muerte de Poblete Vilches.

La Corte IDH parece encargarse de delimitar la cuestión del caso con precisión. ¿No arriesga a decir más de la cuenta? Concluye que el Estado “no garantizó que los servicios de salud brindados al señor Poblete Vilches cumplieran con los estándares referidos, por lo que incumplió en el otorgamiento de medidas básicas, es decir de sus obligaciones de carácter inmediato relacionadas con el derecho a la salud en situaciones de urgencia.”

No parece discutir cómo se aplica el derecho a la salud en general sino el derecho a la salud en situaciones de urgencia. Hace un recorte del enunciado normativo para el caso. Para ello realizamos primero una aclaración para luego sostener que la Corte IDH interpreta el derecho a la salud en situaciones de urgencia como regla.

29 Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, por ejemplo, párrs. 47, 52 y 53. Declaración rendida por del señor Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia ante la Corte IDH en la Audiencia Pública del 19 de octubre de 2017: “El doctor ... dijo ‘tu papá ya se le dio una oportunidad de vivir’, como que él era un ser sobrenatural que tenía el poder sobre la vida, ‘yo le di la oportunidad de vivir’ dijo [...] ‘la primera vez que ingresó al Sotero del Río, yo no le voy a darle otra oportunidad de vivir, tu papá tiene que morir, tu papá ya [...]’”.

30 Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, párrs. 155 y 137.

4. El derecho a la salud en situación de atención urgente

Una primera aclaración. Arriba sostuvimos que las discusiones sobre derechos sociales se desarrollaron también en el orden interno.³¹ Esto dio lugar a varios estudios de derecho comparado en mayor o menor comunicación con el derecho internacional de los derechos humanos.

La comparación nos permite hacer dos deslindes en la argumentación de la Corte IDH: por un lado, respecto del contenido delimitable del derecho a la salud (4.1); por el otro lado, respecto de las diferencias en cuanto al tipo de obligaciones que genera el derecho a la salud (4.2).

4.1. Contenido del derecho delimitable. No al modelo sudafricano que por ahora niega su carácter delimitable como paso previo al examen en concreto

He aquí el primer deslinde. En el derecho constitucional comparado, parece que hay, por lo menos, dos modelos en disputa:³²

a) un modelo que sostiene que los derechos sociales tienen un contenido de partida delimitable. Este modelo surge de una reconstrucción de las Observaciones Generales del Comité de DESC;

b) un modelo que no niega la determinación de ese contenido pero que sostiene que aún es difícil determinarlo desde un comienzo. Este modelo suele ser el sudafricano.

Reconstrucciones de las argumentaciones de la Corte sudafricana asumen que esta se negó a sostener que el derecho a la salud o a la vivienda, por ejemplo, tienen un contenido mínimo de partida. Por caso, frente al reclamo a la vivienda de la población afectada, la Corte evalúa si el Estado tuvo en cuenta la posición de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.³³

31 Arango Rodolfo, “Constitucionalismo social latinoamericano y derecho a la salud”, en Clérico, Laura, Ronconi Liliana, Aldao, Martín, *Tratado de derecho a la salud*, (Abeledo Perrot), 2013, Tomo 1.

32 Existen acaloradas disputas acerca de cómo determinar el contenido mínimo o esencial o central de los derechos. V. el análisis de Young, Katherine, “The Minimum Core of Economic and Social Rights”, en *YALE J. INT. LAW*, Vol. 33, No. 113, 2008; Young, Katherine, *Constituting Economic and Social Rights*, (OUP), 2012; De Fazio, Federico, *La teoría principialista de los derechos sociales*, (Marcial Pons), 2019 (en prensa).

33 Corte Constitucional de Sudáfrica, CCT 11/00 (*Grootboom*): “The right of access to adequate housing is entrenched because we value human beings and want to ensure that they are afforded their basic human needs. A society must seek to ensure that the basic necessities of life are provided to all if it is to be a society based on human dignity, freedom and equality. To be reasonable, measures cannot leave out of account the degree and extent of the denial of the right they endeavour to realise. Those whose needs are the most urgent and whose ability to enjoy all rights therefore is most in peril, must not be ignored by the measures aimed at achieving realisation of the right. It may not be sufficient to meet the test of reasonableness to show that the measures are capable of achieving a statistical advance in the realisation of the right. Furthermore, the Constitution requires that everyone must be treated with care and concern. If the measures, though statistically successful, fail to respond to the needs of those most desperate, they may not pass the test.”

Agrega que esto no implica partir de una garantía de contenido mínimo del derecho³⁴ elaborada por el tribunal, aunque admite que ésta pueda guiar el examen de razonabilidad para establecer si las acciones/omisiones estatales tuvieron en cuenta las necesidades de las poblaciones más vulnerables: “Yet in rejecting the minimum core as a standalone right, the Constitutional Court held open the possibility that the minimum core, understood as relevant standard, could guide its assessment of reasonableness. Arguably, a compelled attention to the needs of the most vulnerable fosters the same attitude of priority-setting as the minimum core inquiry, *without “entrenching” the judiciary’s own articulation of what the minimum core demands.*”³⁵

Por el contrario, la Corte IDH no ve obstáculos en la posibilidad de delimitar de antemano el contenido del derecho a la salud³⁶ en casos de urgencia.

34 Corte Constitucional de Sudáfrica, CCT 11/00 (*Grootboom*); párr. 33: “The determination of a minimum core in the context of “the right to have access to adequate housing” presents difficult questions. This is so because the needs in the context of access to adequate housing are diverse: there are those who need land; others need both land and houses; yet others need financial assistance. There are difficult questions relating to the definition of minimum core in the context of a right to have access to adequate housing, in particular whether the minimum core obligation should be defined generally or with regard to specific groups of people. As will appear from the discussion below, the real question in terms of our Constitution is whether the measures taken by the state to realise the right afforded by section 26 are reasonable. There may be cases where it may be possible and appropriate to have regard to the content of a minimum core obligation to determine whether the measures taken by the state are reasonable. However, even if it were appropriate to do so, it could not be done unless sufficient information is placed before a court to enable it to determine the minimum core in any given context. In this case, we do not have sufficient information to determine what would comprise the minimum core obligation in the context of our Constitution. It is not in any event necessary to decide whether it is appropriate for a court to determine in the first instance the minimum core content of a right.”

35 Young, Katherine, “Proportionality, Reasonableness and Social Rights”, en Vicki Jackson/Mark Tushnet (eds), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, (Cambridge University Press), 2017; Young, Katharine; Lemaitre, Julieta, “The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa”, en *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 26, 2013, sosteniendo que en Sudáfrica “the right to health has supported limited judicial interventions for particular health outcomes only (low intensity justiciability).”

36 Por el contrario, la Corte sudafricana cree que aún no puede determinarlos de antemano. En el párr. 31 la Corte Sudafricana interpreta cómo fue desarrollado este concepto en el ámbito de protección internacional de los derechos humanos. Esto le sirve para sostener luego que le faltan elementos para poder determinarlo *en su contexto*. “The concept of minimum core obligation was developed by the committee to describe the minimum expected of a state in order to comply with its obligation under the Covenant. It is the floor beneath Each right has a “minimum essential level” that must be satisfied by the states parties. The committee developed this concept based on “extensive experience gained by [it] . . . over a period of more than a decade of examining States parties’ reports. ...The committee has also used the general comment “as a means of developing a common understanding of the norms by establishing a prescriptive definition. Minimum core obligation is determined generally by having regard to the needs of the most vulnerable group that is entitled to the protection of the right in question. It is in this context that the concept of minimum core obligation must be understood in international law. Por el contrario, la Corte sudafricana sostiene que: “It is not possible to determine the minimum threshold for the progressive realisation of the right of access to adequate housing without first identifying the needs and opportunities for the enjoyment of such a right. These will vary according to factors such as income, unemployment, availability of land and poverty. The differences between city and rural communities will also determine the needs and opportunities for the enjoyment of this right. Variations ultimately depend on the economic and social history and circumstances

Para ello utiliza la Observación General del Comité de DESC en relación con el derecho a la salud y su jurisprudencia. Además, realizó algunas pinceladas que, en algo hablan de los contenidos en la región, cuando se refirió a las constituciones que reconocen el derecho a la salud y a otras normas de derecho interno.

4.2. Test de las obligaciones impostergables no ponderables. Pasos de la argumentación

El segundo deslinde estaría dado por separarse de aquellas posiciones que establecen que el derecho a la salud es en todos los casos solo principios, que se definen en la dimensión del peso de los derechos. La Corte IDH sostiene que el derecho a la salud respecto de la atención de urgencia es de cumplimiento inmediato. Su contenido está delimitado:

“este derecho en situaciones de urgencia exige a los Estados velar por una adecuada regulación de los servicios de salud, brindando los servicios necesarios de conformidad con los elementos de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad, en condiciones de igualdad y sin discriminación, pero también brindando medidas positivas respecto de grupos en situación de vulnerabilidad”.

No se pregunta si el Estado tenía buenas razones para no cumplir con sus obligaciones (conflicto entre principios). Esto queda claro cuando la Corte IDH sostiene:

“En el presente caso la Corte no encuentra que esté en discusión la faceta progresiva de las obligaciones estatales en materia del derecho a la salud (párr. 88), lo cual tampoco fue alegado por las representantes (párr. 87). Corresponde a la Corte valorar las alegadas acciones u omisiones del Estado frente a la prestación de medidas de carácter básico e inmediato (párr. 104), a fin de tutelar la salud del señor Poblete Vilches, por lo que delimitará su análisis de fondo al alcance de dicha obligación

of a country. All this illustrates the complexity of the task of determining a minimum core obligation for the progressive realisation of the right of access to adequate housing without having the requisite information on the needs and the opportunities for the enjoyment of this right. The committee developed the concept of minimum core over many years of examining reports by reporting states. *This Court does not have comparable information.*” Corte Constitucional de Sudáfrica, CCT 11/00 (*Grootboom*). Resaltado y cursiva agregada.

en el caso concreto, y a la luz de las obligaciones reconocidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención.”³⁷

Así se pregunta qué hizo para honrar la obligación de cumplimiento inmediato que surge del derecho a la salud en caso de atención de urgencia de un adulto mayor³⁸ que requiere protección reforzada:

“Respecto de las obligaciones de carácter inmediato, éstas consisten en *adoptar medidas adecuadas, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. Dichas medidas deben ser adecuadas, deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos.*”³⁹

Para ello, la argumentación está estructurada de la siguiente manera:

- a) análisis de los estándares relacionados con el derecho a la salud en situaciones de urgencias médicas (párrs. 118 a 124) en general;
- b) luego combina los estándares con la situación de las personas adultas mayores (párrs. 125 a 132);
- c) de ambos análisis surge la norma para establecer luego si el Estado violó o no sus obligaciones presente caso a la luz de los contenidos delineados en a) y b) (párrs. 133 a 143).

4.3. Primer paso: el derecho a la salud en situaciones de urgencias médicas y vulnerabilidad

El primer paso en la argumentación consiste en identificar el andamiaje normativo que establece el contenido del derecho.⁴⁰ En esa línea y sobre el eje del

37 Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, párr. 134.

38 Díaz-Tendero Bollain, Aída, “El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas”, en: Morales Antoniazzi, Mariela/Clérico, Laura; *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del Caso Poblete de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro), 2019, pp. 111-142.

39 Cursiva agregada.

40 La Corte IDH precisará aún más en *Cuscul Pivaral vs. Guatemala* los tres pasos argumentativos para justificar una violación a un DESC. El primer paso argumentativo para la o el afectado es argumentar que el derecho social afectado es un DESC que surge del art. 26 de la CADH: “Corresponderá, en cada caso concreto que requiera un análisis de DESC, determinar si de la Carta de la OEA se deriva explícita o implícitamente un derecho humano protegido por el artículo 26 de la Convención Americana, así como los alcances de dicha protección.” Este es un trabajo de interpretación. Para ello se pueden utilizar todos los argumentos que surgen de los cánones de la interpretación: lingüísticos, sistemáticos, dinámicos, de principios, entre otros. El segundo paso argumentativo, es justificar que la acción u omisión estatal afecta el contenido del derecho a la salud. El tercer paso se refiere a evaluar si

art. 26 de la Convención la Corte IDH retoma las siguientes referencias:

a) De la Carta de la OEA retoma los incisos i) y l) del art. 34 que establecen entre las metas básicas de los países miembros la defensa del potencial humano mediante la ciencia médica y la generación de condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, y el inciso h) del art. 45 que establece el mandato de desarrollo de una política eficaz de seguridad social.

b) De la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre retoma el art. XI que establece el derecho de toda persona a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y asistencia médica.

c) A nivel nacional la Corte no sólo señala la norma respectiva en la Constitución de Chile, el inciso 9° del art. 19 que establece la obligación para el Estado chileno de asegurar a todas las personas el derecho a la protección y recuperación de la salud, sino que además la pone en contexto con el regional en materia de reconocimiento de este derecho.⁴¹

d) A su vez se señala el *corpus iuris* internacional, que incluye el inciso 1° del art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que incluye a la salud dentro del nivel de vida adecuado que corresponde a toda persona; el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales que establece la obligación de adoptar medidas para asegurar la asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad; el art. 10 del Protocolo de San Salvador que en su art. 10 reitera las obligaciones ya mencionadas y agrega la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo; además de numerosas referencias en otros instrumentos del DIDH.⁴²

Luego acude al acervo interpretativo desarrollado por el Comité de la ONU de DESC. Desde hace varios años, el Comité ha levantado el guante de la misión interpretativa de su mandato a través de sus “*Observaciones Generales*”. Estas son el fruto de “abundante experiencia sobre el tema examinando informes y dialogando con Estados partes” y con “representantes de organizaciones internacionales y de la sociedad civil a fin de preparar la presente

se incumplieron las obligaciones que surgen del derecho a la salud de las personas, las de exigibilidad inmediata y las obligaciones de carácter progresivo. Corte IDH, caso Cuscul Pivaval y otros vs. Guatemala, 23-8-2018, párr. 97.

41 La Corte IDH referencia normas constitucionales en 19 de los 23 países que han ratificado la Convención: Argentina (art. 42); Barbados (art. 17.2.A); Bolivia (art. 35); Brasil (art. 196); Colombia (art. 49); Costa Rica (art. 46); Ecuador (art. 32); El Salvador (art. 65); Guatemala (arts. 93 y 94); Haití (art. 19); Honduras (art. 145); México (art. 4); Nicaragua (art. 59); Panamá (art. 109); Paraguay (art. 68); Perú (art. 70); República Dominicana (art. 61); Suriname (art. 36); Uruguay (art. 44); Venezuela (art. 83). Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, párr. 113.

42 Ver Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, par. 114.

observación general”.⁴³ El Comité está realizando interpretación de las normas del PIDESC.⁴⁴ Si bien el documento nodal es la Observación General N° 14 sobre el disfrute al más alto nivel posible de salud⁴⁵, también se ha pronunciado sobre componentes del derecho a la salud en sucesivas Observaciones Generales⁴⁶. A su vez, el Grupo de Trabajo de la OEA para el análisis de los Informes Anuales sobre Indicadores de Progreso, también se ha referido al análisis del derecho a la salud⁴⁷.

Como advertimos anteriormente, dos clasificaciones parecen ser relevantes para la Corte IDH tomando como referencia al Comité de DESC.⁴⁸ Por un lado, las obligaciones que son de cumplimiento inmediato en materia de

43 Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, párr. 5. Así estas interpretaciones no son el mero resultado de un ejercicio intelectual que el Comité realiza entre sus miembros, sino también el fruto de un proceso dialógico con diversos actores relevantes que operan en la esfera internacional y de cara a las realidades en materia de DESC que le toca evaluar periódicamente respecto de cada Estado.

44 Está estableciendo pisos y no techos. La Corte considera que de la consolidación del derecho a la salud se derivan diversos estándares aplicables al presente caso, relativos a prestaciones básicas y específicas de salud, particularmente frente a situaciones de urgencia o emergencia médica. Esto quiere decir que en el ámbito interno quien emprenda la tarea de interpretar las obligaciones debe tener a la OG como piso y no techo. En el caso de varios Estados interamericanos, existen obligaciones inmediatas que exceden al piso fijado por el Comité. Estas son exigibles, los Estados (nacionales, provinciales, locales), no se pueden amparar en la OG para limitar la responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones. Deben cumplir con las obligaciones del Pacto y con las que surgen de las normas de fuente interna.

45 ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), *Observación General (OG) No. 14: “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

46 ONU. Comité DESC, OG-No. 3: “*La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del art. 2 del Pacto)*”, E/1991/23, 14 de diciembre de 1990, párrs. 3 y 10; ONU. Comité DESC, OG-No. 4: “*El derecho a una vivienda adecuada*”, E/1992/23, 13 de diciembre de 1991, párr. 8; ONU. Comité DESC, OG-5: “*Las personas con discapacidad*”, E/C.12/1994/13, 1994, párr. 34; ONU. Comité DESC, OG-15: “*El derecho al agua*”, E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, párrs. 3 y 8. ONU; Comité DESC, OG-16: “*La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*”, E/C.12/2005/4, 11 de agosto de 2005, párr. 29; ONU. Comité DESC, OG-18: “*El derecho al trabajo (artículo 6 del Pacto)*”, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006, párr. 12; ONU. Comité DESC, OG-19: “*El derecho a la seguridad social*”, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, párrs. 13 y 14; ONU. Comité DESC, OG-20: “*La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*”, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 33. En especial, v. Observación General N° 6: ONU. Comité DESC, OG-6: “*Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*”, E/1996/22, 8 de diciembre de 2015, párrs. 5 y 34.

47 OEA. Grupo de Trabajo para el Análisis de los Informes Nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador, “*Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador*”, OEA/Ser.L/XXV.2.1; GT/PSS/doc.2/11 rev.2, de 16 diciembre 2011. “*Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador – Segundo agrupamiento de derechos”*”, OEA/Ser.L/XXV.2.1 GT/PSS/doc.9/13, e “*Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador*”, OEA/Ser.D/XXVI.11 (2015), págs. 43 a 53.

48 Así, la Corte IDH adopta varias clasificaciones ampliamente discutidas en la academia. V., al respecto, De Fazio, Federico, *La teoría principialista de los derechos sociales*, (Marcial Pons), 2019 (en prensa); Young, Katherine, “The Minimum Core of Economic and Social Rights”, en *YALE J. INT. LAW*, Vol. 33, No. 113, 2008.

derecho a la salud por oposición a las que son de desarrollo progresivo. Por el otro lado, la clasificación sobre el contenido mínimo y el contenido más allá de éste último del derecho a la salud.

Las obligaciones de cumplimiento inmediato tienen que ver, *entre otras cosas*, con posibilitar los niveles necesarios⁴⁹ para el ejercicio de cada DESC. Respecto del derecho a la salud, implican que “un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43 [de la OG Nro. 14], que son inderogables.⁵⁰ Para la Corte IDH, las de desarrollo progresivo⁵¹ determinan un empezar a andar y continuar haciendo⁵² para lograr goce efectivo del derecho. El cumplimiento no es discrecional para los Estados: “impone a los Estados partes la obligación expresa y continua de adoptar medidas deliberadas y concretas destinadas a la plena realización del derecho de toda persona.”

Por fin, la Corte IDH interpreta que los contenidos del derecho a la salud pueden ser determinados de antemano para guiar⁵³ el examen del cumplimiento de las obligaciones impostergables del Estado.⁵⁴ En este sentido retoma lo establecido por la OG 14 del Comité de DESC de la ONU y agrega nuevos elementos a partir de su jurisprudencia. Entonces de la combinación de

49 Ronconi, Liliana M. “Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos”, en *Salud colectiva*, 8 (2), 2012, p. 131-149.

50 OG Nro. 14, párr. 47.

51 Aquí podemos hablar de un estándar consolidado para evaluar el cumplimiento de las obligaciones de desarrollo progresivo: la prohibición de regresión arbitraria. Por último, la obligación estatal que surge de los derechos implica en el caso concreto evaluar si ese accionar estatal es o no suficiente para permitir la realización del derecho. Sobre la prohibición de regresión, Courtis, Christian (comp.) *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, (Del Puerto), 2006; Añón Roig, María José, “¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?”, en *Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, n. 34, 2006, pp. 57-90.

52 OG Nro. 21 par. 45. La Corte IDH en Poblete Vilches “destacó que del contenido del artículo 26 se desprenden dos tipos de obligaciones. Por un lado, la adopción de medidas generales de manera progresiva y por otro la adopción de medidas de carácter inmediato. Respecto de las primeras, a las cuales hizo referencia el Estado en el presente caso, la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESC, ello no debe interpretarse en el sentido que, durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico, lo cual tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión, máxime luego de casi cuarenta años de la entrada en vigor del tratado interamericano.” Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, pár.124.

53 Sobre diferentes propuestas teóricas para la determinación del contenido mínimo del derecho a la salud, v. Forman, Lisa, et al. “Conceptualising Minimum Core Obligations under the Right to Health. How Should We Define and Implement the Morality of the Depths?”, en Klotz, Sabine, Bielefeldt, Heiner, Schmidhuber, Martina, Frewer, Andreas (eds.), *Healthcare as a Human Rights Issue: Normative Profile, Conflicts and Implementation*, (Ed. Transcript), 2017, pp. 95-121, 118.

54 Esta disputa fue referida anteriormente en relación con el modelo sudafricano.

estas tres clasificaciones surge que el derecho a la salud genera obligaciones de cumplimiento inmediato que se refieren al contenido mínimo del derecho que es delimitable como paso previo al examen en concreto. Veamos:

Estándares del Derecho a la Salud	Piso OG No. 14	Ampliación Poblete Vilches
Definición OMS	Bienestar físico, mental y social (par.4)	Acceso a servicios esenciales y prestaciones médicas eficaces y de calidad (par.118)
Disponibilidad	Cantidad suficiente de establecimientos, bienes, servicios y programas de salud. (par.12a)	Coordinación entre establecimientos que permita una atención integrada (par.121c)
Accesibilidad	-Física (par.12.b.ii) -Económica (par.12.b.iii) -de Información (par.12.b.iv) -No discriminatoria (par.12.b.i)	La edad como “otra condición social” de la prohibición de discriminación (par.122) Medidas negativas y positivas -de creación de condiciones de igualdad real- (par.123)
Aceptabilidad	Respeto de cultura, género y ciclo de vida (par.12c)	Deber de información y respeto de autonomía (par.121d)
Calidad	En equipos, personal y medicamentos (par.12d)	Personal calificado para atender urgencias (par.121a)
Deber de regulación	Incluida en la obligación de protección (par.51)	De públicos y privados y programas nacionales de calidad (Suárez Peralta y Ximenes Lopes) (par.119)
Mecanismos de supervisión y control		Aplicable tanto a públicos como a privados, puede surgir por omisión, se agrava en casos de servicios de urgencia (Suárez Peralta) (par.124)
Específicos de adultos mayores	Integración de prevención, curación y rehabilitación (par.25)	-Protección reforzada y medidas diferenciadas (par.127) -Necesidad de políticas integrales ante el envejecimiento de la población (par.130) -Prestaciones eficientes y continuas (par.132)

Cuadro 1 “Contenidos del Derecho a la Salud” Elaboración propia tomando contenidos de la OG Nro. 14 y del caso Poblete Vilches (2018).

Estos contenidos le sirven luego para analizar en el caso concreto si las acciones y omisiones del Estado demandado implican violación del derecho a la salud según el modelo de la adecuación o encastre.⁵⁵ Como hemos señalado en otros trabajos, cuando los mandatos de DESC son claros, sea por reconocimiento normativo expreso⁵⁶ o bien por la integración de normas y precedentes a través de una red de reglas resultado de sentencias previas⁵⁷, la estrategia argumentativa aplicable es la de la subsunción, que es la aplicada por la Corte IDH en Poblete Vilches. No hay lugar en este caso para el balanceo de derechos o la ponderación.

4.4. Segundo paso: Las acciones y omisiones en concreto: adecuación como encastre; adecuación sin balanceo.

En la “Conclusión general sobre el derecho a la salud” la Corte IDH resume los tres pasos de su argumentación: En primer lugar, la determinación de estándares del derecho a la salud aplicables al caso, que incluye los contenidos generales y los específicos para adultos mayores (par.174). En segundo lugar, la determinación de las acciones y omisiones del Estado de Chile en el caso concreto (par.175). En tercer lugar la Corte IDH llega al resultado del caso (par.176).

Sobre el primer paso ya nos detuvimos en la sección anterior por lo cual nos dedicaremos al segundo. La Corte interpreta que el estándar de regulación se encuentra cubierto ya que tanto la Constitución como la legislación de Chile reconocen adecuadamente el derecho a la salud.⁵⁸ Por el contrario, los diagnósticos deficientes brindados en ambas internaciones evidencian el incumplimiento de la dimensión de calidad del derecho a la salud, y la falta de infraestructura (ambulancias, respiradores artificiales, camas en la UCI) dan cuenta de un incumplimiento de la dimensión de la disponibilidad del

55 Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, párrs. 134, 104.: “valorar las alegadas acciones u omisiones del Estado frente a la prestación de medidas de carácter básico e inmediato ..., a fin de tutelar la salud del señor Poblete Vilches, por lo que delimitará su análisis de fondo al alcance de dicha obligación en el caso concreto, y a la luz de las obligaciones reconocidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención.”

56 V. Clérico, Laura, Aldao, Martín, “Una valija argumentativa para la exigibilidad de los derechos sociales: hacia la recuperación de la perspectiva de los actores en los reclamos en el ámbito local”, en Maurino, Gustavo, Bercovich, Luciana (coords.), *Los derechos sociales en la Gran Buenos Aires: una aproximación desde la teoría, las instituciones y la acción*, (EUDEBA), 2013.

57 Clérico, Laura, “Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n°31, 2015, pp.73 a 99.

58 Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, párr. 135.

derecho a la salud.⁵⁹ A su vez, de la falta de prioridad dada en el acceso al sistema de salud dada a Poblete Vilches en razón de su edad resulta el incumplimiento de la dimensión de la accesibilidad del derecho a la salud; mientras que la incapacidad del sistema de salud para atender las necesidades específicas de Poblete Vilches en tanto adulto mayor nos hablan del incumplimiento de la dimensión de la aceptabilidad.⁶⁰ Todo esto lleva al tribunal a concluir que:

“El señor Poblete Vilches era un adulto mayor con patologías agregadas que hacían que su situación lo convirtiera en un paciente aún más vulnerable. Sin perjuicio de lo anterior, quedó evidenciado que no recibió el tratamiento adecuado conforme a su situación particular. Del marco fáctico se desprende que, en el segundo ingreso, existió urgencia de las prestaciones de salud requeridas en el caso, cuya dispensa de forma inmediata resultaban de carácter vital. En suma, el paciente requería de una atención médica urgente y de calidad, que el sistema de salud pública no proveyó, por lo que dicha situación derivó en una discriminación por su condición de persona mayor.”⁶¹

Una vez establecida tanto la vulneración del derecho a la salud en el caso concreto, como también la obligación de especial atención a la situación de vulnerabilidad de Poblete Vilches, la Corte IDH despliega tres líneas argumentativas complementarias que, sin afectar la autonomía del derecho social a la salud, refuerzan los fundamentos de la sentencia y resaltan los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos al conectar el derecho a la salud como derecho social autónomo, con los derechos a la vida, a la integridad personal y a la autonomía. Así, la omisión de prestación de servicios básicos de salud en los casos en que el personal médico se encuentra en conocimiento de una situación de urgencia constituye una vulneración del derecho a la vida, lo que implica una falta de disponibilidad del derecho a la salud.⁶² Por otro lado, el alta prematura de Poblete Vilches así como la precariedad e insuficiencia de las condiciones de la segunda internación constituyen una vulneración del derecho a la integridad personal, que

59 Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, párr. 138.

60 Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, párrs. 129-141.

61 Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, párr. 142.

62 Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, párr. 150.

hace a su vez a la calidad en el acceso a la salud para adultos mayores.⁶³ Por último, las múltiples irregularidades y omisiones respecto de la obligación de brindar información adecuada y completa tanto a Poblete Vilches como a sus familiares implica una vulneración del derecho a la autonomía, y por ende del requisito de aceptabilidad que deben cumplir las prestaciones de salud.⁶⁴

En el siguiente cuadro se despliega en detalle la argumentación de la Corte IDH, poniendo en correlación el derecho involucrado, el estándar normativo aplicable, los hechos del caso y la ubicación de las argumentaciones que justifican cada una de las cadenas lógicas que constituyen la sentencia.

Contenido	Estándar aplicable	Acciones y omisiones estatales	Justificación
Salud	General: -Disponibilidad: 121C -Accesibilidad:122-123 -Aceptabilidad: 121d -Calidad: 121a -Regulación: 119 -Supervisión y control: 124 Específico: 126-127, 130 y 132	Regulación:135 Calidad/disponibilidad: 138 Accesibilidad/ aceptabilidad: 139-141 Específicos: integrados	142-143
Vida (disponibilidad)	146-148	149	150-151
Integridad personal (calidad y especificidad de adultos mayores)	152	153-154	155-156
Consentimiento (aceptabilidad)	Propio: 157 Por sustitución: 161-162	158 163-165	159-160 166-173

Cuadro 2 “Mapeo de líneas argumentales en Poblete Vilches”.
Elaboración propia.

5. La organización del sistema de salud y las deficiencias estructurales. Argumentación interrumpta. Cuando el árbol no le permite ver el bosque

No son todas luces las que surgen de la argumentación de la Corte IDH en Poblete Vilches. Contiene alguna sombra. Veamos. La Corte IDH sostiene:

⁶³ Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, párrs. 155 y 156.

⁶⁴ Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, párrs. 160 y 173.

“En relación con los estándares en materia de salud, primeramente, ... observa que en la época de los hechos existía regulación suficiente sobre el derecho a la salud que garantizaba este derecho a toda persona sin distinción (párr. 112), por lo que dicha obligación de regular se encontraba acorde con la Convención (párr. 119).”⁶⁵ Para la Corte IDH el problema no reside entonces en la falta de “marco”. El problema estaría en las barreras que existen para el “goce efectivo del derecho” delineado por la CADH y por la legislación doméstica.

Desde el punto de vista crítico, surge la siguiente consideración. Por un lado, la Corte IDH no está dispuesta a analizar si la regulación en salud es adecuada para proteger el derecho a la salud de las personas que tienen acceso al sistema público de salud en Chile. Esta pregunta no es menor. Varios Estados de la región presentan fuertes déficits en el acceso a la atención sanitaria para aquellas poblaciones que se encuentran sin acceso al sistema de la seguridad social por falta de relación laboral formal o al sistema privado que depende de la contribución (directa o a través de las empleadoras) de la población contribuyente.

El problema no está solo en la ejecución de la norma sino en el marco.⁶⁶ Muy probablemente esta discusión hubiese devenido en la referencia a los distintos sistemas de organización de la atención sanitaria. Probablemente quiso evitar entrar en la discusión acerca de cuáles sistemas de salud encajan mejor o peor con el derecho humano a la salud. Sin embargo, pudo analizar qué del marco existente obstruye el acceso al goce efectivo del derecho a la salud de las personas en situación de vulnerabilidad por edad y pobreza.

En este punto sostenemos la argumentación de la Corte IDH quedó corta. La Corte IDH sostiene:

- 1) El paciente requería de una atención médica urgente y de calidad,⁶⁷
- 2) el sistema de salud pública no proveyó esa atención,
- 3) la falta de provisión de la atención se determina en relación con las acciones y omisiones de los operadores sanitarios en concreto.
- 4) esa situación derivó en una discriminación por su condición de persona mayor.

⁶⁵ Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, párrs. 135.

⁶⁶ Esta es la discusión que da la Corte Constitucional Colombiana en la conocida sentencia T 760 de 1-7-2008.

⁶⁷ Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, con referencia a los dichos de un perito que “destacó en audiencia sobre la falta de capacidad de los recursos humanos en relación con saber tratar a un adulto mayor por su carácter vulnerable y las deficiencias de infraestructura presentadas en este hospital.”

Es decir, el análisis es en relación con el caso individual. Sin embargo, qué nos dice el *análisis en concreto* en relación con el *contexto*. Estudios empíricos sobre los sistemas de salud en la región, hablan de que los sistemas padecen problemas estructurales.⁶⁸ La Comisión Interamericana advirtió a la Corte IDH que el caso presentaba “una oportunidad para abordar supuestos de responsabilidad estatal derivados de deficiencias estructurales en hospitales públicos.”⁶⁹ Esta dimensión no aparece con claridad en el fallo.

Nos preguntamos entonces qué tanto la Corte toma en cuenta los condicionantes del derecho a la salud. La situación de hecho del sistema de salud y las regulaciones que organizan el sistema de salud⁷⁰ son parte de las condiciones materiales que posibilitan u obstaculizan un acceso efectivo y digno del ejercicio del derecho y que afectan en especial a las poblaciones en situación de vulnerabilidad, en situación de pobreza.⁷¹ Pudo aunque más no fuera haberse planteado la pregunta.⁷²

6. Consideraciones finales: luces y sombra.

Más allá de alguna sombra, es indudable que Poblete Vilches es un avance en la consolidación de la exigibilidad directa del derecho a la salud por vía del artículo 26 de la CADH. Los contenidos ganados a través de la argumentación en la sentencia son bienvenidos. Robustecen e integran⁷³ los contenidos gana-

68 V. Allard Soto, Raúl, Hennig Leal Mônia Clarissa, Galdámez Zelada Liliana, “El derecho a la salud y su (des)protección en el estado subsidiario”, en *Estudios constitucionales*, n° 14.1, 2016, pp. 95-138; Figueroa, Rodolfo, “El derecho a la salud en Chile”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao Martín (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud*, (Abeledo Perrot), 2013, t.3; Vita, Leticia, “Modelos de Estado y derecho a la salud en Argentina: descubriendo los presupuestos políticos de un sistema estructuralmente desigualitario”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, (Abeledo Perrot), 2013, t. 1.

69 Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, párr. 85.

70 Cabe advertir que los representantes de las víctimas habían argumentado que el Estado “ha abundado en detalles sobre las diferentes políticas implementadas y medidas adoptadas en pos de mejorar su sistema público de salud”, sin embargo éste “se limitó a ofrecer un menú de decisiones políticas desarrolladas en los últimos años sin demostrar el impacto real y efectivo que pudieran haber tenido en las poblaciones más vulnerables”, Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, párrs. 86-87, cfr. 99.

71 Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, párr. 85, según lo planteado por la CIDH.

72 Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, como garantías de no repetición estableció, por ejemplo, que: el Estado debe “informar al Tribunal sobre los avances que ha implementado en hospital de referencia; (vi) fortalecer el Instituto Nacional de Geriátrica y su incidencia en la red hospitalaria ... adoptar las medidas necesarias, a fin de diseñar una política general de protección integral a las personas mayores.”

73 Al respecto, v. Curtis, Christian, “Prólogo”, en: Ronconi, Liliana; Morales Antoniazzi, Mariela, Clérico, Laura (coords.), *Consolidando La Exigibilidad Directa de los Derechos Sociales. Textos y Contextos Regionales, Globales y Locales: Reflexiones en torno al caso “Cuscul Pivaral” de la Corte IDH*, (Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro), 2019.

dos que provienen de la anterior jurisprudencia de la Corte IDH cuando las violaciones del derecho a la salud se trataban por conexidad⁷⁴ con el derecho a la vida o a la integridad física o a derechos procesales, entre otros.

Poblete Vilches marca sin duda otras marchas. En este texto sostuvimos al respecto dos tesis. Por un lado, la Corte IDH tomó partido en la disputa acerca de si el contenido del derecho a la salud, como derecho social autónomo, puede ser delimitado *prima facie*. Para ello se valió de los elementos del derecho a la salud que el Comité de la ONU de DESC desarrollo en sus observaciones generales, otras producciones del SIDH con alguna referencia a constituciones y normas de los estados de la región. Así, la Corte IDH se aleja del modelo sudafricano que considera que no pueden ser delimitables los contenidos del derecho social en abstracto como uno de los primeros pasos argumentativos. Por el contrario, para la Corte IDH los contenidos delimitados sirven como prisma para evaluar si el Estado demandado violó el cumplimiento de las obligaciones impostergables que surgen del derecho a la salud. Las acciones y omisiones en concreto fueron evaluadas en clave de accesibilidad, aceptabilidad, calidad para concluir que se violó la prohibición de discriminación en razón de la edad de la persona y que no se tuvo en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba Poblete Vilches no sólo en razón de su edad sino también por su estado grave de salud.

La Corte IDH en el caso delimita las obligaciones del Estado como de cumplimiento inmediato e impostergable. Para ello establece que evaluará la pertinencia y adecuación de las acciones y omisiones perpetradas por el Estado a la luz de su conducencia para lograr los elementos del derecho a la salud. La Corte IDH no da pistas acerca de cómo aplicar el derecho a la salud cuando su contenido va más allá de lo inmediato e impostergable.⁷⁵ Escogió así la estrategia del paso a paso.

74 Parra Vera, Oscar, “La justiciabilidad de los DESCAs y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en: Ferrer Mac-Gregor/Morales Antoniazzi/Flores Pantoja (coords.), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana*, (Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro), 2018, pp. 181-230.

75 En Cuscul Pivaral, la Corte IDH (2018) se refiere a la violación del derecho a la salud por incumplimiento estatal de las obligaciones de desarrollo progresivo: es la “... primera ocasión en su historia” [Cuscul Pivaral, voto concurrente del Juez Ferrer Mac Gregor, al que adhirió el Juez Elizabeth Odio Benito y el Juez Patricio Pazmiño Freire, párr. 8], que así lo hace. V. Rossi, Julieta, “Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles. Puntos de encuentro y desencuentro entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas”, en Ronconi, Liliana; Morales Antoniazzi, Mariela, Clérico, Laura (coords.), *Consolidando la Exigibilidad Directa de los Derechos Sociales. Textos y Contextos Regionales, Globales y Locales: Reflexiones en torno al Caso “Cuscul Pivaral” de la Corte IDH*, (Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro), 2019 (en prensa).

La segunda tesis es crítica y se refiere a la mirada acotada con que la Corte evalúa el caso respecto del acceso y atención de los servicios de salud en Chile y la región interamericana. La Corte IDH no echa una mirada al contexto regional, parece inclinarse por un análisis individual del caso en la parte de la justificación o mérito de la sentencia. Por lo que, no es claro en qué medida la Corte IDH toma suficientemente en serio los condicionantes que determinan el derecho a la salud. Tampoco considera este derecho desde la posición de las personas que se encuentran en situación de pobreza y en clara desigualdad de hecho para el goce efectivo del derecho a la salud.⁷⁶ Esta omisión es lamentable teniendo en cuenta que “la jurisprudencia del sistema interamericano sobre la situación de personas que viven en pobreza, se encuentra aún en desarrollo ...”.⁷⁷ En este sentido, dejó pasar una oportunidad.

76 Corte IDH, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, 8-3-2018, párr. 85. La Comisión expresó que el caso planteaba “... consideraciones sobre la protección adecuada de los derechos de las personas en situación de *pobreza*, y la aplicación del principio de igualdad y no discriminación.” *Cursiva agregada*. Por el contrario, la Corte IDH no parece haber realizado en el fallo consideraciones referidas a la situación de pobreza.

77 CIDH, Informe sobre pobreza y derechos humanos, 2017, párrs. 143; 18.

LA CRISIS DE DERECHOS HUMANOS EN NICARAGUA. DESCRIPCIÓN Y ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE SUS CONSECUENCIAS, A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL

Antonia Urrejola N.¹, Alexandro Álvarez A.²

Síntesis

La grave crisis de derechos humanos iniciada en Nicaragua a partir de la represión estatal a las protestas de abril de 2018, ha dejado un gravísimo balance de decenas de miles de víctimas y ha mostrado las serias falencias de la institucionalidad del país, principalmente en términos de los estándares democráticos sobre falta de independencia de los órganos de control y contrapeso al Gobierno.

Su descripción permite identificar elementos que evidencian el ejercicio desproporcionado de la fuerza por parte del Estado y varias otras formas de represión de la protesta y la disidencia, que han dejado un triste saldo de víctimas y que mantienen cerrados todos los espacios democráticos en un estado de excepción de hecho.

La descripción de la crisis también permite identificar algunos parámetros, desde el derecho internacional, para las posibles vías de superación de ella. En este trabajo se revisan algunos de ellos, asociados a la represión de la protesta social, a los crímenes de lesa humanidad y a la justicia transicional. Estos parámetros se conectan, no solo con los estándares de derecho internacional, sino que además con las propias características de la situación de derechos humanos que actualmente ocurre en Nicaragua.

¹ Abogada de la Universidad de Chile. Actualmente Comisionada de la CIDH. Relatora para Nicaragua

² Abogado de la Universidad de Chile. Master in Laws (LL.M.) American University. Especialista del MESENI de la CIDH

Introducción

La crisis de derechos humanos que ha enfrentado Nicaragua desde abril de 2018, ha atraído la atención pública internacional, pues ya arroja un saldo de más de 300 víctimas fatales; sobre 2000 heridas; unos 80.000 desplazados; más de 3.400 detenciones; más de 600 manifestantes criminalizados; más de 400 profesionales de la salud pública despedidos; al menos 144 estudiantes universitarios expulsados de las universidades públicas; y más de 70 periodistas o trabajadores de medios de comunicación exiliados.

La situación ha sido relatada en base a dos narrativas opuestas, una de ellas –la oficialista- explica lo ocurrido como un intento fallido de golpe de Estado “blando”, en que la oposición, junto con sectores apoyados por Estados Unidos, financiaron y articularon un alzamiento orquestado, con uso de medios violentos, para despojar del poder al partido gobernante, liderado por Daniel Ortega y su esposa Rosario Murillo.

La narrativa opuesta, la del levantamiento cívico, identifica un estallido de protesta social en el contexto del deterioro -ya anterior- de las instituciones democráticas, que se gatilla a partir de una reforma al sistema de pensiones, pero que escala debido a la violencia de la represión estatal, que implicó la comisión de graves violaciones a los derechos humanos y el cierre de todos espacios democráticos en el país.

La evidencia disponible indica que la versión más apegada a la realidad es la del levantamiento cívico y así lo muestran, no solo los reportes de organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, nicaragüenses e internacionales, sino los de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH).

La crisis en Nicaragua continúa hasta la fecha. Si bien, el Gobierno ha liberado a poco menos de quinientos manifestantes encarcelados y se ha abierto a realizar reformas electorales, aún continúan en prisión más de cien manifestantes antigubernamentales, persiste la persecución y la suspensión o seria limitación de las libertades públicas y la completa impunidad por las graves violaciones a los derechos humanos cometidas.

Este trabajo hará una presentación de los contornos de esta crisis, desde los hechos mismos que la han caracterizado, tales como las etapas en que se ha desarrollado, los métodos represivos utilizados y los derechos que han sido amagados. Luego evaluará sus consecuencias jurídicas, a la luz de los alcances y límites de la represión a la protesta social, la ocurrencia y estatuto

aplicable a los crímenes de lesa humanidad y algunos estándares de justicia transicional.

El análisis ofrecido es relevante y contingente, pues se relaciona con la historia reciente del país y con las fórmulas posibles de salida de la crisis. Ni la derrota militar y fin de la dictadura de Anastasio Somoza, en 1979, ni el fin de la guerra civil, en 1990, trajeron como consecuencia procesos de justicia transicional en Nicaragua.

Por otro lado, los estándares aplicables hoy sobre estas materias, sólo fijan mínimos obligatorios y no las características precisas de los procesos de superación de crisis complejas, como la nicaragüense. La reflexión que se hará en este trabajo, pretende ser solo un aporte al problemático y amplio panorama de las salidas posibles a una crisis, y en un país, que no permite comparaciones simples, ni generalizaciones.

1. La crisis de derechos humanos en Nicaragua

a. Antecedentes

a.1. Reformas políticas y control del Estado

La crisis que enfrenta Nicaragua, tiene como necesario antecedente la forma en la que Daniel Ortega accede a la Presidencia de la República el 2007 y la ostenta hasta ahora: la concentración de poder en la figura del Presidente de la República; la hegemonía del partido oficialista en el órgano legislativo y la falta de independencia de los órganos que deberían funcionar de contrapeso y control al poder de ejecutivo. Dicho ambiente fue el resultado de un proceso que se remonta al año 1999 y que es necesario tener presente.

El llamado “Pacto Alemán-Ortega”, en 1999, en que el entonces Presidente de la República y líder del Partido Liberal Constitucionalista, Arnoldo Alemán y el líder de la oposición sandinista, Daniel Ortega, pactan reformas a las instituciones político-electorales, permitió favorecer una conformación bipartidista en la Asamblea Nacional, la posterior hegemonía sandinista en la misma, así como el fortalecimiento de las facultades presidenciales.

Este conjunto de modificaciones institucionales y pactos políticos, permitieron la elección de Daniel Ortega sucesivamente en 2007, 2012 y 2017 y la hegemonía del Frente Sandinista para la Liberación Nacional (FSLN) en la Asamblea Nacional, superando con ello el quórum exigido para cualquier decisión del órgano legislativo. Lo anterior ha tenido como consecuencia el

control político de todos los poderes del Estado, y en particular del Poder Judicial, del Consejo Superior Electoral, de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos y del Ministerio Público.

a.2. Estructuras para el control político y la represión de la disidencia

Durante la crisis se observa que la represión no solo se ejecuta por parte de agentes estatales, sino que en ella participan civiles en diversos grupos paraestatales asociados a las estructuras del partido oficialista. Se trata de los llamados “grupos de choque” o “turbas”, los Gabinetes de Familia (más conocidos como CPC por la antigua designación de estos organismos vecinales como Consejos del Poder Ciudadano) y los Comités de Liderazgo Sandinista (CLS). Mención especial merece el contingente parapolicial³ que actuó ampliamente durante la crisis.

Existe amplia información, recibida por la CIDH, sobre la participación recurrente de grupos de terceros armados, que la Comisión identificó como parapolicías, quienes realizaron acciones violentas en conjunto con la Policía Nacional o con su aquiescencia para amedrentar, vigilar y reprimir, inclusive mediante actos violentos, a los manifestantes que se oponían al gobierno. Dichos grupos actuaron por instrucciones de la misma Policía Nacional, o incluso fueron organizados, armados y accionaron por instrucciones de alcaldes locales o de secretarios políticos barriales⁴.

Las fuerzas parapoliciales tuvieron una participación relevante en la primera etapa de la crisis, que correspondió a la represión de las manifestaciones de protesta social callejera u ocupación de universidades en Nicaragua, entre abril y junio de 2018, pero sobre todo en la segunda etapa de la misma, en la llamada “operación limpieza” en que, durante el mes de julio de 2018, en una acción coordinada con la Policía, atacaron los tranques o barricadas, dispuestos en todo el país como forma de protesta, con el fin de dismantelarlos, con el resultado entre 80 y 150 víctimas fatales, de acuerdo a las versiones

3 La primera reacción del Gobierno, negando su existencia o atribuyéndosela a la oposición, fue cambiando para señalar después que se trataba de “policías voluntarios” y, finalmente, que eran efectivos policiales profesionales sin uniforme y con ocultamiento de su rostro, por seguridad. Esta cambiante narrativa muestra lo irregular de su funcionamiento y existencia. La Constitución nicaragüense dispone que “[n]o pueden existir más cuerpos armados en el territorio nacional que los establecidos en la Constitución...”. La ley que regula la Policía Voluntaria, restringe sus funciones y no concibe su existencia como una excepción a la regla constitucional, ya que establece que “realizarán únicamente tareas de apoyo en labores de prevención...”

4 CIDH, Graves violaciones a los derechos humanos en el marco de las protestas sociales en Nicaragua, 2018, párr. 122.

disponibles. Prácticamente todas las muertes de esta crisis se producen en contextos en que este contingente tiene mayor participación represiva. Adicionalmente, existen numerosas denuncias de detenciones producidas por contingente parapolicial.⁵

De este modo, muchas de las prácticas represivas llevadas a cabo por fuerzas parapoliciales durante la crisis, podrían calificarse de crímenes de lesa humanidad, tales como asesinato, persecución, privación de libertad, tortura, violación, desaparición forzada, deportación o traslado forzoso y otros actos inhumanos. Debido a lo anterior, en términos jurídicos y particularmente desde la perspectiva del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos, la actuación de este contingente tiene una importancia diferenciada de otros grupos progubernamentales.

b. La represión y sus etapas

b.1. Primera etapa: represión letal de la protesta

La primera etapa de la represión fue caracterizada por la CIDH, a partir de su visita al país del 17 al 21 de mayo del 2018, en su Informe “Graves violaciones a los derechos humanos en el contexto de las protestas sociales en Nicaragua”, en el cual reveló que la violencia estatal siguió un patrón común, de violencia policial y parapolicial, así como otras formas de represión de personas opositoras o manifestantes⁶.

Respecto del uso excesivo de la fuerza, la CIDH concluyó que la Policía Nacional y su contingente antimotines habría dirigido ataques a corta distancia, muchas veces con armas de fuego, contra las personas que participaban en las protestas o se encontraban en las inmediaciones de las universidades y de la Catedral de Managua. Durante la primera etapa de la represión, se atendieron numerosas víctimas con impactos de bala en la cabeza, los ojos, el cuello y el tórax, así como en la espalda.

Entre otros, la CIDH recibió con consternación el testimonio de los familiares del niño Álvaro Manuel Conrado Dávila, de 15 años, quien el 20 de abril recibió un disparo de arma de fuego en el cuello mientras apoyaba las protestas llevando “agua a los muchachos de la UPOLI” y según fuera informado,

5 CIDH, Relatoría sobre Derechos de las Personas Privadas de Libertad realiza visita a Nicaragua. 2018, párr. 10.

6 CIDH, Graves violaciones a los derechos humanos en el marco de las protestas sociales en Nicaragua, 2018, párr. 55.

en un primer momento, al llegar al Hospital (público) Cruz Azul, se le habría negado atención médica⁷.

En este contexto, destaca la convocatoria a una gran marcha el día 30 de abril -día de la madre en Nicaragua- la que fue violentamente reprimida por fuerzas policiales y parapoliciales. El balance de dicha jornada, fue de 15 personas muertas y 199 heridas.

Desde el inicio de las protestas, se identificó una creciente violencia social en el país. La situación generó acciones que, en algunos casos, excedieron los límites de las protestas pacíficas. De acuerdo con los datos suministrados por el Estado, entre el 18 de abril y 6 de junio de 2018, al menos 5 policías perdieron la vida y 65 resultaron lesionados en el contexto de las protestas. La Comisión igualmente reprobó estas acciones que atentan contra la vida y la integridad de las personas⁸.

El Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI) de la CIDH, por su parte, también constató en su informe que, si bien las manifestaciones fueron esencialmente pacíficas, su represión por la policía y grupos progubernamentales provocó una respuesta violenta de parte de algunos manifestantes en contra del gobierno, que se tradujo en muertes, lesiones y ataques a la propiedad privada. El GIEI no encontró evidencia de que estos actos violentos hubieran sido planificados o coordinados. El GIEI recogió información de actos aislados de violencia en algunas manifestaciones. Actos de los cuales se mantuvo ajena la inmensa mayoría de participantes. Los actos de violencia ejecutados por personas vinculadas con las protestas se dieron invariablemente en escenarios represivos de la protesta o durante incidentes vinculados con su desarrollo -cuando las marchas eran reprimidas, cuando las universidades tomadas intentaban ser desalojadas o cuando se ejecutaban acciones dirigidas a despejar los tranques. Resulta elocuente que el GIEI no ha registrado hechos de violencia contra marchas o actos oficialistas⁹.

El efecto principal de la represión observada en esta etapa fue el balance de personas asesinadas, así como los numerosos heridos. Al 19 de junio de 2018, la CIDH reportaba 212 víctimas fatales y 1.337 heridos. Hacia fines de junio, se reportaban 240 personas asesinadas y más de dos mil heridas.

7 Testimonio recibido por la CIDH en Managua el 20 de mayo de 2018. CIDH, Graves violaciones a los derechos humanos en el marco de las protestas sociales en Nicaragua, 2018, párr. 104 y 115.

8 CIDH, Graves violaciones a los derechos humanos en el marco de las protestas sociales en Nicaragua, 2018, párr. 19.

9 GIEI Nicaragua. Informe sobre los hechos de violencia ocurridos entre el 18 de abril y el 30 de mayo del 2018. 2018. Pág. 359

La información disponible, tanto de medios de comunicación, como de la propia CIDH, el informe del GIEI y de otras organizaciones de derechos humanos y fuentes especializadas, indica que en esta etapa existió un designio represivo sistemático orientado, no solo a disuadir o aplacar la protesta social, sino a causar graves heridas o asesinar a personas manifestantes antigubernamentales. Dicha afirmación es posible por el generalizado registro de heridas producidas en partes de alta vitalidad del cuerpo, así como por la presencia relevante de casos en los que se observan trayectorias de los proyectiles desde arriba hacia abajo, lo que indica la eventual participación de francotiradores o agentes en posiciones privilegiadas de disparo, como los sectores altos del Estadio Nacional Denis Martínez, en Managua. La anterior afirmación también es consistente con la numerosa evidencia audiovisual que muestra el uso de armas para francotiradores, y específicamente de los rifles *Dragunov*, *M24 Remington* y el *FN SPR*, así como otras armas de guerra.

b.2. Segunda etapa: “operación limpieza”

A comienzos de julio de 2018, se despliega en el país la denominada “Operación Limpieza” la que, por medio de la acción de personal policial y parapolicial, atacó y desmanteló los “tranques” de todo el país y desocupó por la fuerza la sede central de la UNAN en Managua.

Adicionalmente a ser mecanismos de defensa y de protesta antigubernamental, también se denunció la ocurrencia de actos violentos e incluso la comisión de delitos por parte de terceros en contra de simpatizantes o adherentes al Gobierno, así como en contra de agentes policiales y parapolicías, en el contexto de los “tranques”. También se recibió información sobre que en ellos había en ocasiones armas de fuego, normalmente de bajo calibre.

Es precisamente en este contexto en que adquiere relevancia el precepto impuesto por el derecho internacional de los derechos humanos, sobre uso proporcional de la fuerza del Estado para restablecer el orden. En el caso nicaragüense, agentes estatales y parapoliciales atacaron con fuerza desproporcionada, usando armas de fuego (muchas de ellas de guerra), a manifestantes completamente desarmados o armados muy precariamente, en el contexto de una operación coordinada y sistemática, durante tres semanas, que dio como resultado entre 80 y 150 personas fallecidas y un número indeterminado de heridas. La llamada “Operación Limpieza” tuvo también un efecto relevante de desplazamiento interno e internacional de personas que, temiendo por su vida, su integridad y su libertad, huyeron en busca de refugio y protección.

A comienzos de agosto, el saldo total de víctimas fatales producto de la crisis de derechos humanos, una vez concluida la “operación limpieza” es de más de 300 personas. La represión devendría ahora en otra etapa: la criminalización de la protesta.

b.3. Tercera etapa: criminalización de la protesta

Durante la primera etapa de la crisis, se registraron cientos de detenciones arbitrarias breves de personas que participaban en manifestaciones públicas de protesta, como un modo de represión y disuasión por parte de las fuerzas estatales. Lo que caracteriza a esta tercera etapa, desde agosto de 2018, es que además se criminaliza a cientos personas detenidas, por medio de la imputación penal de graves delitos, como terrorismo y crimen organizado, entre otros.

Detenciones ilegales y arbitrarias y violaciones al debido proceso.

La versión gubernamental indica que se trató de una respuesta legal frente a delitos violentos, cometidos como parte del plan de derrocamiento que el Gobierno denuncia, en el contexto de los tranques o de manifestaciones de protesta. La evidencia a la que tuvo acceso la CIDH contraviene esa afirmación. Los casos corresponden, casi sin excepciones, a detenciones ilegales y arbitrarias, y a acusaciones penales en base a montajes policiales y del Ministerio Público, con sistemáticas violaciones a la libertad personal y al debido proceso.

En efecto, las detenciones no son el resultado de una orden judicial, tampoco se trata de capturas en flagrancia, sino de aprehensiones a partir de nóminas elaboradas por las redes de inteligencia -formal o informal- oficialistas que utilizan los agentes aprehensores, policiales o parapoliciales. Además, éstos omiten entregar información a las personas detenidas o a su familia sobre los cargos imputados y el lugar en que serán reclusos. Adicionalmente, las personas se mantienen detenidas sin acceso a un juez competente, más allá de las 48 horas, determinadas constitucionalmente.¹⁰

El designio gubernamental y la falta de independencia del Poder Judicial en estos abusos es evidente: pese a lo obvio y generalizado de las violaciones a la libertad personal y al debido proceso que constituyen las prácticas descritas más arriba, no existe registro de ningún caso en que se haya declarado judicialmente la ilegalidad de la detención o en que alguno de los cientos

¹⁰ El artículo 33.2.2 de la Constitución Política de la República de Nicaragua, dispone que “[t]odo detenido tiene derecho: ... [a] ser puesto en libertad o a la orden de autoridad competente dentro del plazo de las cuarenta y ocho horas posteriores a su detención”

de recursos de exhibición personal interpuestos, haya obtenido la libertad de personas detenidas.

La aplicación, casi sin excepciones, de la prisión preventiva, la acumulación de prácticamente todas las causas en Managua, prescindiendo del lugar en que se hubieran producido los hechos y la disposición de módulos especiales, dentro de cárceles de la capital, para los y las presas “terroristas” y “golpistas”, son señas adicionales el designio y la coordinación entre el Gobierno, el Ministerio Público, la Policía, y el Poder Judicial, para implementar una criminalización masiva de manifestantes opositores, en respuesta al levantamiento cívico.

El derecho a la defensa en estos casos fue severamente limitado, pues éstas solieron no tener contacto con sus representados, salvo en las audiencias judiciales mismas, realizaron su defensa en audiencias en las que el acceso al público, a la prensa y a las propias familias de los imputados, estuvo seriamente limitado, al punto que hay registro de audiencias desarrolladas en horas irrisorias, en horas no programadas y en salas inaccesibles, impidiendo o dificultando incluso la concurrencia de los defensores y defensoras.

En el contexto del uso de tipos penales muy amplios, tales como terrorismo, crimen organizado y entorpecimiento de servicios públicos, los expedientes judiciales estuvieron basados casi solamente en testimonios de funcionarios de agencias controladas por el partido oficialista, de policías que solían declarar de incógnitos, y en informes periciales que solían ser también testimonios policiales.

Condiciones penitenciarias

Además de la afectación de la libertad personal y al debido proceso, las condiciones penitenciarias en que se mantuvieron las personas recluidas, fueron un aspecto central en la agenda de la crisis desde agosto de 2018.

La CIDH de manera reiterada manifestó su preocupación por las condiciones de insalubridad, negligente atención médica, obstaculización para la realización de visitas y aplicación de reclusión bajo regímenes de castigo y máxima seguridad sin aplicación de criterios objetivos y conocidos. En particular, se refirió a las condiciones de reclusión en que las personas eran mantenidas en ropa interior en celdas con un calor sofocante y sin acceso a insumos básicos de higiene. Hombres y mujeres detenidos eran sometidos, por motivos no expresados, a hacer sentadillas desnudas, en presencia agentes policiales y de otros reclusos.

Durante el último trimestre de 2018 y primero de 2019, el Mecanismo Especial de Seguimiento para Nicaragua (MESENI) de la CIDH obtuvo información sobre la práctica de sofocar actos de protesta de manifestantes presos, por medio de operativos con personal antimotines en que se les propinan masivas golpizas dentro de los módulos, a los que acceden armados, en ocasiones con armas de fuego, pero siempre premunidos de bastones policiales, perros adiestrados, bombas de ruido y gas pimienta. En el caso de las instalaciones de máxima seguridad y de castigo, se denunciaron golpizas selectivas de varios detenidos por actos de protesta como demandar su libertad, gritar consignas o entonar el himno nacional.

En el marco de este tipo de ataques, el 16 de mayo de 2019, fue asesinado Eddy Montes, manifestante preso en la cárcel de hombres de Managua, conocida como La Modelo, como resultado del disparo de un fusil de asalto en su pelvis, realizado por un funcionario penitenciario. Hasta hoy no se conoce la realización de una investigación que determine los hechos y las responsabilidades correspondientes.

La sociedad civil llegó a denunciar sobre 800 casos de personas que se mantenían recluidas en este contexto. La CIDH comprobó la criminalización y prisión de al menos 645 personas en el mismo ámbito. Pese a que, desde febrero de 2019, han sido liberadas cientos de personas en el marco de las negociaciones entre el Gobierno y la Alianza Cívica por la Justicia y la Democracia (ACJD) y de la dictación de una Ley de Amnistía, tanto la CIDH como la sociedad civil, denuncian que aún se mantienen en prisión alrededor de 145 personas por su oposición al Gobierno.

b.4. Cuarta etapa: cierre de los espacios democráticos. Estado de excepción de hecho

Desde el 23 septiembre de 2018 hasta hoy no ha habido ninguna marcha de protesta en Nicaragua. Nuevamente esta circunstancia es el resultado de un designio estatal que desarrolló una serie de acciones para suspender de hecho toda posibilidad de que opositores se manifiesten públicamente. Estas acciones, así como otras destinadas al cierre de toda posibilidad de ejercicio de las libertades públicas, han provocado lo que la CIDH ha identificado como un estado de excepción de hecho.¹¹

¹¹ CIDH denuncia debilitamiento del Estado de Derecho ante las graves violaciones de derechos humanos y crímenes contra la humanidad en Nicaragua. Comunicado de prensa. 10 de enero de 2019

Prohibición de marchas

Entre septiembre y octubre del 2018, la Policía Nacional emitió dos comunicados públicos en que calificó las protestas antigubernamentales como ilegales. Adicionalmente determinó que debían ser previamente autorizadas, y advirtió que “cualquier actividad provocadora, instigadora y violenta será penada de acuerdo a la Constitución Política y las Leyes de Nicaragua”.¹²

Desde la emisión de esos comunicados hasta la actualidad, la práctica de la Policía ha sido no autorizar y prohibir las marchas convocadas, por medio de comunicados o resoluciones públicas que, además, estigmatizan las manifestaciones y a las personas convocantes, bajo la narrativa del terrorismo y el intento de golpe de Estado. En los casos en que los convocantes persistieron en la realización de las mismas, la Policía las impidió de hecho por la permanente y desproporcionada ocupación de los espacios públicos en que se realizaría, así como a través de la represión violenta o la detención de las personas que se dirigen a la convocatoria.

Este patrón se ha mantenido invariable, desde el mes de octubre del 2018 hasta hoy. Las siete marchas convocadas fueron suspendidas por los convocantes, debido al temor por las consecuencias de la represión, o fueron impedidas por la policía. El impedimento de realización de marchas de protesta, ha producido la reacción, por parte de la sociedad civil, de promover formas no tradicionales de protesta, con el fin de evitar la represión policial¹³.

Persecución a defensores de derechos humanos

El cierre de los espacios democráticos y la implantación de un estado de excepción de hecho, ha tenido una manifestación concreta en la persecución a organizaciones defensoras de derechos humanos. Las defensoras y defensores de derechos humanos fueron objeto de estigmatización desde el comienzo de la crisis. Tanto ellas, como otras víctimas, fueron estigmatizados por las autoridades estatales a través de narrativas públicas, que utilizaron términos como “delincuentes” o “vándalos” que cometen “actos terroristas y de crimen

¹² Policía Nacional. Nota de prensa No. 115-2018. 28 de septiembre de 2018
Policía Nacional. Nota de prensa No. 116-2018. 13 de octubre de 2018

¹³ Algunas de éstas son los plantones exprés, es decir, actos no masivos en que se entona el himno nacional y consignas, para luego de un par de minutos disolverlos; rayados y la “huella azul y blanco”, que consiste en arrojar chorritos de pintura desde vehículos hacia la calle; lanzamiento de papelillos; detonaciones nocturnas de bombas de ruido en Masaya, que evocan las “bombas de contacto”, el arma artesanal inventada en esa ciudad para enfrentar a las fuerzas represivas de Anastasio Somoza, a fines de los setenta etc.

organizado”, causando “caos, dolor y muerte” en el país y violando el derecho al trabajo de las familias nicaragüenses.

El MESENI y la CIDH han reportado, prácticamente desde el inicio de la crisis, un foco especial de persecución en defensoras y defensores de derechos humanos, consistente en la vigilancia permanente, seguimiento, constantes revisiones de sus automóviles en retenes callejeros, detenciones breves del personal de las organizaciones, así como la estigmatización y permanente amenaza de ser detenidos y eventualmente criminalizados. Estas circunstancias impiden el desarrollo normal de las actividades de estas organizaciones y han provocado que varias defensoras y defensores salgan al exilio. En la cuarta etapa, esta persecución se intensifica y focaliza.

Entre noviembre y diciembre de 2018, la Asamblea Nacional de Nicaragua, a solicitud del Ministerio de Gobernación, y en base a imputaciones genéricas asociadas a la narrativa oficial en torno al terrorismo y al intento fallido de golpe de Estado, disolvió la personalidad jurídica de nueve conocidas organizaciones de la sociedad civil, entre las cuales había centros de estudios, organizaciones feministas, fundaciones de desarrollo, y defensoras de derechos humanos. CENIDH, una de las dos más importantes y antiguas organizaciones defensoras en Nicaragua, fue una de las víctimas de esta acción.

La decisión de la Asamblea no se fundó en ninguna evidencia rendida para sostener los cargos que se usaron de fundamento, en el proceso no se permitió que las organizaciones se defendieran y, pese a que las decisiones del legislativo no imponían la requisa de bienes ni la ocupación de las instalaciones, varias de ellas, el CENIDH incluido, fueron ocupadas por la Policía y sus bienes requisados, impidiendo su funcionamiento normal hasta ahora.

Durante el 2019, han adquirido relevancia nuevas agrupaciones de abogados y abogadas defensoras de las personas que aún se encuentran criminalizadas. Estos nuevos grupos de defensores, han sufrido una intensificación del acoso en los últimos meses, por medio de la vigilancia y asedio policial permanente de sus instalaciones. La última manifestación de persecución en contra de defensores de derechos humanos, fue la reciente acusación y condena penal en contra de María Oviedo, abogada de CPDH, otra de las más importantes y activas organizaciones de defensa de los derechos humanos en Nicaragua.

Persecución a la prensa

Si bien la prensa también fue una temprana víctima, durante lo que se ha identificado más arriba como la primera etapa de la crisis, se verificó censura

directa, a través de la salida temporal del aire de canales opositores que transmitían noticias sobre las protestas que escalaban en el país, o el incendio de reconocidas radios de oposición. En esta *cuarta etapa* se desarrollan formas más sofisticadas y estables de afectación a la prensa.

Además del asedio policial y parapolicial permanente a periodistas y trabajadores de medios de comunicación no oficialistas; durante el mes de diciembre de 2018, dos de los principales medios audiovisuales de comunicación opositores al Gobierno fueron cerrados, sus instalaciones ocupadas, sus bienes requisados y sus señales silenciadas, hasta hoy.

Una de las organizaciones cuya personería jurídica fue disuelta por la Asamblea Nacional fue el Centro de Investigación de la Comunicación (CINCO), relacionada con Carlos Fernando Chamorro, reconocido periodista y opositor al Gobierno, director de los programas televisivos *Esta Semana* y *Esta Noche* y del medio digital *El Confidencial*. Debido a la persecución en su contra, Chamorro partió al exilio desde donde sigue emitiendo sus programas a través de YouTube y canales de televisión costarricenses. El canal 100% Noticias, es reconocido como uno de los medios de comunicación más críticos del Gobierno del Presidente Ortega. El 23 de diciembre de 2018, su director, Miguel Mora y su jefa de prensa, Lucía Pineda, fueron detenidos y acusados penalmente de instigar al terrorismo.

Hasta hoy, además, la Dirección General de Aduanas, mantiene retenida parte importante del papel y la tinta que los dos medios escritos de oposición más importantes del país –*La Prensa* y el *Nuevo Diario*– necesitan para publicar. Ello ha obligado a modificar los formatos impresos y amenaza con impedir, en el corto plazo, la circulación de ambos.

Después de estos hechos y con la intensificación de la persecución y el asedio a los periodistas y trabajadores de medios de comunicación, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH ha registrado la partida al exilio de más de setenta periodistas.

b.5. Mesa de Negociación, Ley de Amnistía y persistencia de la crisis de derechos humanos ¿Quinta etapa?

En medio del cierre de todos los espacios democráticos y de libertades públicas, se inicia una mesa de negociación entre la opositora ACJD y el Gobierno de Nicaragua, con la mediación del Nuncio Apostólico y de un representante del Secretario General de la OEA. Desde el 27 de febrero de 2019, hasta la suspensión definitiva del diálogo, el pasado 20 de mayo, se han producido dos

efectos principales de la negociación: la liberación de poco menos de 500 presos políticos y la dictación de una Ley de Amnistía. Pese a ello, persisten hasta hoy los patrones violatorios de derechos humanos que caracterizan esta crisis.

Después de alrededor de un mes de negociación, las partes arribaron a acuerdos sobre dos de los asuntos que habían incluido en su agenda: liberación de personas privadas de libertad y fortalecimiento de los derechos y garantías ciudadanas. Al 3 de abril, cuando se cumplió el plazo de la negociación, no se había llegado a acuerdo sobre los términos de una reforma electoral y sobre el proceso de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Las dificultades que impidieron los acuerdos referidos, fueron que la propuesta electoral de la ACJD implicaba la elección presidencial anticipada, aspecto que no fue aceptado por el Gobierno. Por su parte, el sistema de justicia transicional propuesto por el Gobierno, pretende su aplicación por las mismas agencias estatales que están vinculadas a las masivas violaciones a los derechos humanos, lo cual no fue aceptado por la ACJD. Esto, provocó que el Gobierno dispusiera varias medidas unilaterales, pretendidamente reparatorias y promotoras de la reconciliación.

Respecto de la liberación de presos políticos, esta se produjo a través de varias excarcelaciones, desde el 27 de febrero hasta el 11 de junio del 2019. Ellas no fueron el resultado de acuerdos en el contexto de la Mesa de Negociación, sino actos unilaterales, sin protocolos ni criterios conocidos y sin supervisión imparcial. Las dos últimas excarcelaciones, ocurridas el 10 y 11 de junio pasado, fueron producidas después de la aprobación de la Ley de Amnistía y bajo la observación del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Esta ley confiere una amnistía amplia por hechos delictivos ocurridos en todo el territorio nacional entre el 18 de abril de 2018 y la fecha de entrada en vigencia de la ley. La amnistía cubre los delitos políticos y los delitos comunes conexos y exceptúa a los regulados en tratados internacionales de los que Nicaragua sea parte. Por otro lado, prevé que las personas beneficiadas con la ley, “deben abstenerse de perpetrar conductas repetitivas generadoras de los delitos aquí contemplados”. y agrega que la inobservancia de este precepto, que la ley llama principio de “no repetición”, acarreará la revocación de los beneficios de la amnistía.¹⁴

La CIDH, a través de un comunicado, hizo presente que el lenguaje impreciso de la ley permite su aplicación discrecional, vulnerando el principio

14 Nicaragua. Ley de Amnistía No. 996. 2019

de legalidad, al fijar categorías, como delitos comunes y delitos políticos, sin que precise el alcance de dichas categorías. Dicha discrecionalidad, además, podría afectar el derecho de sus beneficiarios a manifestarse públicamente, por temor a contravenir lo que la norma, equivocadamente, llama “no repetición”, así como dejar en la impunidad la comisión de graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en el contexto de la crisis, violando con ello los preceptos de la Convención Americana y la jurisprudencia interamericana sobre la materia. Tanto la CIDH, como la OACNDUH habían ya manifestado, en febrero y mayo¹⁵, su preocupación por la dictación de leyes reparatorias o de reconciliación, pues éstas no incluyeron el acceso a la verdad y justicia en casos de violaciones a los derechos humanos y obedecen a la narrativa oficialista, estigmatizando a la mayoría de las víctimas de la crisis y omitiendo su participación en la discusión del contenido de la ley.

El actual estado de cosas no parece esperanzador, la dictación de la Ley de Amnistía; la liberación de personas recluidas en el contexto de la crisis; la declaración gubernamental de término del diálogo con la oposición; la apertura del Gobierno a desarrollar reformas electorales en un diálogo reducido a las fuerzas representadas en la Asamblea Nacional, con hegemonía oficialista; la instalación gubernamental de mecanismos de reparación unilaterales, sin participación de las víctimas y de los sectores más comprometidos en la crisis de derechos humanos; y la narrativa oficial que pretende normalizar y perpetuar el status quo represivo en el país, muestran un riesgo concreto de impunidad y del uso de fórmulas de salida a la crisis por debajo de los estándares vigentes en el derecho internacional de los derechos humanos.

La revisión de algunas de las consecuencias jurídicas de la crisis mostrará elementos que pueden contribuir a configurar algunas fórmulas de salida en base a los estándares aplicables. El respeto de estos estándares es, además de una obligación de los Estados frente al derecho internacional, una garantía de procesos estables, en que las sociedades construyen acuerdos y mecanismos institucionales para evitar la repetición de los graves atentados a los derechos de las personas que caracterizan crisis como la que vive Nicaragua.

¹⁵ Nicaragua. Ley para una cultura de diálogo, reconciliación, trabajo y paz No. 985. 2019
Nicaragua. Ley de atención integral a víctimas No. 994. 2019

2. Represión de la protesta social, crímenes de lesa humanidad y justicia transicional. Consecuencias jurídicas de la crisis

a. Represión de la protesta social

La protesta social está reconocida por el derecho internacional y entraña, dentro de sí, los derechos de reunión, libertad de expresión, el derecho a participar de la dirección de los asuntos públicos y a defender derechos. La protesta social no puede ser considerada entonces una provocación, sino un fenómeno característico y deseable en una sociedad democrática y pluralista. Así, son contrarias a la Convención Americana las prohibiciones estatales genéricas, así como la exigencia de autorización previa, o el sometimiento a requisitos excesivos que dificulten la realización de manifestaciones de protesta.

A partir de la información levantada por los mecanismos de la CIDH instalados en Nicaragua durante la crisis, se puede afirmar que la gran mayoría de víctimas fatales, lo son como consecuencia del ejercicio desproporcionado de la fuerza para enfrentar la protesta social. Tal como ya se ha expuesto en el presente trabajo, la sola evidencia sobre el tipo de armamento utilizado, muestra la desproporción con que se reprimió la alteración del orden y la protesta social en contra de personas desarmadas o precariamente armadas. Hay registro, además del uso de armas para francotiradores -como se señaló en el acápite correspondiente a la *primera etapa* de la represión- del uso de armas de fuego cortas; escopetas 12.70; así como armas de guerra, tales como fusiles de asalto AK 47 (a veces con cargador de tambor) y M16; ametralladoras RPK y PKM; e incluso, en una ocasión, de un lanzagranadas anti tanque RPG-7. Todas cargadas habitualmente con munición de plomo.

Estos hechos en que, en el contexto del uso desproporcionado de la fuerza para restablecimiento de orden o en la represión de la protesta social, se cometieron actos que podrían calificarse de ejecuciones extrajudiciales o del crimen de lesa humanidad de *asesinato u otros actos inhumanos*, indican la urgente necesidad de considerar, en el contexto de las garantías de no repetición, la inclusión, en la formación policial, de los estándares de uso de la fuerza en contextos de protesta social, así como mecanismos institucionales que permitan la determinación de protocolos policiales de uso de la fuerza y la rendición de cuentas pública por la aplicación de los mismos.

Uno de los acuerdos suscritos en el seno de la Mesa de Negociación entre el Gobierno y la ACJD, publicado el 29 de marzo de 2019, se refiere al fortalecimiento de derechos y garantías ciudadanas. En él, se acuerda garantizar

“el derecho de concentración, manifestación y movilización pública” y se explicita que “se reconoce que no requiere permiso previo el derecho de reunión pacífica”. Tal como se expuso más arriba, el Estado continúa sin cumplir con ese estándar hasta ahora, por medio del impedimento total de toda manifestación pública de protesta.¹⁶

Cualquier salida razonable a la situación que actualmente enfrenta Nicaragua, debe restablecer plenamente el derecho a la protesta social. La protesta social no puede ser vista como una amenaza pues es un elemento esencial de la existencia, consolidación y defensa de la democracia. En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que, en situaciones de ruptura de orden institucional democrático, la protesta debe ser entendida “no solo en el marco del ejercicio de un derecho sino el cumplimiento del deber de defender la democracia.”¹⁷

b. Crímenes de lesa humanidad

El GIEI de la CIDH, instalado en terreno en junio de 2018¹⁸, emitió un informe final, el 21 de diciembre del mismo año, que estableció, entre otros elementos, que “...el Estado de Nicaragua ha llevado a cabo conductas que, de acuerdo con el derecho internacional deben considerarse crímenes de lesa humanidad.”

Para arribar a dicha conclusión, su informe se basa, en primer lugar, en la identificación del elemento de contexto exigido por el artículo 7 del Estatuto de Roma, que dispone que se reconoce como crimen de lesa humanidad “cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil ...”. Dicho contexto, se perfecciona en el caso de la crisis nicaragüense, según el informe del Grupo de Expertos, en la cantidad de víctimas, en la gravedad de la represión, en la extensión territorial de los hechos, así como en la existencia de determinados patrones reiterados.

En opinión del GIEI, el patrón de conducta más claro y de mayor gravedad

¹⁶ Alianza Cívica por la Justicia y la Democracia. Acuerdo para fortalecer los derechos y garantías ciudadanas. 2019

¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO LÓPEZ LONE Y OTROS VS. HONDURAS. SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 2015. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 148 y ss.

¹⁸ El Gobierno de Nicaragua, el Secretario General de la Organización de Estados Americanos y la CIDH, mediante un acuerdo suscrito el 30 de mayo de 2018, constituyeron el Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI), con la finalidad de “coadyuvar y apoyar las acciones iniciadas por el Estado de Nicaragua” en la investigación y el esclarecimiento de los hechos violentos ocurridos entre el 18 de abril y el 30 de mayo de 2018 “para la obtención de justicia para todos y reparación del daño a las víctimas”.

consistió en el uso de armas de fuego letales, pero además identificó otro conjunto de conductas cometidas durante la etapa que abarcaba la investigación (abril-mayo 2018), que pueden ser agrupadas en un contexto de persecución por motivos políticos, como detenciones masivas, arbitrarias y violentas; negación de atención médica a manifestantes heridos; negación de asistencia o tutela legal, por parte de las autoridades judiciales o del Ministerio Público.

La sistematicidad del ataque a la población civil, está constituida por la estructuración del referido ataque en etapas consecutivas y metódicamente dispuestas, tal como ya se expuso en la *primera parte* de este trabajo. Adicionalmente a la reiteración de conductas, la disposición de recursos estatales y la reacción de las autoridades de gobierno frente a ellas, muestra que no se trató de eventos que se expliquen por la decisión individual de uno o más agentes policiales, o bien por la actuación de grupos de civiles que, por su cuenta, decidieron reprimir violentamente, sino de una política impulsada y avalada por la máxima autoridad del Estado, por lo que el informe señaló que podría investigarse la responsabilidad del Presidente Ortega, como Jefe Supremo de la Policía Nacional, entre otros altos funcionarios.¹⁹

Adicionalmente, se señala en el informe que la participación de lo que el GIEI llama grupos “paraestatales” y que fueron denominados “parapolicías” por el MESENI y la CIDH, corresponde a conductas atribuibles al Estado, en la medida que se ha realizado, algunas veces con la aquiescencia o tolerancia de los agentes estatales de seguridad, y las más de las veces, como ocurrió en la llamada “Operación Limpieza”, en coordinación y colaboración con éstas.

Es así como el continuo de violencia estatal llevado adelante en la crisis, por medio de un ataque a la población civil identificada como opositora política, en etapas bien definidas y metódicamente estructuradas, dotadas de recursos estatales, diseñadas e instruidas desde las más altas autoridades del Estado, y ejecutadas por fuerzas estatales o paraestatales en coordinación con aquellas, permiten afirmar que en dicho contexto se cometieron crímenes de lesa humanidad.

Conforme a las disposiciones del Estatuto de Roma, además del contexto ya descrito, se requiere la comisión de conductas específicas tipificadas como delitos en el mismo instrumento. El GIEI, expresó en su informe, que la determinación específica de la eventual comisión de ciertos delitos corresponderá a los órganos de instrucción y persecución penal competentes y por lo

¹⁹ GIEI Nicaragua. Informe sobre los hechos de violencia ocurridos entre el 18 de abril y el 30 de mayo de 2018. 2018. Pág. 228

tanto a futuras investigaciones de casos, las que deben hacerse, además, en un contexto de acceso a información y de protección de víctimas y testigos que no existe en el país.

Con todo, del informe se sigue que, en el contexto examinado, se cometieron reiteradamente, al menos, los crímenes de lesa humanidad de *asesinato, privación de libertad, persecución*, así como eventuales casos -que podrán verificarse cuando haya en el país condiciones de investigación e instrucción penal apropiadas- de *violación, torturas y desaparición forzada*.

Considerando adicionalmente, que la represión en el contexto de la crisis, ha generado un desplazamiento de personas dentro del territorio del país, así como fuera del mismo, para algunos expertos es posible afirmar la ocurrencia eventual del crimen de lesa humanidad de *deportación o traslado forzoso*.

En dicho contexto, es decir, con la evidencia sobre graves violaciones a los derechos humanos que, además, podrían plausiblemente constituir crímenes de lesa humanidad, aparece la necesidad de revisar los mecanismos para evitar la impunidad en esos casos.

En esta línea, es decir, con miras a evitar la impunidad, se debe tener primero en cuenta que el Estado de Nicaragua no ha suscrito el Estatuto de Roma y, en principio, la Corte Penal Internacional (CPI) no es competente para conocer de los casos en que ambos elementos de atribución de competencia, es decir, la nacionalidad del acusado y el territorio donde ocurren los hechos, correspondan a Nicaragua. Lo anterior no implica que el contenido del Estatuto de Roma sobre tipificación de delitos no sea aplicable a los casos de la crisis, pues este tratado cumple la función de codificar el derecho internacional imperativo o *ius cogens* vigente al momento de su suscripción, el cual es aplicable a hechos ocurridos en Nicaragua.

Por otro lado, la regla del Estatuto de Roma sobre el conocimiento, por parte de la CPI, de casos referidos por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas al Fiscal, es una regla plenamente vigente que haría posible el conocimiento de casos relacionados con países que no ha suscrito el tratado. Dicha posibilidad, dependerá de la disposición y voluntad de los Estados miembros del Consejo. Por ahora, la conducta de China y Rusia en el seno de Naciones Unidas, en relación con las violaciones a los derechos humanos en Nicaragua, hacen descartar esa vía en el corto plazo.

Una consecuencia, nuevamente emanada de las reglas del *ius cogens*, de la comisión de delitos de lesa humanidad, es la imprescriptibilidad y la jurisdicción-competencia universal para el juzgamiento de casos; ello abre la puerta

para eventuales acciones judiciales ante cortes penales locales, diferentes a las nicaragüenses, lo que además de promover la administración de justicia en casos concretos, podría presionar al Estado a generar arreglos institucionales que permitan la administración imparcial de justicia dentro del país, con el fin de evitar las consecuencias de la eventual persecución penal internacional de altas autoridades nicaragüenses. El ejercicio de acciones en este sentido, podría ser entonces una contribución para la promoción de procesos de justicia transicional.

c. Justicia transicional

La justicia transicional surge como un intento de las sociedades por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala. La reconstrucción de la confianza ciudadana en la institucionalidad estatal debe ser acompañada de mecanismos que den garantías de verdad, justicia, reparación y no repetición de las violaciones de derechos humanos. En una sociedad democrática, es una justa expectativa la de conocer la verdad sobre estos hechos. Ello exige que el Estado determine procesalmente los patrones de actuación conjunta, las personas que de diversas formas tuvieron participación en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades y se castigue a los culpables, en el contexto de procesos imparciales y justos; se repare integralmente a las víctimas y; finalmente, se garantice la implementación de medidas que aseguren que los hechos que dieron lugar y los que constituyeron a las graves violaciones, no vuelvan a ocurrir. Los elementos de la justicia transicional, no solo constituyen la descripción de procesos deseables de transición desde experiencias autoritarias o graves crisis políticas, sino que constituyen derechos de las víctimas y de toda la sociedad, así como obligaciones de los Estados frente al derecho internacional.

El examen que se hizo en la *primera parte* de este trabajo, identificó todo el ambiente institucional que permitió los abusos estatales que se perpetraron durante esta crisis, sin que ninguna agencia estatal independiente los controlara o siquiera los denunciara. Ese deterioro de las instituciones democráticas es claramente una de las causas de la crisis de derechos humanos que hoy vive Nicaragua y es por ello un obstáculo estructural para la superación de la crisis, el cual debe ser superado para cumplir con los estándares mínimos de justicia transicional. La falta de independencia de las agencias públicas de control y contrapeso al ejecutivo, así como de aquellas que deberían proteger

y promover los derechos humanos, es entonces un requisito esencial para iniciar los procesos que permitan acceder a la verdad y a la justicia pendientes. Las reformas estructurales que reinstalen el funcionamiento independiente de los poderes públicos, son entonces el elemento más relevante de las garantías de no repetición.

Pese a que las autoridades estatales nicaragüenses se han esforzado en tomar medidas legislativas y de política pública para salir de la crisis, disponiendo acciones pretendidamente reparatorias y destinadas a la reconciliación, ellas, tal como lo ha señalado explícitamente la CIDH, no satisfacen los estándares interamericanos.

Ya a fines del año 2018, el Gobierno de Nicaragua emitió un documento de política pública que finalmente se convirtió en ley el 24 de enero de 2019. La Ley para una Cultura de Diálogo, Reconciliación, Seguridad, Trabajo y Paz en Nicaragua, no satisface los estándares aplicables en la materia, pues en su promoción de una cultura de diálogo y sin hacer referencia a la crisis vivida en el país, omite cualquier mención a las víctimas de ella y se abstiene de considerar medidas que aseguren, como mecanismo para la reconciliación que dice promover, la generación de procesos de verdad, justicia, reparación y no repetición. La Comisión incluso manifestó su preocupación debido a que estas faltas de la ley y de la política pública basada en ella, podrían terminar promoviendo la impunidad. Pese a todos estos silencios de la ley, ella ha sido la base para la instalación a la fecha de más de 6.000 comisiones de reconciliación, justicia y paz a nivel local en Nicaragua, y el anuncio de la instalación de 4.000 más para diciembre de 2019, con lo cual se notan señales preocupantes de instalación de mecanismos que pueden promover la impunidad en el país.

El 29 de mayo de 2019, la Asamblea Nacional en Nicaragua aprobó la Ley de Atención Integral a Víctimas, que pretende implementar la política del mismo nombre, en que bajo el pretendido objetivo de ser una ley reparatoria, dispone medidas generales de acceso a servicios de educación, vivienda, trabajo salud, y recreación, sin ninguna consideración a la promoción de verdad, memoria y justicia, como mecanismos mínimos de reparación; sin referencia a elementos de reparación integral, más allá del acceso preferente a beneficios sociales o económicos generales que son considerados en la ley; y sin disposiciones que prevean medidas de no repetición. Todos estos elementos fueron tenidos en cuenta por la CIDH y OACNUDH, que emitieron un comunicado conjunto sobre esta ley en el afirman que dicha norma no se ajusta a los

estándares internacionales obligatorios sobre justicia transicional.²⁰

Ambas políticas de reconciliación o reparatorias, así como las medidas de excarcelación de presos políticos y la aprobación de la Ley de Amnistía, han obedecido a un mismo patrón de actuación por parte del Estado de Nicaragua: se diseñan utilizando una retórica asociada a la paz y a la superación de los conflictos y la violencia, identifican la versión oficialista del intento fallido de golpe de Estado, por parte de terroristas, como la causa de la crisis y omiten cualquier medida o referencia a la necesidad de procesos que garanticen verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Adicionalmente, se diseñan e implementan sin diálogo, o con un diálogo restringido solo a partidarios del Gobierno, excluyendo por completo a las víctimas. Estas medidas no solo arriesgan la declaración del incumplimiento de las obligaciones internacionales de Nicaragua, sino que aportarán, en el mejor de los casos, una apariencia de superación de la crisis. La crisis continuará mientras continúe la represión y la suspensión o seria limitación de las libertades públicas en el país y mientras permanezcan impunes las graves violaciones a los derechos humanos perpetradas en ella.

Cualquier salida democrática y estable a la situación que enfrenta Nicaragua, debe apegarse a los estándares aplicables sobre verdad, justicia, reparación y no repetición. Ello no puede ser visto como una amenaza a la solución de la crisis, sino como una fuente de solidez y estabilidad al proceso de justicia transicional que necesariamente debe transitar Nicaragua.

Hasta el momento no hay ninguna evidencia, siquiera incipiente, de voluntad del Estado para iniciar un proceso de verdad, justicia y reparación. El trabajo de la propia CIDH, de la OACNUDH, de las organizaciones defensoras, nicaragüenses e internacionales y, sobre todo, la lucha por verdad y justicia de las organizaciones de víctimas, es garantía de que ese proceso ocurrirá. El paciente e incansable activismo de organizaciones como la Asociación de Madres de Abril, el Comité pro Liberación de Presas y Presos Políticos, y la Unión de Presas y Presos Políticos de Nicaragua, es la principal evidencia de la persistencia de la memoria, elemento que será indispensable cuando las condiciones del país permitan el inicio de los procesos de verdad y justicia aún pendientes.

Una reflexión final

²⁰ CIDH y OACNUDH expresan su preocupación por la aprobación de la Ley Integral de Atención a Víctimas en Nicaragua. Comunicado de prensa. 2019

Dora María Téllez, excombatiente sandinista y lideresa en la sociedad civil nicaragüense, en una entrevista al Diario El País²¹, señaló cuáles habían sido, en su opinión, los grandes errores de los líderes de la revolución sandinista y cuáles son los requerimientos mínimos para la superación de la crisis.

“La izquierda en los años setenta y ochenta ...tenía un compromiso con los pobres, con la justicia social, no era una izquierda que tuviese un enfoque de género, vamos a decirlo así, o un enfoque medioambiental. Esos no eran temas siquiera... el compromiso democrático no estaba desarrollado simplemente... La evidencia está en que en la Constitución de 1987 reproduce el modelo autoritario que ya tenía la dictadura de los Somoza... la matriz autoritaria en materia política fue muy fuerte. Yo creo que la no comprensión de eso fue un asunto sumamente clave...”

“Creo que este es un país que tiene heridas. No solo de esa época, sino desde mucho antes. Este es un país que va pasando la página, pasando la página, pasando la página y la pasada de página no logra resolver el problema. Tiene que haber una comisión de la verdad que abarque desde 1950 a la fecha. Lo que estamos enfrentando ahora es la consecuencia de una falta profunda de cultura democrática en el país. Ortega, con su Ley de Amnistía, está funcionando como en el año setenta, va a pasar la página... Es importante que se acabe el juego de pasar página”.

La actual situación de crisis de derechos humanos en Nicaragua requiere una salida que implique una reforma estructural del marco institucional que actualmente hay en el país, con el fin de evitar que se repita el trauma que ha sufrido la sociedad nicaragüense. También exige enfrentar, procesar y administrar justicia respecto de los graves hechos ocurridos en la crisis, en base a un amplio diálogo democrático, con especial consideración por las víctimas.

Hemos escrito este artículo, con la esperanza y la confianza de que los estándares y dispositivos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho penal internacional sean herramientas útiles para que el entrañable pueblo nicaragüense enfrente y cambie la matriz institucional autoritaria y no pase la página, nunca más.

²¹ El País. “La revolución sandinista no hizo una crítica del sistema político que derrotaba”. Entrevista a Dora María Téllez. 19 de julio de 2019

